

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS
Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Homenaje al Excmo.
Sr. D. José Manuel Maza Martín



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO



F&E

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Homenaje al Excmo.
Sr. D. José Manuel Maza Martín



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
Madrid, 2018

Edita: Fiscalía General del Estado
NIPO: 056-18-002-0
Depósito legal: M-26174-2018
Diseño y producción: Comuniland, S.L.

SUMARIO

| | |
|--|-----|
| Presentación | 9 |
| <i>María José Segarra Crespo</i> | |
| Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas | 13 |
| <i>Julio Banacloche Palao</i> | |
| El estatuto penal de la persona jurídica | 41 |
| <i>Fidel Ángel Cadena Serrano</i> | |
| Apuntes sobre las penas con dimensión laboral en el régimen español de responsabilidad penal de las personas jurídicas | 79 |
| <i>Manuel-Jesús Dolz Lago</i> | |
| Una visión general del estatuto procesal de las personas jurídicas responsables penales | 117 |
| <i>Rafael Escobar Jiménez</i> | |
| Bases para un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la española | 149 |
| <i>Bernardo Feijoo Sánchez</i> | |
| Sobre el fundamento (último) de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: a propósito de la posición de José Manuel Maza Martín y la jurisprudencia del Tribunal Supremo | 181 |
| <i>Carlos Gómez-Jara Díez</i> | |
| Posición del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas | 201 |
| <i>Carlos Granados Pérez</i> | |
| Personas jurídicas exentas y personas jurídicas excluidas de responsabilidad penal | 213 |
| <i>Alejandro Luzón Cánovas</i> | |
| La contribución del magistrado José Manuel Maza a la consolidación de un modelo de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas | 241 |
| <i>Manuel Marchena Gómez</i> | |

| | |
|--|-----|
| La prueba pericial en el marco de los delitos contra la corrupción. Colaboración de la persona jurídica | 255 |
| <i>Andrés Martínez Arrieta</i> | |
| Responsabilidad penal de partidos políticos | 299 |
| <i>Antonio del Moral García</i> | |
| Análisis jurisprudencial de las conformidades en los procesos penales | 319 |
| <i>Gonzalo Rodríguez Mourullo</i> | |

PRESENTACIÓN

La Fiscalía quiere con este *liber amicorum* rendir homenaje a José Manuel Maza Martín. La idea vio la luz durante el mandato como Fiscal General de Julián Sánchez Melgar –compañero en el Tribunal Supremo y buen amigo del homenajeado– y llega a buen puerto apenas iniciado el mío.

José Manuel nació el 23 de octubre de 1951 en Madrid, aunque él siempre llevaba muy a gala sus raíces segovianas. Se licenció en Derecho y en Historia por la Universidad Complutense de Madrid en 1973 y se diplomó en Criminología por la misma Universidad.

Ingresó en la Carrera Judicial en 1975 y en la Fiscal en 1978. Tras pasar por varios destinos en la Judicatura (Cangas de Morrazo, Alacuás, Alcorcón, Madrid), se integró en la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, de la que fue presidente hasta su nombramiento en 2001 como Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. El 25 de noviembre de 2016, José Manuel fue nombrado Fiscal General del Estado.

Además de la Judicatura y la Fiscalía, sus otras vocaciones profesionales fueron, sin duda, la docencia y la investigación. Durante diez años fue profesor asociado de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid. Desde 2007, fue profesor colaborador honorífico de la Facultad de Medicina de la Universidad Complutense de Madrid y desde 2012, profesor honorario de Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid y de Derecho Penal y Política Criminal en las facultades de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Europea de Madrid. Como autor, escribió numerosísimos artículos jurídicos, destacando su monumental «Tratado de psiquiatría legal y forense», junto al forense Juan José Carrasco, la «Casación penal práctica», junto a su colega en el TS Juan Ramón Berdugo, y las «Circunstancias que excluyen o modifican la responsabilidad criminal».

El 18 de noviembre de 2017 se nos fue en Buenos Aires. Se encontraba asistiendo a la XXV Asamblea General Ordinaria de Ministerios Públicos Iberoamericanos.

José Manuel Maza ha entregado su vida a la Justicia. Falleció en ejercicio de sus funciones, en cumplimiento del deber. Quiero destacar su total entrega y dedicación al servicio del Estado de Derecho y en defensa de la legalidad y del interés social.

Su mandato como Fiscal General fue, desgraciadamente, muy breve. Pese a ello, en tan corto período de tiempo supo ganarse el reconocimiento y el cariño de los Fiscales.

La terrible, inesperada y repentina noticia de su muerte nos conmocionó y nos recordó cómo la vida pasa –*in ictu oculi*– en un abrir y cerrar de ojos.

Nos consuela la convicción de que fue feliz entre nosotros, los Fiscales, pese a lo difícil que fue su mandato, sin que los graves problemas a los que tuvo que enfrentarse minaran su alegría y su sentido del humor.

Junto a su incuestionable talla como jurista, se ha escrito mucho sobre el perfil humano de José Manuel con motivo de su fallecimiento. Se han glosado justamente las virtudes que engalanaban su persona: lealtad, lucidez, tenacidad, afabilidad, dedicación, curiosidad intelectual, entusiasmo, cercanía, inteligencia, honestidad o rigor. Su director de tesis, Carlos Gómez-Jara, tiene escrito que la talla humana de José Manuel «superaba, aunque resulte casi imposible, su impresionante carrera profesional».

Antonio del Moral, en su colaboración, destaca de José Manuel «su permeabilidad frente a los argumentos, frente al discurso intelectual convincente; su capacidad para variar de planteamiento ante argumentos solventes». Este rasgo, que creo es verdadera seña de identidad de las personas sabias, me lo confirman sus colaboradores más próximos durante su mandato como Fiscal General del Estado. José Manuel disfrutaba debatiendo y sabía extraer lo mejor de las opiniones ajenas, que las hacía suyas, teniendo además la generosidad de citar siempre la procedencia. Sabía que, como expresara Publilio, *deliberando discitur sapientia*.

Quiero subrayar un mínimo común denominador: se le ha definido con inusitada coincidencia como hombre bueno. Me adhiero a esa calificación. En efecto, José Manuel representaba la esencia de lo que Aristóteles consideraba la persona ideal: *nunca siente malicia, y siempre olvida y pasa por alto las injurias, sobrelleva los accidentes de la vida con dignidad y gracia, sacando lo mejor de las circunstancias*.

He constatado igualmente, por medio del testimonio de sus colaboradores en su etapa como Fiscal General, su entusiasmo, su ilusión y su impulso creador en el trabajo. José Manuel era fiel exponente del *élan vital* que definió Henri Bergson en *L'évolution créatrice* y que es, al final, la causa del progreso de las personas y las instituciones.

Nos alienta comprobar que, pese a su prematura muerte, su vida ha sido plena y fructífera.

Goldschmidt concebía el proceso penal como una de las expresiones más típicas del grado de cultura alcanzado por un pueblo en el curso de su historia. Consciente de ello, José Manuel, como Magistrado y como Fiscal General, siempre insistió en la necesidad de respetar escrupulosamente las garantías de la persona sometida a proceso.

Quiero destacar también el dato insólito de que durante su mandato como Fiscal General—complicado por definición, especialmente difícil en su caso— culminó una de sus grandes ilusiones, doctorarse en Derecho. Todos los que estuvieron presentes en la lectura de su tesis coinciden en la imagen de un José Manuel Maza entusiasmado y feliz.

La tesis doctoral se publicó en formato libro, titulado «Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos», aportando un profundo y riguroso estudio de los delitos electorales y de la responsabilidad penal de los partidos políticos.

El padre Las Casas escribió que la correcta comprensión de los problemas solo se consigue «si se cava muy hondo hasta hallar los fundamentos». La obra de José Manuel es buen ejemplo de ello. Se trata de una obra trabajada, reflexionada, empapada de horas de investigación y de procesos laboriosos de decantación de ideas.

La arquitectura de este libro homenaje trata de ensamblar de forma armónica y coherente los materiales de la biografía profesional de José Manuel que en síntesis apretada hemos esbozado.

Ello explica el tema elegido para este *liber amicorum*. Es el que le apasionó en los últimos años, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que trató como magistrado ponente en la trascendente Sentencia del Tribunal Supremo (STS) nº 154/2016, de 29 de febrero, y que diseccionó como doctorando en su tesis, con la que obtuvo la máxima calificación.

También justifica que los autores seleccionados para redactar los doce capítulos del libro lo hayan sido atendiendo a las tres vocaciones profesionales de José Manuel: el Ministerio Público, representado por cuatro Fiscales, la Judicatura, encarnada en cuatro Magistrados de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, entre ellos su presidente, y la Academia, representada por cuatro Catedráticos de Universidad, entre ellos su director de tesis.

Los autores de este libro abordan los problemas del nuevo régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, diseccionándolo críticamente y con el claro propósito, siguiendo a Ronald Dworkin, de buscar interpretaciones «que presenten a la Ley en su expresión más coherente y racional».

No eluden los autores los complejos e inquietantes problemas jurídicos que plantea esta nueva materia, tanto sustantivos como procesales. Esto es especialmente de agradecer. No es infrecuente que los libros que se publican al hilo de las reformas legislativas sean superficiales y que huyan de los problemas novedosos por miedo a errar en las soluciones. No es el caso del libro que presentamos. Los autores encaran con decisión lo que el jurisculto Desmoulins denominaba «los profundos piélagos del tenebroso océano del Derecho».

Los autores ponen de relieve un riguroso dominio del tema y una inteligente manera de interpretarlo desde concepciones insobornablemente garantistas y justas. Pero además escriben con claridad y elegancia, teniendo siempre presente que, si el saber nunca ocupa lugar, la elocuencia en la exposición nunca debe perder de vista al lector, al que siempre se debe el autor.

Por ello me atrevo a pronosticar que este libro, además de merecido tributo a la memoria de José Manuel, ocupará un lugar especial en la bibliografía del tema y tendrá, como se dice en el mundo universitario, un notable impacto científico.

Tengo el honor de presentar esta obra en la convicción de que el mejor homenaje que podíamos tributar a José Manuel es el de dedicarle un libro en el que la Fiscalía, la Magistratura y la Cátedra se unieran para, en su memoria, abordar una cuestión que le generó profunda curiosidad y satisfacción intelectual. Puedo imaginarme cómo, con esa sonrisa entrañable a la vez socarrona y compasiva que de modo cuasi perenne dibujaba en su rostro, se sumergiría con entusiasmo en su lectura pausada.

Gracias, José Manuel, *querido amigo*.

María José Segarra Crespo
Fiscal General del Estado

DILEMAS DE LA DEFENSA, PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Julio Banacloche Palao

Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. PRIMER DILEMA: DENUNCIAR O NO EL DELITO DETECTADO. LOS PROBLEMAS DE LA INVESTIGACIÓN INTERNA.
3. SEGUNDO DILEMA: LA POSICIÓN PROCESAL DE LA PERSONA JURÍDICA DURANTE LA INSTRUCCIÓN JUDICIAL. VÍCTIMA O RESPONSABLE.
4. TERCER DILEMA: CÓMO RESOLVER EL PREVISIBLE CONFLICTO DE INTERESES ENTRE LOS DIRECTIVOS Y LA ENTIDAD. 5. CUARTO DILEMA: PROBAR O NO LA EXIMENTE DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA. 6. LA SOLUCIÓN A LOS DILEMAS PLANTEADOS: LA NECESARIA COLABORACIÓN ENTRE LA VÍA PENAL Y LA VÍA PROCESAL. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

1. INTRODUCCIÓN¹

I. Cuando se introduce en España por vez primera la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Ley Orgánica (LO) 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal (en adelante CP), no se contenía ninguna norma que abordara la dimensión procesal de la importantísima reforma legislativa introducida. Si hasta ese momento toda la normativa y la dogmática penales estaban construidas pensando en un delincuente persona física, otro tanto cabía decir del ámbito procesal: la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim) regulaba todo el proceso bajo la premisa de que el imputado/acusado/condenado era una persona física. Sin embargo, nuestro perspicaz legislador no cayó en algo tan elemental como eso, y por aquel entonces nos encontramos con que, a la entrada en vigor de la reforma (el 23 de diciembre de 2010), teníamos un proceso donde se podía exigir una responsabilidad penal a una persona jurídica sin norma procesal alguna que indicara cómo dicha persona debía ser tratada en la causa ni de qué derechos disponía.

Fueron los diversos estudios doctrinales publicados en aquellas fechas² los que procedieron a integrar una laguna legal tan profunda e inexplicable, configurando lo que se podría denominar el tratamiento procesal de la persona jurídica en el proceso penal, a la luz de la

¹ Este trabajo se escribe en homenaje a José Manuel Maza Martín, buen español, gran jurista y querido amigo, con quien compartí muchas horas de intenso y apasionante debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

² *Vid.* por ejemplo, BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J., y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Editorial La Ley Actualidad, Madrid, 2011; y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., y JUANES PECES, A.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor», *Diario La Ley*, nº 7501, 3 de noviembre de 2010.

normativa existente (eso sí, pensada para las personas físicas exclusivamente) y del contenido básico de los derechos fundamentales de los imputados y acusados fijado por la doctrina del Tribunal Constitucional y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

II. Ante un panorama tan incierto, el legislador corrigió su anterior error y aprobó la LO 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que incorporaba algunas modificaciones de la LECrim en las que se ya se tenía en cuenta la posible existencia de una persona jurídica como imputada o acusada, y abordaba algunas de las cuestiones que había señalado la doctrina como de regulación imprescindible (competencia, comparecencia, ejercicio de derecho de defensa, rebeldía, presencia en el acto del juicio y conformidad).

No obstante lo anterior, e incluso después de las modificaciones introducidas por la LO 1/2015, de 30 de marzo –por tercera vez en esta materia en menos de cinco años–, aún se siguen planteando cuestiones problemáticas en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dado que la regulación legal sigue siendo escasa y confusa, y la primera jurisprudencia surgida al respecto, aunque muy meritoria, no ha logrado dar respuesta a todas las dudas que siguen planteadas³.

III. En el presente trabajo vamos a abordar una serie de cuestiones que continúan suscitando serios interrogantes cuando se produce un delito en el seno de una persona jurídica: ¿cómo debe actuar en estos casos la entidad, desde el punto de vista de su derecho de defensa? ¿Cómo compatibilizar su estrategia con el impacto económico o reputacional que una imputación suele implicar? ¿Cómo solucionar el conflicto de intereses que puede producirse entre la persona jurídica imputada y las personas físicas, también investigadas, a quienes se les atribuye la autoría de las conductas que constituyen el hecho delictivo y son al mismo tiempo los máximos responsables de las decisiones que se toman en aquella en relación con su defensa?

En este sentido, conviene recordar desde el inicio cuál es el modelo elegido por el art. 31 bis CP para exigir una responsabilidad penal a las personas jurídicas: esta tiene lugar cuando se ha realizado una conducta delictiva «en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto», bien por sus representantes legales o directivos (apartado 1 letra a), bien por alguno de sus empleados (apartado 1 letra b), habiendo fallado en este segundo caso las medidas de «supervisión, vigilancia y control» que debió adoptar la empresa o entidad (aquí, evidentemente, no se exige haber actuado en nombre de la entidad, sino únicamente que esta se haya beneficiado del delito).

No se trata ahora de analizar la regulación existente en el Código desde el punto de vista de la dogmática penal, pero, en mi opinión, la manera en que se describen los elementos configuradores del delito no resulta en absoluto clara. En primer lugar, no se señala con certeza cuál es la conducta antijurídica por la que se castiga a la persona jurídica: si la cometida por sus directivos o empleados, o la consistente en haber permitido (o no evitado) la comisión de un delito dentro de su ámbito de control. Pero tampoco se especifica si se

³ Como señala DEL ROSAL BLASCO, B.: «Prueba de la complejidad del tema es, por una parte, que la Sentencia núm. 154/2016 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo nace de una exigua mayoría de ocho magistrados frente a siete que, en un tema tan esencial como es el de los requisitos típicos exigibles para declarar la responsabilidad penal de una empresa, discrepan del criterio de la mayoría y, por otra, que la Sentencia núm. 221/2016, de la misma Sala, discrepa técnicamente de los argumentos esgrimidos en la anterior, aunque llegue a unas conclusiones similares. Además, ni el criterio de los magistrados que, mayoritariamente, votan la primera Sentencia ni el minoritario ni el de la segunda Sentencia son concordantes con el criterio manifestado, en ese ámbito, por la Fiscalía General del Estado en la Circular núm. 1/2016» («Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado», *Diario La Ley*, nº 8732, 1 de abril de 2016, pág. 1).

necesita acreditar que la entidad es «culpable» de la existencia de dichos delitos (con su falta de diligencia a la hora de prever o evitar su comisión)⁴, o si el mero hecho de que hayan tenido lugar ya es razón suficiente para condenarla⁵.

En cualquier caso, esta concreta configuración de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas conduce –excepción hecha de los casos donde se acredita desde el inicio la absoluta diligencia de la persona jurídica en la adopción de modelos de prevención delictiva, o cuando no se dan los presupuestos fácticos para exigir su responsabilidad porque, por ejemplo, no hay beneficio– a que sea casi ineludible la imputación simultánea (o inmediatamente sucesiva) de los directivos de la entidad y de la propia persona jurídica, puesto que la aparición de indicios que apuntan a la implicación de los primeros en el hecho punible es lo que genera el presupuesto de hecho determinante de la posible incriminación de la entidad, que es la obtención de un beneficio por una conducta delictiva que se realizó en su nombre y que no supo (o no quiso) evitar. Por otro lado, la existencia de una posible eximente no se puede apreciar sino después de producida la correspondiente investigación judicial⁶.

El problema reside en que la persona jurídica puede, a partir de ese momento (o incluso antes, como enseguida se verá), desplegar una actividad dirigida a demostrar que no es responsable penalmente, o al menos a aminorar su propia responsabilidad. Y ese comportamiento, que consiste básicamente en demostrar que se adoptaron las medidas de control suficiente, en un caso, o en colaborar con la investigación policial y judicial, en otro, puede (y suele) ser perjudicial para los directivos de la empresa quienes, en la mayoría de los casos, son los que siguen ejerciendo el control de las decisiones en la entidad, entre ellas la de la fijación de su estrategia de defensa.

A esto se une la doctrina que el Tribunal Supremo ha ido progresivamente construyendo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. De la interpretación de las sentencias dictadas hasta este momento por la Sala de lo Penal en relación con esta materia, cabe deducir que, para poder condenar penalmente a una entidad, se exige no solo acreditar que la persona física ha realizado la conducta delictiva, sino que la entidad ha realizado la suya propia, esto es, que ha cometido un «delito corporativo»⁷, consistente en no adoptar las medidas adecuadas para la detección y evitación de delitos (el denominado «defecto de organización», al que debe añadirse un «defecto de cumplimiento»)⁸. En contra de lo que señalaba la Circular de la

⁴ Sobre la culpabilidad de la persona jurídica, *vid.* GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *La culpabilidad penal de la empresa*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.

⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., afirma que el delito propio de las personas jurídicas está así configurado: «el injusto del delito corporativo está conformado por una organización defectuosa y la culpabilidad por una cultura de cumplimiento defectuosa» («Delito corporativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas: un desarrollo coherente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, nº 8830, 23 de septiembre de 2016, pág. 1).

⁶ Así lo entiende también DEL ROSAL BLASCO, B.: «en un sistema como el nuestro, el debate sobre la virtualidad del sistema de cumplimiento normativo y su eficacia, en un caso concreto, exige un debate en el seno del proceso penal, bien en la fase de diligencias, bien en la de juicio oral, con lo cual, la relevancia penal indiciaria de los hechos ya tiene que haber sido declarada» («Sobre los elementos...», *cit.*, pág. 10).

⁷ Para GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: «De conformidad con la posición del Tribunal Supremo [...], las personas jurídicas son también autoras de delitos y deben ser hechas responsables por el delito cometido por ellas mismas. Así, la persona jurídica responde por el delito corporativo, la persona física, por el delito individual» («Delito corporativo...», *cit.*, pág. 2).

⁸ Como señala SERRANO ZARAGOZA, O., siguiendo a ORTIZ DE URBINA: «la atribución de responsabilidad penal a una persona jurídica exige la concurrencia de dos tipos de hechos que deben quedar acreditados: a) El tipo objetivo [...]; b) Imputación subjetiva. Se trata del denominado doctrinalmente hecho propio de la persona jurídica, que no es otra cosa que el denominado defecto de organización de la persona jurídica cuyo estudio conviene ahora abordar. En conclusión, con la exigencia legal de que concorra –como presupuesto para atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica– el defecto de organización, el legislador español ha situado nuestro modelo patrio de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas en el ámbito de los modelos de autorresponsabilidad o responsabilidad por hecho propio» (*Compliance penal y responsabilidad civil y societaria de los administradores*, coord. M. RUIZ DE LARA, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pág. 35).

Fiscalía 1/2016, que se mostraba partidaria de entender que se instauraba un tipo de responsabilidad de tipo vicarial o por representación (de modo que la responsabilidad de la persona jurídica se producía por la conducta de su representante, no por una propia, con lo dicha responsabilidad surgía de forma casi automática u objetiva, al trasladarse los efectos de la esfera de aquel a la de ella)⁹, el Tribunal Supremo (desde la sentencia 154/2016, de 29 de febrero) ha rechazado el sistema vicarial, exigiendo que se acredite el delito propio de la persona jurídica (que consiste en la no adopción de medidas eficaces de vigilancia y control)¹⁰. Esto tiene indudables consecuencias para la estrategia defensiva de la entidad, pues ya no siempre la comisión de un delito por parte de sus directivos conllevará un delito propio, sino que se exigirá a la acusación que acredite «un incumplimiento grave de los deberes de supervisión» por parte de la entidad (STS núm. 221/2016, de 16 de marzo). Y también produce que la divergencia de intereses entre la persona jurídica y sus directivos sea si cabe aún más evidente.

Así explica la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 668/2017, de 11 octubre, la necesidad de que se pruebe «la culpa» de la persona jurídica: «la jurisprudencia hasta ahora dictada en esta materia ha proclamado la necesidad, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, de que “... cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”. No cabe, por tanto, una objetivación de este rupturista régimen de responsabilidad criminal de los entes colectivos, construido de espaldas al principio de culpabilidad proclamado por el art. 5 del CP (cfr. STS 514/2015, 2 de septiembre). La responsabilidad por el hecho propio y la reivindicación de un injusto diferenciado se han perfilado como presupuestos sine qua non para proclamar la autoría penal de una persona jurídica. Así lo afirmábamos en la STS 154/2016, 29 de febrero: “... el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización”. Añadíamos que la responsabilidad de los entes colectivos aparece, por tanto, ligada a lo que la sentencia denomina “... la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos”».

⁹ La Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, afirma a este respecto que «la vigente regulación del apartado primero del art. 31 bis continúa estableciendo en sus letras a) y b) los dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas. En ambos casos, se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica». Y añade: «deberá acreditarse la comisión de la infracción penal, individualizando una acción típica y antijurídica de la persona física para verificar después que se cumplen los criterios de transferencia de la responsabilidad a la persona jurídica. Conforme a este modelo, hay unos sujetos personas físicas que actúan y otro sujeto persona jurídica que asume la responsabilidad de tal actuación. La persona jurídica propiamente no comete el delito sino que deviene penalmente responsable por los delitos cometidos por otros».

¹⁰ Como ya apuntaba la citada Circular 1/2016, esta interpretación del Tribunal Supremo supone que la acusación haya de probar no solo la conducta delictiva de las personas físicas, sino también la ausencia de un control eficaz dirigido a prevenir o detectar el delito: «Si el fundamento de la imputación es la defectuosa organización societaria y esta se configura como elemento del tipo o define su culpabilidad, la acusación deberá probar, además de la comisión del delito por las personas físicas de las letras a) y b) del apartado primero, que tal infracción se ha cometido a consecuencia del ineficiente control de la persona jurídica. Otro entendimiento –que la persona jurídica estuviera obligada a probar su adecuado sistema de organización– representaría una inversión de la carga de la prueba constitucionalmente inadmisibles». Esta opinión coincide en buena medida con los siete magistrados discrepantes que firmaron el voto particular a la STS núm. 154/2016.

La acusación debería probar, pues, la responsabilidad propia de la entidad, consistente en un defecto estructural y de cumplimiento de los modelos de prevención del delito, y eso puede suponer que esta no tenga necesariamente por qué correr la misma suerte en la sentencia que sus directivos o empleados: «La confirmación de la línea jurisprudencial favorable a la autorresponsabilidad tuvo un exponente más próximo en la STS 516/2016, 13 de junio. En ella se señala que “... en el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema de autorresponsabilidad (cfr. auto de aclaración), siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad”»¹¹.

Como concluye la citada sentencia: «Hemos negado la existencia de un extravagante litis consorcio pasivo necesario entre la persona jurídica y la persona física, recordando la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica frente a la que es predicable del directivo o empleado que comete el delito de referencia (STS 455/2017, 21 de junio)».

En consecuencia, el Tribunal Supremo afirma la «autonomía» de la responsabilidad de la entidad respecto de la de sus directivos o empleados. Esto hace que la compatibilización de las estrategias de defensa de ambos no resulte nada sencilla. Además, las soluciones que la LECrim ha ideado a tal efecto no parece que estén funcionando. Al análisis de los problemas que se suscitan en este punto se dedica el contenido del presente trabajo.

IV. En relación con lo que se acaba de señalar, y antes de entrar en el núcleo de la exposición, creo conveniente volver a reflexionar acerca del fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, porque de la respuesta que se dé a esta cuestión depende el juicio sobre la necesidad o conveniencia de su existencia, primero, y de su configuración penal y procesal, después. No se trata de tejer y destejer constantemente cual manto de Penélope todas las novedades que se van introduciendo en nuestro sistema de política criminal, pero quizá estemos aún a tiempo de replantear la forma en que se ha concretado el no criticable deseo del legislador de involucrar a las empresas en la lucha contra la criminalidad que, en ocasiones, se desarrolla en su seno.

Habría que comenzar recordando algo básico: que, en lo que respecta a su posible relación con una actividad delictiva, se puede entender que existen dos tipos de entidades en general: las que se crean para delinquir, y constituyen un instrumento más del delito (pensemos en

¹¹ En concreto, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 516/2016, de 13 junio, se pedía la imputación de la persona jurídica en un delito medioambiental, al entender el recurrente que él no era el autor de la conducta delictiva, sino la persona jurídica, y que la responsabilidad declarada en la sentencia fue por ser el representante legal de la misma, cuando lo correcto hubiera sido que ella hubiera sido imputada por la conducta típica. Sin embargo, el TS rechaza la alegación, en primer lugar, porque cuando se cometieron los hechos aún no existía la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero añade que, aunque así hubiera sido, «la redacción del precepto no excluye la de la persona física que la representa si concurren en él los elementos de la autoría precisos para la imputación y la subsunción de su conducta en la norma. El relato fáctico refiere un comportamiento típico en el acusado consistente en no hacer nada para evitar o disminuir, pudiendo hacerlo, los efectos y daños ecológicos que causó la industria que dirigía, comportamiento personal que es imputable al mismo y del que surge la responsabilidad penal». Y a continuación destaca que, en todo caso, puede haber responsabilidad de la persona física, y no de la jurídica, o al revés: «El art. 31 bis del Código Penal actúa como una cláusula de determinación de la autoría definitiva del tipo de autor en las personas jurídicas. El art. 31 bis señala los presupuestos que han de concurrir para la declaración de persona jurídica como autora del delito, esto es, un delito cometido por persona física –representantes legales o por empleados– en nombre o por cuenta de una persona jurídica o en el ejercicio de las actividades sociales por cuenta o en beneficio directo o inmediato de la persona jurídica, y que por ésta no han adoptado las medidas de organización y gestión necesarias, que incluyen medidas de vigilancia y control de los posibles resultados típicos que el ejercicio de su actividad de la persona jurídica pueda realizar. En el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema vicarial, siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad».

las que buscan como fin principal el blanqueo de dinero, o las que se usan como tapadera de operaciones ilícitas: las llamadas «sociedades pantalla o instrumentales»); y las que se crean para un fin determinado, perfectamente lícito, pero donde de forma ocasional tiene lugar la comisión de un delito¹². Se podría decir, en terminología aristotélica, que en las primeras el delito forma parte de su razón de ser, de su esencia, mientras que en las segundas es un mero accidente, algo que sucede en un momento determinado (por la mala conducta de los directivos, o la falta de control de la actuación de alguno de los empleados), pero que no forma parte de su ser. El primer caso ya estaba contemplado –y, en mi opinión, adecuadamente resuelto– en la legislación penal previa a la reforma, a través del art. 129 CP en su antigua redacción (porque la de ahora se refiere a entidades sin personalidad jurídica). Por lo tanto, parece que la nueva normativa se ha introducido pensando en el segundo caso¹³, y es ahí donde surge el problema, pues no se puede dejar de preguntar sobre la solidez del fundamento de dicha novedad.

La doctrina penalista entiende de forma prácticamente unánime que, con la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas, se busca implicar a éstas en la lucha contra la criminalidad, introduciendo en ellas lo que se ha denominado la cultura ética empresarial, la cultura del cumplimiento, o la también llamada cultura del respeto al Derecho¹⁴. Se trataría, en definitiva, de ahondar en el valor justicia, tratando de dar a cada cual lo que le corresponde. De este modo, si se crea una entidad con unos fines ilícitos, o inicialmente lícitos, pero que posteriormente se abandonan y determinan el uso de aquella para colaborar en la comisión de delitos, lo que corresponde es actuar contra dicha entidad, haciéndola desaparecer del mundo jurídico (disolución), o castigándola en su funcionamiento ordinario (clausura o prohibición temporal de realizar una actividad) o en su patrimonio (multas).

Además del valor justicia, la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas también podría justificarse por una razón de economía procesal: si las empresas ponen los medios para evitar la comisión de delitos, estos se realizarán en menor número y, en consecuencia,

¹². Esto mismo señala la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016: «Junto a las sociedades que operan con normalidad en el tráfico jurídico mercantil y en cuyo seno se pueden producir comportamientos delictivos, existen otras estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal es precisamente la comisión de delitos. El régimen de responsabilidad de las personas jurídicas no está realmente diseñado para ellas (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes...) de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales. Se entiende así que las sociedades instrumentales, aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación el art. 31 bis, especialmente tras la completa regulación de los programas de cumplimiento normativo».

¹³. Tan es así que la Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, considera directamente como inimputables las sociedades instrumentales, es decir, «aquellas sociedades cuyo carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos» (auto de 19 de mayo de 2014, cit.). Frecuentemente, este tipo de sociedades suele emplearse para un uso único. Por ejemplo, como instrumento para la obtención de una plusvalía simulada mediante la compra y posterior venta de un mismo activo, normalmente un bien inmueble (por su elevado valor) o activos financieros (por su dificultad para conocer su valor real). En esta categoría se incluyen también aquellas sociedades utilizadas para un uso finalista, como mero instrumento para la tenencia o titularidad de los fondos o activos a nombre de la entidad, a modo de velo que oculta a la persona física que realmente posee los fondos o disfruta del activo». Esta interpretación de la Fiscalía, que se apoya en una resolución de la Audiencia Nacional, carece en mi opinión de apoyo legal alguno: o estamos ante una entidad sin personalidad jurídica, y en tal caso se puede admitir su no personación en la causa (y se le aplicaría el art. 129 CP), o la tiene, y entonces no se le puede privar de los derechos fundamentales que corresponde a toda persona jurídica que puede llegar a ser condenada, también la denominada instrumental.

¹⁴. Para NIETO MARTÍN, A.: «lo que el derecho reprocha es la infracción de una norma de valoración, en virtud de la cual el legislador desvaloriza un estado, si se quiere, una forma de ser de la persona jurídica, consistente en que no se ha organizado de modo correcto con el fin de impedir o dificultar que las personas naturales que actúan dentro de su sistema no lesionen, de manera delictiva, bienes jurídicos» (*La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Ed. Lustel, Madrid, 2008, pág. 22).

se reducirá el volumen de procesos penales, y podrán distribuirse de manera más eficiente los recursos judiciales, policiales y de órganos de inspección¹⁵.

Admitido lo anterior, el problema surge al constatar que la forma con que el Código Penal ha afrontado dicha cuestión no asegura en absoluto que todo termine en una solución justa y eficaz. Ni el precepto que configura el tipo penal es claro, ni las posibilidades que se le ofrecen a la persona jurídica son incentivadoras de una solución adecuada para todos, ni con su aplicación parece que se vaya a reducir el número de delitos cometidos en el seno de las empresas (como se puede comprobar con el escaso número de condenas existentes en estos siete años de vigencia). Por otra parte, al no tomar en consideración el hecho fundamental de que hay empresas o entidades que tienen una base personal y patrimonial muy numerosa e importante, y cuya supervivencia no merece ser puesta en riesgo porque exista un directivo o un empleado transgresor, se puede incluso llegar a crear situaciones de verdadera injusticia, que es lo contrario de lo que se pretende.

En definitiva, que ante la necesidad de establecer en nuestro sistema criminal una responsabilidad penal de las personas jurídicas, el legislador ha actuado de forma inidónea, al acudir únicamente a la vía penal, configurando un tipo complejo de aplicar y un juego de eximentes y atenuantes que no satisfacen los intereses que para la persona jurídica comporta su implicación en una causa penal. Por el contrario, si se combinara esa vía penal con fórmulas procesales basadas en la aplicación del principio de oportunidad, probablemente se conseguirían mejores resultados y a un coste mucho menor para todos los implicados, como se tratará de demostrar.

2. PRIMER DILEMA: DENUNCIAR O NO EL DELITO DETECTADO. LOS PROBLEMAS DE LA INVESTIGACIÓN INTERNA

I. Para una persona jurídica que no quiera tener problemas de naturaleza penal, con la actual regulación resulta fundamental dar cumplimiento al art. 31 bis 2 CP, a cuyo tenor, si ha adoptado «modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión» (los ya famosos *compliance programs*), estará exenta de responsabilidad criminal, tanto si el delito lo han cometido los directivos de la entidad (aunque en este caso se requieren garantías añadidas: que el órgano de control funcione adecuadamente y que se hayan eludido fraudulentamente las medidas de prevención) como si cabe atribuirlo a alguno de sus empleados.

Conviene detenernos, siquiera brevemente, en esta causa de exención de la responsabilidad criminal. Aunque hay opiniones para todos los gustos en relación con su naturaleza (se ha hablado de que se trata de un elemento negativo del tipo, una excusa absolutoria o una causa de justificación), a mi juicio estamos ante una causa de exclusión de la culpabilidad,

¹⁵ Como señala NIETO MARTÍN, A.: «la imposición de sanciones a colectivos tiene por objeto propiciar por parte de la empresa la implantación de controles preventivos y postdelictivos que ayuden tanto a evitar delitos como a descubrir los ya cometidos. La creación de sistema preventivos dentro de la empresa sirve para descargar la actividad estatal de la policía [...]. Si las propias empresas se encargan de establecer sistemas internos de control, el Estado puede reducir el número de funcionarios, no sólo policiales, sino también de los diversos cuerpos de inspección» (*La responsabilidad penal...*, *op. cit.*, pág. 49).

pues para poder condenar a una persona jurídica se exige que se acredite la existencia de una conducta propia y autónoma consistente en no adoptar medidas eficaces para impedir el delito, y esta exigente iría dirigida a probar lo contrario¹⁶. Cuando el origen del hecho punible se encuentra en una actuación de un directivo, para que opere la causa exigente, el precepto impone la concurrencia conjunta de cuatro circunstancias: la existencia de un modelo de organización y gestión que incluya medidas de prevención de delitos; que la supervisión del modelo corresponda a un órgano autónomo; que los autores hayan eludido fraudulentamente los controles; y que el órgano supervisor no haya omitido o ejercido de forma insuficiente sus funciones.

A la vista de la configuración legal de la exigente, parece difícil conocer a priori si en un caso concreto va a operar o no; entre otras cosas, porque algunas de las condiciones son contradictorias entre sí: por ejemplo, si no ha habido una elusión de los controles, no se habrá producido el delito; y si ha existido, probablemente será porque el supervisor no ha actuado eficazmente. Al final, como ya hemos señalado, serán el Juez de Instrucción y el Ministerio Fiscal quienes decidan cómo calificar la conducta de la entidad y, desde luego, no al principio de la instrucción, por lo que su citación como investigada es casi ineludible¹⁷; además, muy probablemente esa decisión se va a ver muy influida no tanto por la actuación de la entidad previa al delito, sino por la desarrollada durante la investigación del hecho punible¹⁸. Lo que confirma la idea de que la vía más adecuada para potenciar la implicación de las personas jurídicas en la lucha contra la criminalidad no es únicamente la penal (mediante una exigente difícil de probar), sino la procesal, mediante la puesta en juego de un acuerdo de no persecución o, en su caso, de no acusación.

II. Por lo tanto, parece claro que la existencia de unos programas de prevención y control en el seno de una empresa puede dificultar la comisión de un delito, pero no impedirlo. Y aquí viene la primera situación conflictiva que se le puede plantear a aquella: qué hacer cuando aparecen indicios que hacen sospechar al órgano supervisor que se ha podido cometer (o que se está cometiendo) un delito en el seno de la entidad, a pesar de las medidas adoptadas para evitarlo.

¹⁶ Así también opina RODRÍGUEZ RAMOS, L., que después de rechazar que se trate de una excusa absolutoria, afirma que «las circunstancias eximentes de los apartados 2 y 4 del art. 31 bis son causas de exención de la culpabilidad, que destruyen la exigibilidad de una conducta distinta a la persona jurídica, extremo este a probar por la defensa de la entidad, de existir una apariencia en sentido contrario, pues de resultar ausente tal apariencia correspondería a las acusaciones acreditar esa no presencia de los fundamentos fácticos de la exigente aparentemente concurrentes» («Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, nº 8766, 20 de mayo de 2016, pág. 8).

¹⁷ Así lo señala muy acertadamente MAZA MARTÍN, J.M.: «permítaseme dudar, muy seriamente, de la utilidad práctica de esta causa de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica, para la persona jurídica que pretende eludir de esta forma su presencia en el procedimiento penal, ya que tengo fuertes reservas de que, aun cuando en la ley se prevea como causa de exoneración de responsabilidad el hecho de la acreditada existencia de los mecanismos de control idóneos al momento de la comisión del delito por la persona física a ella vinculada, un Juez de Instrucción, con las características propias de tal figura y los principios que rigen su actuación, proceda a la exclusión de la persona jurídica de la posición de imputado, en una fase previa de las actuaciones, en vez de remitir al tiempo y órgano competente para conocer del enjuiciamiento de los hechos, una decisión de ese calado» (*Delincuencia electoral y responsabilidad de los partidos políticos*, Ed. La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pág. 245).

¹⁸ SERRANO ZARAGOZA señala que «el criterio legal de delimitación entre la exención y la atenuación de responsabilidad penal de la persona jurídica vendrá dado por la mayor o menor idoneidad de dicho programa de cumplimiento preventivo/reactivo para generar en las personas físicas vinculadas a la empresa la percepción de una más o menos alta probabilidad de ser descubierto y sancionado» (*Compliance penal...*, *op. cit.*, pág. 49). El problema es la prueba de tal «percepción», y que dicho criterio sea tan esencialmente subjetivo: nunca se estará seguro si el Juez o el Fiscal considerarán «idóneo» o no nuestro programa (eficaz, desde luego, no ha sido, porque no ha evitado el delito).

Muy probablemente, la detección de esa conducta sospechosa se deba a que se hallan implantados «modelos de prevención penal», pues estos han de incorporar un protocolo dirigido a tal fin (por ejemplo, que se presente una denuncia interna remitida al «canal de denuncias» habilitado a tal efecto, o que «salte» una operación realizada de forma irregular, o que aparezca un uso desviado de fondos o un acceso inconsentido en los ordenadores de la empresa, etc.).

Cuando se produzca tal circunstancia, antes de acudir a las autoridades, lo lógico es poner en marcha una investigación interna dirigida a averiguar qué está sucediendo en realidad, y si las irregularidades detectadas tienen o no una explicación razonable y lícita o si, por el contrario, pueden ser constitutivas de un delito. Aquí surge otro problema que desarrollaremos con posterioridad: el conflicto de intereses que puede plantearse entre el sujeto encargado de decidir el inicio de esta investigación, cuando pueda estar afectado por la conducta delictiva (algo que, por otra parte, y salvo él mismo, muy probablemente nadie sepa en ese momento), y la propia entidad que dirige o en la que trabaja.

Esta investigación interna, caso de ser acordada, se podría encargar bien a órganos de la propia entidad (al propio encargado del sistema de *compliance*, o al Departamento de Seguridad si existe), bien externalizarla (encomendándosela a una empresa de auditoría o a una de investigación privada); pero, en ambos casos, puede dar lugar a que los autores de los comportamientos presuntamente delictivos tomen conciencia de que están siendo objeto de una investigación y actúen en consecuencia (generalmente, procurándose la mayor impunidad posible). Dicho de otro modo, la investigación interna de la empresa puede dificultar la posterior instrucción judicial y las pesquisas policiales, porque puede originar la destrucción de pruebas, la ocultación de información (o de medios patrimoniales) e incluso la fuga de los responsables.

Aquí aparece una primera gran paradoja, que incide en el dilema anteriormente planteado: el art. 31 quater CP considera, como primera circunstancia atenuante –no como eximente– de la responsabilidad penal de una persona jurídica, la de «haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades». Como ya se ha señalado, el hecho de que se haya podido producir un delito en el seno de la empresa ya invita a dudar sobre si el sistema de control ha funcionado de forma adecuada, lo que a su vez permite poner en cuestión que la persona jurídica vaya a quedar sin más exenta de responsabilidad penal, por mucho que cuente con un modelo de prevención de delitos, porque éste no ha servido para lo que se pretende con él¹⁹. Por consiguiente, no se puede descartar que, en este primer momento de detección del delito, no vaya a ser necesario acudir en un futuro al atenuante de la confesión, por si al final se exigiera dicha responsabilidad. Parece, pues, que lo mejor en estos casos sería confesar el delito cuanto antes, porque así operaría en todo caso el atenuante.

Pero, al mismo tiempo, no parece en absoluto razonable para una empresa «confesar» un delito sin previamente constatar que realmente se ha producido (aunque solo sea por evitar

¹⁹ La propia Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, reconoce las dificultades que va a tener el Ministerio Público a la hora de dirimir si ha habido o no la debida diligencia: «no resultará sencillo a Fiscales y Jueces comprobar que los modelos de organización y gestión cumplen las condiciones y, sobre todo, los requisitos respectivamente establecidos en los apartados 2 y 5 del art. 31 bis». Pero avisa que, en todo caso, «las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas, corporaciones o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más de su observancia pero en modo alguno acreditar la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial».

las consecuencias reputacionales y de propia estabilidad que la apertura de un proceso penal conlleva para la persona jurídica) y determinar, siquiera indiciariamente, quiénes pueden ser sus presuntos responsables. Eso sí, si decide no hacerlo, podría no beneficiarse posteriormente del atenuante de la confesión, cuando el proceso se inicie por otra vía y reciba una imputación antes de hacer nada por propia iniciativa²⁰. Y ello porque, según la ley, el atenuante de la confesión solo entra en juego si ésta se produce «antes de conocer» que hay abierto un proceso penal y que la persona jurídica está siendo investigada. Esta prescripción, contrariamente a lo que pensamos que era su verdadero objetivo, impulsa a guardar todavía más en secreto la investigación interna y los resultados que se vayan obteniendo, porque cualquier filtración que pueda dar lugar a una denuncia y al inicio de la causa frustraría en un futuro el atenuante de la confesión previa.

En definitiva, que la situación creada por la ley es terriblemente paradójica: lo que más interesa al proceso (que no se pierda nada que pueda llevar a esclarecer lo sucedido, lo que exigiría una denuncia rápida) no es lo que beneficia a la entidad, que no puede arriesgarse a tomar una decisión precipitada que podría perjudicar gravemente sus propios intereses (y la propia carrera profesional de los directivos encargados de tomar dicha decisión, que puede hundirse si, por ejemplo, denuncian un presunto delito que después resulta no haberse cometido). Pero es que, para hacerlo todavía más complicado, lo que atenuaría la responsabilidad de la empresa es, según la ley, «la confesión de la infracción» y no la «denuncia de la comisión de un hecho presuntamente delictivo», con lo que la pertinencia de la investigación previa que respalde mínimamente la posible existencia de un delito resulta prácticamente ineludible, con el riesgo que hemos indicado que ello comporta. Sobre esto volveremos más adelante.

III. Ahora imaginemos que esa investigación da como resultado que, efectivamente, se ha producido un hecho delictivo en el seno de la entidad, debido a una conducta realizada en su nombre y de la que ésta ha obtenido un beneficio. Y que, además, en parte eso ha sido posible por el deficiente modelo de control implantado en la empresa, o la ineficacia en su ejecución (lo que en ambos casos conllevaría responsabilidad penal). ¿Qué debería hacerse entonces con el informe encargado? Evidentemente, su entrega a las autoridades produciría la atenuante de confesión, como hemos visto. Pero la cuestión es si hay o no obligación de entregarlo. Cuando el informe lo han encargado los órganos de administración de la entidad, y su resultado inculpa a ésta, ¿entra en juego el deber de denuncia? ¿O no estamos más bien ante el ejercicio del derecho a no autoincriminarse, derivado del famoso brocardo «nemo tenetur se ipsum laedere», recogido como derecho fundamental en el art. 24.2 CE?

En relación con este punto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su sentencia de 25 de febrero de 1993, caso *Funke* contra Francia, entendió que hubo violación del art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (derecho a un proceso equitativo) respecto de una persona que fue condenada penalmente por negarse a entregar a las autoridades aduaneras determinados documentos (recibos bancarios y

²⁰ Hay que recordar en este punto que por procedimiento judicial, según una uniforme jurisprudencia, se entiende incluida la incoación de las diligencias policiales (STS 366/1997, de 21 de marzo; 1220/2001; 755/2008, de 26 de noviembre; 790/2008, de 18 de noviembre; y 131/2010, de 18 de enero).

cheques descubiertos) que le incriminaban. Según el TEDH: «El Tribunal constata que las aduanas provocaron la condena del señor Funke para obtener determinadas pruebas que presumían que existían, pero de las que no tenían certeza. No pudiendo o no queriendo obtenerlas por otro medio, intentaron obligar al demandante a que les entregara el mismo la prueba de los delitos que había cometido. Las particularidades del derecho aduanero (aps. 30-31, supra) no justificarían tal violación del derecho, de todo ‘acusado’ en el sentido autónomo que el artículo 6 atribuye al término, de guardar silencio y no contribuir a su propia incriminación». No se está hablando, por tanto, de que no pueda ordenar el Juez que se intervengan determinados documentos relevantes para la causa que se encuentren en las dependencias de la empresa, sino de que se obligue a la persona jurídica imputada a entregarlos²¹.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en su sentencia núm. 142/2009, de 15 de junio, señala que existe una relación muy estrecha entre el derecho a no declarar contra sí mismo y la presunción de inocencia, de modo que obligar a la entrega de documentación incriminatoria sería en parte desplazar la carga de la prueba: «Por otra parte, los derechos alegados entroncan también con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia, en virtud de la cual la carga de la prueba en el proceso penal corresponde a la acusación, sin que pueda hacerse recaer en el acusado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación (SSTC 161/1997, de 2 de octubre, F. 5; 18/2005, de 1 de febrero, F. 2; 76/2007, de 16 de abril, F. 8). O, en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho a no autoincriminarse “presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la persona acusada” (STEDH de 3 de mayo de 2001, caso J. B. c. Suiza, § 64; en el mismo sentido, SSTEDH de 8 de febrero de 1996, caso John Murray c. Reino Unido, § 45; de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders c. Reino Unido, § 68; de 20 de octubre de 1997, caso Serves c. Francia, § 46; de 21 de diciembre de 2000, caso Heaney y McGuinness c. Irlanda, § 40; de 21 de diciembre de 2000, caso Quinn c. Irlanda, § 40; de 8 de abril de 2004, caso Weh c. Austria, § 39)».

Sin embargo, no tenemos aún sentada una doctrina por parte del Tribunal Constitucional acerca de si implicaría una autoincriminación para la persona jurídica el hecho de obligarle a aportar elementos de prueba que pudieran contribuir a su posterior condena penal (por ejemplo, el informe de la investigación interna), pero sí ha resuelto sobre algo relacionado: si la aportación de documentación en un procedimiento administrativo que luego se usa en un proceso penal, vulnera o no el derecho a no declarar contra uno mismo. La cuestión se planteó en la STC 18/2005, de 1 de febrero (y de nuevo en la STC 68/2006, de 13 de marzo), pero, desafortunadamente, no se llegó a entrar en el fondo de la cuestión, al sortearla sobre la base de que la exigencia de entrega de la documentación en el procedimiento administrativo

²¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., afirma a este respecto que la única vía para obtener esos documentos es la entrega voluntaria por parte de la empresa o de alguno de sus directivos o empleados, o la orden judicial de registro e intervención, pero no la exigencia de su entrega: «en caso de negativa del representante de la empresa o de sus directivos o trabajadores, el instructor no tendrá más alternativa que acudir al registro por medio de resolución motivada si se dan las condiciones apropiadas» (*Proceso penal y persona jurídica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 125). Una opinión contraria la expresa SERRANO ZARAGOZA, O., para quien «la tutela del derecho a la no autoincriminación de la persona jurídica es de menor intensidad que en el caso de la persona física, por lo que quedarán excluidos más supuestos que los ya referidos de soportar prueba y coacción previa a la comisión del delito» («Contenido y límites del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas en tanto sujetos pasivos del proceso penal», *Diario La Ley*, nº 8415, 6 de noviembre de 2014, pág. 9).

se hizo a una entidad, mientras que quien después fue encausado en el proceso penal (y contra quien se usó dicha documentación) fue una persona física²².

Ahora bien, el hecho de que el Tribunal Constitucional en esas sentencias se esfuerce por justificar que la doctrina del TEDH no resulta aplicable a los casos que enjuicia, porque en ellos el sujeto que entregó la documentación en el procedimiento administrativo (la sociedad) no es el mismo que aquel frente a quien después se hizo valer aquella en el proceso penal (su directivo), hace pensar que no considera compatible con el derecho a no autoincriminarse consagrado en el art. 24.2 CE el obligar a una persona jurídica a aportar a la autoridad policial y judicial el material que después servirá para fundar la acusación contra ella, e incluso su condena. En mi opinión, esa previsible posición del Tribunal Constitucional es correcta²³, pues en este punto la persona jurídica debe equipararse a la persona física, de modo que a ninguna de las dos pueda exigírsele (y sancionarle si no lo hace) la entrega de fuentes de prueba que pueden servir de base para su posterior incriminación, acusación y condena²⁴.

Esta misma conclusión debería sostenerse para el caso de que a quien se exija la entrega de la información o documentación sea una persona física que representa a la persona jurídica (como su administrador, consejero delegado, etc.), con la intención de que perjudique a ésta. A los efectos de entender existente una posible autoincriminación no permitida, el representante de la persona jurídica debe ser considerado como si fuera la propia representada²⁵.

²² Según el TC, «de todo lo anterior se desprende inequívocamente que la información que se utilizó para fundamentar la condena contra el ahora solicitante de amparo se requirió a una persona distinta del mismo –la entidad Incovesa–, que la coacción prevista en la Ley se ejerció exclusivamente contra la citada entidad y, finalmente, que dicha información fue aportada por los representantes de la misma, sin que, por otro lado, conste que la entidad de la que el recurrente en amparo era Presidente y Consejero-Delegado invocara en ningún momento, durante el desarrollo del procedimiento inspector, sus derechos a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable». Por ello considera que no es aplicable la doctrina del TEDH donde prohíbe el uso de lo obtenido en un procedimiento administrativo previo: ni el caso *Saunders c. Reino Unido*, e I. J. L., G. M. R. y A. K. P. c. Reino Unido; ni el caso *J. B. c. Suiza*; ni el caso *Funke c. Francia*: «En suma, como en los casos anteriormente citados, fue la persona contra la que se siguió el procedimiento inquisitivo, a la que se le reclamó la documentación autoincriminatoria y sobre quien se ejerció la coacción prevista en la Ley que concluyó con la imposición de sanciones, la que instó la declaración de vulneración del derecho a la no autoincriminación reconocida en el art. 6.1 CEDH. No apreciándose la existencia del requisito subjetivo de que la coacción haya sido ejercida por el poder público sobre la persona que facilitó la información incriminatoria y que finalmente fue la destinataria de las medidas punitivas, debe desestimarse el recurso de amparo en este punto, sin que sea preciso pronunciarse sobre los requisitos objetivos del derecho a la no autoincriminación que, según expresan el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, tampoco concurrirían en el caso enjuiciado».

²³ En el mismo sentido, MAZA MARTÍN, J.M.: «el hecho de que la inclusión de la persona jurídica como posible responsable de un ilícito penal debería llevar, en pura coherencia con semejante decisión y a pesar de las dificultades que de ello pudieran derivarse, a otorgar a esa persona jurídica la titularidad de este derecho, en términos semejantes a aquellos con los que opera respecto de la persona física» (*Delincuencia...*, *op. cit.*, pág. 356).

²⁴ De esta misma opinión es DEL MORAL GARCÍA, A., en «Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas: Incidencia Procesal», *El Derecho.com*, Lefebvre-El Derecho, 4 de noviembre de 2010. Su opinión resulta de especial relevancia, por lo que se transcribe íntegramente: «El tema se ha suscitado ya en la jurisprudencia constitucional. La sentencia 68/2006, de 13 de marzo del TC zanja el problema sometido a su consideración (utilización para la condena penal de la documentación e información reclamada durante la sustanciación del expediente administrativo previo) argumentando que *in casu* el sujeto pasivo del expediente era una Sociedad y no su gerente que fue el finalmente condenado en el posterior proceso penal. El derecho a la no autoincriminación no excluye la posibilidad de realizar prueba sobre el sospechoso (detección de alcohol en sangre; obtención de unos cabellos, examen psiquiátrico). Pero sí repele la imposición al sospechoso de la carga de colaborar con su propia inculpación mediante actuaciones como el requerimiento para aportar elementos probatorios directos (como documentación). No es eso compatible con el derecho a no autoincriminarse. La prueba obtenida así bajo apercibimiento de desobediencia sería ilícita, como lo sería la que se ha recabado de esa forma en un expediente administrativo previo. Es ese el supuesto contemplado también en otro precedente. La sentencia del TC 18/2005, de 1 de febrero considera legítima la condena por delito contra la Hacienda Pública por cuanto la documentación utilizada como prueba recabada en la previa inspección tributaria fue proporcionada por la sociedad y no por la persona física finalmente condenada. ¿Qué solución procedía si la reforma hubiese estado ya vigente y la condena penal hubiese alcanzado a la persona jurídica?».

²⁵ Como indica SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A.: «es una entelequia diferenciar entre la coacción ejercida sobre una persona jurídica y la efectuada por una persona física, por lo que respecta a entidades con socio único y, en general, a aquéllas cuya estructura organizativa no permita distinguir con total claridad (más allá del ámbito puramente intelectual) entre la persona jurídica y las personas físicas que la integran» («El derecho de las personas jurídicas a no autoinculparse por delito fiscal», *Diario La Ley*, nº 8737, 8 de abril de 2016, pág. 14).

IV. Cuestión distinta, aunque relacionada, es la relativa a la obligación de denuncia que podría corresponder a los profesionales de la investigación privada encargados de la elaboración del informe solicitado por la empresa, y que hubieran descubierto, como consecuencia de sus pesquisas, la comisión de delitos. De acuerdo con la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada (en adelante, LSgPv), que es la que «regula las investigaciones privadas que se efectúen sobre (personas o bienes)» (art. 1 LSgPv), éstas no pueden versar sobre delitos públicos: «Constituyen actividades de seguridad privada las siguientes: h) la investigación privada en relación a personas, hechos o delitos sólo perseguibles a instancia de parte» (art. 5.1.h LSgPv). Ahora bien, esa norma puede salvarse en el caso que nos ocupa afirmando que ahí el objeto de la investigación no es un delito, sino un hecho que podría ser delito, pero del que, en el momento de iniciarse aquella, se desconoce su verdadera naturaleza (pues lo que se pretende precisamente con la investigación es conocer si hay delito o no).

En consecuencia, sólo cuando se confirmen los indicios de la antijuridicidad de la conducta debe cesar la investigación realizada. No veo, pues, problema en que pueda encomendarse a una empresa o profesional especializados la investigación de una determinada conducta sospechosa, siempre que no exista la constancia de que se trata de un delito (porque entonces no se podría realizar ese encargo, ni realizar actividad alguna: art. 10.2 LSgPv).

Ahora bien, el art. 8.4.c LSgPv parece exigir que, si en el curso de una investigación se detecta la existencia de un delito, los que la realicen deben comunicar de inmediato tal circunstancia a las autoridades policiales o judiciales: «Las empresas, los despachos y el personal de seguridad privada: c) Tendrán prohibido comunicar a terceros, salvo a las autoridades judiciales y policiales para el ejercicio de sus respectivas funciones, cualquier información que conozcan en el desarrollo de sus servicios y funciones sobre sus clientes o personas relacionadas con éstos, así como sobre los bienes y efectos de cuya seguridad o investigación estuvieran encargados».

Aún con mayor claridad lo indica el art. 10.2 LSgPv, antes mencionado: «Los despachos de detectives y los detectives privados no podrán celebrar contratos que tengan por objeto la investigación de delitos perseguibles de oficio ni, en general, investigar delitos de esta naturaleza, debiendo denunciar inmediatamente ante la autoridad competente cualquier hecho de esta naturaleza que llegara a su conocimiento, y poniendo a su disposición toda la información y los instrumentos que pudieran haber obtenido hasta ese momento, relacionado con dichos delitos». Aquí la clave está en el adverbio «inmediatamente», que parece que exige el cese de la investigación desde el momento mismo en que aparezca la constatación de la existencia de un hecho delictivo.

En el mismo sentido, el art. 14.2. LSgPv establece que «las empresas de seguridad, los despachos de detectives y el personal de seguridad privada deberán comunicar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes, tan pronto como sea posible, cualesquiera circunstancias o informaciones relevantes para la prevención, el mantenimiento o restablecimiento de la seguridad ciudadana, así como todo hecho delictivo del que tuviesen conocimiento en el ejercicio de su actividad o funciones, poniendo a su disposición a los presuntos delincuentes, así como los instrumentos, efectos y pruebas relacionadas con los mismos». De nuevo se insiste en lo mismo en el art. 25.1.d LSgPv. Es decir, la exigencia legal es clara: nada más conocer la posible existencia de un delito, los investigadores privados deberán cesar en su actividad,

presentar la correspondiente denuncia ante la autoridad policial, fiscal o judicial, y entregarle cuanta información y elementos posean acerca del presunto hecho criminal.

Lo anterior genera una nueva situación paradójica para la entidad afectada: ante la duda sobre la posible existencia de un delito, cualquier investigación que encargue se puede volver en su contra, porque sus responsables tienen la obligación legal de denunciar cualquier delito que aparezca en el transcurso de aquella. Sin embargo, en este punto se plantea de nuevo el problema de la autoincriminación: el art. 10.2 LSgPv parece pensado para casos en que el delito que surge ha sido cometido por un tercero, no por el mismo sujeto que ha encargado la investigación, como sería el caso que nos ocupa. Si consideráramos que, en estos casos, los investigadores son una extensión de sus mandantes, no estarían obligados a comunicar a las autoridades el resultado de sus investigaciones cuando se constatará la existencia de un delito, sino a quienes les hicieron el encargo, que serían los que tomarían la decisión.

Sin embargo, esta es una interpretación de la norma un tanto forzada, y podría conllevar para el investigador el riesgo de cometer un delito: por tanto, si este no quiere tener problemas posteriormente (en todo caso, y como mínimo, la comisión de una infracción muy grave del art. 57.1.e y h LSgPv), debería denunciar a la Policía o al Fiscal el delito que haya descubierto en el momento en que este aparezca, al margen de si eso es lo que prefiere o no la entidad, lo que a su vez comporta un evidente riesgo para esta. De nuevo desembocamos en la misma conclusión anterior: la regulación no favorece en absoluto la confesión del delito, porque la investigación puede empeorar la situación de la persona jurídica afectada. Sobre todo si la ley le permite «corregir» su indolencia inicial mediante una posterior colaboración, que se valora igual que la confesión previa, como a continuación se señalará.

V. Supongamos ahora que la entidad que ha investigado los hechos sospechosos por su cuenta decide no denunciar el delito, pero sí adoptar determinadas medidas represivas o reparadoras, como el despido de los directivos o empleados responsables, la modificación del modelo de prevención, o la devolución de las cantidades obtenidas indebidamente; y que, posteriormente, por una denuncia anónima, o un hallazgo casual en unas intervenciones telefónicas, o una inspección aleatoria de un órgano público, se comienza a investigar el delito cometido en el seno de la entidad. Pues bien, el hecho de no haber confesado en su momento el posible delito resulta de hecho irrelevante, porque son también circunstancias atenuantes según el art. 31 quater CP: «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».

En el ejemplo que estamos manejando, se podrían dar los tres atenuantes al mismo tiempo: la aportación de las pruebas que se obtuvieron en la investigación previa, la reparación del daño con la devolución del dinero, y la adopción de medidas más eficaces de prevención y control de ulteriores delitos, por vez primera o corrigiendo el modelo anterior. Si esto es así, ¿qué incentivo tiene una empresa para «confesar la infracción» penal cometida nada

más tener conocimiento de ella, cuando la misma ventaja penal que esta produce (la atenuación de la pena) la puede obtener posteriormente, si es que llega a descubrirse la existencia del hecho delictivo? Esta incoherencia regulatoria avala la idea de que la confesión del delito por parte de la persona jurídica –siempre que se quiera seguir manteniendo el tratamiento únicamente penal del fenómeno, y no también el procesal– no debería ser una circunstancia atenuante, sino una eximente de la responsabilidad criminal²⁶. Solo así puede esperarse que una empresa denuncie y aporte pruebas, antes de ser investigada, de la comisión de un delito cometido en su seno y del que ha obtenido un beneficio.

Por el contrario, si a la persona jurídica no se le ofrece ningún incentivo para proceder a confesar el delito y aportar los datos y documentos que tiene al respecto, lo más lógico será que espere a ver si se descubre el delito y, en tal caso, se pondrá a disposición de las autoridades para minimizar la pena que pueda imponérsele.

VI. Por último, hay que hacer referencia a un supuesto diverso al analizado hasta este momento. Se trataría del caso en que la primera noticia del delito la tenga la entidad como consecuencia de la actividad policial o judicial ya desplegada: por ejemplo, una citación o la detención de un empleado o directivo, la entrada en dependencias de la empresa y el registro de papeles, libros y ordenadores, etc. Aquí va a resultar muy difícil poder alegar la existencia de la eximente de la adopción de un programa de prevención, porque evidentemente no ha funcionado (si es que llegó a estar implantado). En consecuencia, solo cabe adoptar una actitud plenamente colaborativa con las autoridades, para intentar que se atenúe la pena, en aplicación del ya citado art. 31 quater CP.

Ahora bien, lo que resulta evidente es que, cuando esta situación tenga lugar, la entidad habrá perdido el control no solo de la investigación de los hechos, sino de la información de que se dispone en la causa. Porque lo normal es que el Juez de Instrucción ordene la ocupación y registro de ordenadores y documentos, el análisis de los correos electrónicos y las comunicaciones de los empleados y directivos de la empresa, y cualesquiera otras medidas que le permita acceder a datos relevantes para la investigación de lo sucedido. Además, durante el examen de todos esos elementos, pueden aparecer indicios de nuevos delitos (el conocido como hallazgo casual, actualmente regulado en el art. 588 bis i LECrim), lo que complicaría todavía más la situación de la empresa y afectaría de forma más intensa a su reputación.

Es importante que esta posibilidad sea tomada en consideración por las empresas, porque refuerza la idea de que le conviene implantar mecanismos que controlen la legalidad de la actuación de sus directivos y empleados. Y no solo porque así contribuyen al bien general al participar de forma activa en la lucha contra la criminalidad mediante la detección y denuncia de conductas delictivas concretas, sino sobre todo porque evitarán las consecuencias indeseadas que le produciría convertirse en el centro de una investigación penal que en muchas ocasiones termina convirtiéndose en una causa general.

²⁶. Así lo entiende RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F.J., en «La responsabilidad penal de las personas jurídicas a raíz de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 6/2017: «Se plantea el dilema de qué ocurre en aquellos casos en los que la sociedad descubre que un determinado individuo ha realizado un delito dentro de la sociedad. Si lo descubre –con la independencia de la responsabilidad de la persona física–, se podría generar una responsabilidad a la persona jurídica, que sólo vería en su actuación una atenuación de la pena. En estos casos, quizás, se podría plantear el eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica, pues estaría colaborando en la persecución del delito. A diferencia de la persona física no se habla de confesión del 'culpable' –es decir, la misma persona que luego es condenada por el delito confesado–, sino de la persona jurídica».

3. SEGUNDO DILEMA: LA POSICIÓN PROCESAL DE LA PERSONA JURÍDICA DURANTE LA INSTRUCCIÓN JUDICIAL. VÍCTIMA O RESPONSABLE

I. Cuando se inicia una causa penal por aparecer indicios de la comisión de un delito en una empresa, bien como consecuencia de la investigación interna realizada, bien como resultado de las diligencias que se están practicando en un Juzgado, se plantea de modo inmediato cuál es la posición que corresponde a la entidad en el procedimiento judicial abierto. Que tiene un interés en estar personada en las actuaciones parece indiscutible, porque así puede conocer cómo se está desarrollando la investigación (incluso aunque esté declarado el secreto de la instrucción, que más pronto que tarde terminará levantándose). La cuestión discutida es en calidad de qué puede estar presente en las actuaciones.

Si es la propia entidad quien presenta la denuncia o la querrela, y éstas dan lugar a la apertura de diligencias judiciales, parece bastante lógico que actúe como acusador particular, alegando ser el sujeto ofendido o perjudicado por el delito. Claro que, para que eso sea posible, tendría que acreditar, al menos indiciariamente, un perjuicio derivado del hecho presuntamente delictivo (arts. 109 y 109 bis LECrim). Si este daño es claro, no solo queda respondida la cuestión sobre la posición que debe ocupar la empresa en el proceso, sino que también se despeja la incógnita acerca de su posible responsabilidad en la comisión del delito, que resultaría imposible al no suponer este un «beneficio» para la entidad.

Por lo tanto, el dato esencial para situar a la empresa en una posición u otra es si ha obtenido o no un beneficio como consecuencia de la conducta investigada: si la respuesta es negativa, y la entidad no solo no se ha aprovechado del delito, sino que le ha causado un daño, podrá personarse como acusación particular (o actor civil, en su caso). Ahora bien, si la respuesta es afirmativa, entonces se abre la posibilidad de ser imputada, y desde luego no podría admitírsele (o debería excluirse, si se le hubiere admitido inicialmente) como acusación particular.

Esto puede provocar una nueva paradoja: que esté presente en un proceso como acusador particular una entidad que se ha visto perjudicada por el hecho delictivo cometido en su seno, pero que no tuvo cuidado alguno en implantar un programa eficaz de prevención o detección de delitos. Que la ausencia o ineficacia de dicho programa no tenga ninguna consecuencia si el delito cometido en la entidad no la beneficia, y sea sin embargo causa de una imputación que puede acarrearle gravísimas sanciones penales si ha obtenido algún beneficio (que, conviene recordarlo, muchas veces no se ha buscado directamente, sino que ha surgido del delito incluso *malgré lui*), obliga a cuestionar una vez más si la vía penal adoptada como única fórmula posible no implica una respuesta desproporcionada a la falta de colaboración de las empresas en la lucha contra la criminalidad.

II. El segundo dato a tener en cuenta a la hora de situar a la entidad afectada por el delito es, como se ha señalado anteriormente, el del conocimiento del delito por parte de dicha entidad, es decir, el de la «culpabilidad» de su conducta. Si a pesar de haber obtenido un beneficio como consecuencia del delito cometido por su directivo o empleado, la persona jurídica demuestra que ha tenido la debida diligencia en la adopción de un modelo de detección y prevención del delito, no se le podrá citar ni imputar como investigada, porque estaría exenta de responsabilidad penal.

Pero tampoco podría personarse como acusadora, puesto que no sería la ofendida o perjudicada por el delito, al no ser titular del bien jurídico protegido ni recibir daño alguno de la conducta infractora: lo único que podría hacer si quiere estar informada de lo que sucede durante la instrucción es presentar una querrela como acusación popular, lo que implica asumir algunas consecuencias negativas (como la prestación de fianza: art. 280 LECrim; la posible defensa y representación compartida con otras acusaciones: art. 113 LECrim; y la asunción del pago de todos los gastos procesales propios: arts. 240 LECrim y 123 CP).

Pero aún cabe una opción más que contradice el caso anterior: si el beneficio que se le ha producido a la persona jurídica ha sido de naturaleza económica, es muy posible que se le cite al proceso como partícipe a título lucrativo, por mor de lo dispuesto en el art. 122 CP: «El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación». Es decir, que en este caso, se situará a la empresa en la parte pasiva del proceso, limitándose su actuación a lo relativo a su responsabilidad civil derivada de su enriquecimiento sin causa (arts. 616, 652 y 735 en relación con el 736 LECrim), además de podersele exigir fianza o proceder a embargar sus bienes para atender al pago de lo reclamado (art. 615 LECrim: «Cuando en la instrucción del sumario aparezca indicada la existencia de la responsabilidad civil de un tercero con arreglo a los artículos respectivos del Código Penal, o por haber participado alguno por título lucrativo de los efectos del delito, el Juez, a instancia del actor civil, exigirá fianza a la persona contra quien resulte la responsabilidad. Si no se prestase, el Secretario judicial embargará con arreglo a lo dispuesto en el Título IX de este libro los bienes que sean necesarios»).

Por consiguiente, si la persona jurídica está en la parte pasiva como responsable civil a título lucrativo, no parece razonable que se le permita estar simultáneamente en la parte activa ejerciendo la acusación popular (la particular no podría, al ser beneficiaria del delito), por más que el Tribunal Supremo permita ostentar la doble condición al mismo tiempo²⁷. Aquí toda condena penal perjudica a la entidad, y su presencia como acusadora no parece que tenga otra finalidad que la de reforzar su propia posición jurídica actuando por una doble vía, lo que contraría el principio procesal básico de dualidad de posiciones y de necesaria contradicción entre ellas.

En definitiva, que en cuanto a la posición que en el proceso puede encontrarse una persona jurídica en cuyo seno se ha cometido un delito, caben cuatro posibilidades: 1ª) que la entidad aparezca a priori como «culpable» de la conducta delictiva y se haya beneficiado de ella, lo que la llevaría a ser objeto de investigación e imputación. 2ª) Que la persona jurídica no haya sido «culpable» de la conducta delictiva, por lo que no cabe exigirle responsabilidad penal, aunque se haya beneficiado del delito. En este caso no podría ser imputada, pero tampoco se le permitiría personarse como acusador particular, porque no ha sido perjudicada por el hecho punible. Incluso en este caso lo lógico es que entre en el proceso como responsable civil por ser partícipe

²⁷ Por todas, se cita la reciente STS núm. 185/2018, de 17 de abril: «En la STS 372/2006, de 31 de marzo, se declaró que el problema aquí suscitado es exclusivamente un problema de legitimación. Si por las circunstancias concurrentes en un determinado proceso penal una persona está legitimada para ser parte en una determinada posición procesal y, además, en otra diferente, no tiene por qué haber incompatibilidad para actuar en los dos conceptos dentro del mismo procedimiento. Esto es así cuando se trata de examinar el mismo problema en relación con las responsabilidades de orden diferente como ocurre si la misma persona jurídica actúa, por un lado, como parte actora ejercitando la acción penal y, por otro lado, como demandada en calidad de responsable civil subsidiaria al tener que soportar las varias acusaciones dirigidas contra ella».

a título lucrativo. 3ª) Que la persona jurídica haya sido «culpable» por defecto de organización, es decir, que no haya implementado las medidas adecuadas, pero de ahí no se ha derivado beneficio alguno para ello, sino más bien todo lo contrario. En este caso no hay responsabilidad penal, y sí perjuicio económico, por lo que cabría solicitar la entrada en el proceso como acusador particular o actor civil, pero en ningún caso debe imputársele²⁸. 4ª) Que la persona jurídica haya puesto todos los medios para evitar el delito, y aun así se ha producido, y esto le ha perjudicado. También entonces podría personarse como acusador particular o actor civil.

III. Ahora bien, la situación anterior se puede complicar aún más si introducimos en la ecuación nuevas variables, como pueden ser los socios minoritarios de la empresa afectada o terceros interesados (como los acreedores sociales), que pueden intentar acceder a la causa bien como acusación particular (intentando acreditar su condición de ofendidos o perjudicados por el delito), bien como popular.

Lo lógico en estos casos es no permitir a ninguno de ellos adquirir la condición de acusación particular, puesto que, por un lado, no representan a la entidad (por lo que no son directamente ofendidos por el delito), y los perjuicios que se les hubieran podido producir pueden exigirse sin problemas a través del correspondiente proceso civil. Sin embargo, no se puede impedir a nadie el acceso a la causa ejerciendo la acción popular, lo que probablemente interesará a esos perjudicados, tanto para tomar conocimiento directo e inmediato de lo que se va desarrollando en el proceso como para utilizar la posible acusación como elemento de negociación para obtener una más rápida y completa reparación del daño.

4. TERCER DILEMA: CÓMO RESOLVER EL PREVISIBLE CONFLICTO DE INTERESES ENTRE LOS DIRECTIVOS Y LA ENTIDAD

I. Uno de los problemas que se planteó de inmediato cuando se instauró la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue el relativo a cómo compatibilizar la defensa de los directivos investigados como posibles autores del delito con la de la propia entidad, porque, en muchas ocasiones, los intereses de unos y otra podían ser claramente contrapuestos. Cuando se está ante un delito cometido por un empleado, la situación es diferente, porque aquí los que dirigen la persona jurídica probablemente escogerán como representante de ésta en el proceso a quien mejor pueda defenderla, siendo indiferente que su conducta pueda terminar perjudicando al empleado investigado, cuyo interés es irrelevante. Si hay que reconocer el delito y colaborar con la justicia aportando documentación o permitiendo el acceso a registros informáticos o de otra índole para atenuar la responsabilidad, se hará, por más que con ello se contribuya a la incriminación del empleado investigado.

²⁸ Como señala a este respecto la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 455/2017, de 21 de junio: «4. Se esgrimen a lo largo del recurso dos argumentos que debemos resolver también previamente. El primero se refiere a la vulneración del principio acusatorio por cuanto no se ha perseguido penalmente ex artículo 31 bis CP a la persona jurídica, hoy acusación particular, en quien concurre la cualidad de beneficiaria de las subvenciones, sosteniendo lo que podríamos denominar un impropio litisconsorcio pasivo necesario. Sin embargo ello carece de fundamento si tenemos en cuenta que la responsabilidad penal de la persona física (administrador o representante legal o persona que actúe individualmente o como integrante de un órgano de la persona jurídica) es autónoma de la del ente social; además la pretensión de haberse vulnerado el principio acusatorio por defecto tampoco es sostenible pues no existe el derecho a la condena de otro; y, por último, como señala el Ministerio Fiscal en su informe, 'los comportamientos de la persona física (acusado) no se realizaron en beneficio directo o indirecto de la sociedad, como exige el artículo 31 bis del CP, sino en todo caso en su perjuicio', con cita de la STS 154/2016».

Pero no cabe decir lo mismo cuando quien puede resultar imputado es un directivo de la empresa. Si esa actitud colaboradora puede suponer un agravamiento de su situación, o la puesta a disposición de los acusadores de pruebas de cargo en su contra, lógicamente hará todo lo que esté en su mano para evitarlo, por más que eso pueda resultar perjudicial para la propia entidad. Y una de esas actuaciones puede ser la de asumir personalmente la representación de la entidad en la causa, o conferírsela a alguien de su confianza o que sepa que también ha participado en la comisión del delito.

Lo peor en estos casos es que, como ya se adelantó anteriormente, ese evidente conflicto de intereses no siempre es fácil de detectar desde un principio, porque puede suceder que, cuando los órganos directivos de la entidad tomen la decisión relativa al sujeto que ha de asumir la representación de la entidad, los responsables del delito aún no se hayan determinado ni siquiera indiciariamente, y alguno de ellos termine siendo el designado.

II. La Ley 37/2011, aunque aborda la cuestión de la representación de la persona jurídica en los casos en que se proceda a su imputación, no resolvió en absoluto el concreto problema del conflicto de intereses que se acaba de exponer. Así, el art. 119 bis 1.a) LECrim se limita a establecer que «la citación se hará en el domicilio social de la persona jurídica, requiriendo a la entidad que proceda a la designación de un representante, así como Abogado y Procurador para ese procedimiento, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo, se procederá a la designación de oficio de estos dos últimos. La falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el Abogado y Procurador designado».

Es decir, la norma impone que la persona jurídica tenga un sujeto que le represente —a quien denominaremos en adelante representante imputativo—, que ha de ser distinto de su abogado y su procurador; pero no dice nada sobre quién debe nombrarlo y de dónde ha de proceder, lo que constituye precisamente el núcleo del problema.

III. Dada la actitud claramente descomprometida y silente del legislador, no es de extrañar que el asunto haya terminado llegando al Tribunal Supremo. Así, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 583/2017, de 19 de julio (y antes que ella, la STS 154/2016, de 29 de febrero), aborda el asunto, pero no lo hace de forma directa, sino a través de un larguísimo *obiter dictum*, que al final no conduce a ninguna parte sobre quién debe ser el designado (porque, aunque quisiera, no podría inventarse una exigencia que la ley no contempla).

En el caso que se ventilaba en esa sentencia, se había condenado a los recurrentes (entre ellos, una sociedad limitada) por un delito de blanqueo de capitales, en conexión con otro cometido contra la salud pública. Y la sociedad recurrente alegaba que no se le había permitido realmente hacer uso del derecho a la última palabra contemplado en el art. 739 LECrim, porque quien había intervenido en su nombre (por ser su representante imputativo) fue una persona física también acusada, que hizo uso de ese trámite en su exclusivo interés y no en el de ella.

En su sentencia, comienza el TS reconociendo la existencia de un problema sin resolver derivado de los casos de conflicto de interés entre la persona jurídica y su representante designado: «Nos enfrentamos con ello ante un importante problema que la LO 37/2011, de 10 de octubre, sobre medidas de agilización procesal, que introdujo las reformas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal consideradas pertinentes para adaptar la regulación adjetiva a la presencia de la persona jurídica como eventual autora de delitos, no resolvió en su día».

A continuación, expone con claridad cuál es el quid de la cuestión: «Se trata en concreto de responder al interrogante acerca de cuál habrá de ser el régimen para designar la persona física que deba actuar en representación de esa persona jurídica en el procedimiento en el que se enjuicie su posible responsabilidad penal, no sólo en el ejercicio de la estricta función representativa sino también a la hora de dirigir y adoptar las decisiones oportunas en orden a la estrategia de defensa a seguir como más adecuada para los intereses propios de la representada, lo que obviamente resulta de una importancia aún mayor. La cuestión lógicamente se suscita especialmente en aquellos supuestos en los que pudiera existir un conflicto de intereses procesales entre los de quienes, en principio, estarían legalmente llamados a llevar a cabo tales funciones representativas (representantes y administradores) y los propios e independientes de la persona jurídica, que a su vez pudieren incluso afectar a los derechos de terceros, como sus trabajadores, acreedores, accionistas minoritarios, etc. Más en concreto aún, cuando aquel a quien se encomiende tal tarea fuere, a su vez, posible responsable de la infracción que da origen a la condena de la representada, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que su actuación se extiende también a las decisiones relativas a la estrategia de defensa a seguir, que incluirán la posibilidad de optar por un camino de colaboración con las autoridades encargadas de la persecución y castigo del delito cometido por la persona física en el seno de la colectiva, aportando datos y pruebas sobre la identidad de su autor y los hechos por él cometidos, con el fin de obtener para la persona jurídica los beneficios punitivos derivados de esa opción como consecuencia de la aplicación de la correspondiente atenuante (vid. art. 31 quater b) CP)».

Continúa el Tribunal Supremo poniendo de relieve que el hecho de que el legislador no haya especificado sobre quién debe hacerse el nombramiento, permite que recaiga sobre uno de los posibles autores del delito, que puede actuar en su único beneficio y comprometer el horizonte penal de la persona jurídica a la que representa: «En estos casos, dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación».

Tras repasar algunas soluciones empleadas en otros ordenamientos para resolver este conflicto, reconoce el Tribunal Supremo que a él le está vedado indicar quién debe ejercer esa representación, porque supondría asumir una función legislativa que evidentemente no le compete: «Semejante cuestión, de tanta trascendencia procesal como puede advertirse y que es resuelta en otros ordenamientos con distintas fórmulas, como la designación a estos efectos por el órgano jurisdiccional correspondiente de una especie de “defensor judicial” de la persona jurídica, la asignación de tales responsabilidades a un órgano colegiado compuesto por personas independientes junto con otras en representación de los intereses de terceros afectados por las posibles consecuencias sancionadoras derivadas del ilícito de la persona

jurídica, etc., o como lo era también en nuestro propio país en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 (art. 51.1) mediante la atribución de esas funciones de defensa, con carácter prioritario, al “director del sistema de control interno de la entidad” (el denominado también como “oficial de cumplimiento”), evidentemente no puede ser resuelta, con carácter general, por esta Sala».

Y después de todo ese exordio, y aun reconociendo que una actuación del representante imputativo que perjudicara a la entidad en beneficio propio podría dar lugar a una nulidad de actuaciones –lo que constituye la gran aportación de toda esta doctrina del Tribunal Supremo–, resuelve que tal circunstancia no se ha dado en el caso que está abordando, porque en él la sociedad limitada estaba integrada prácticamente de forma única por el acusado que la representó en la causa: «Sin embargo nada impediría, sino todo lo contrario, el que, en un caso en el cual efectivamente se apreciase en concreto la posible conculcación efectiva del derecho de defensa de la persona jurídica al haber sido representada en juicio, y a lo largo de todo el procedimiento, por una persona física objeto ella misma de acusación y con intereses distintos y contrapuestos a los de aquella, se pudiera proceder a la estimación de un motivo en la línea del presente, disponiendo la repetición, cuando menos, del Juicio oral, en lo que al enjuiciamiento de la persona jurídica se refiere, a fin de que la misma fuera representada, con las amplias funciones ya descritas, por alguien ajeno a cualquier posible conflicto de intereses procesales con los de la entidad, que debería en este caso ser designado, si ello fuera posible, por los órganos de representación, sin intervención en tal decisión de quienes fueran a ser juzgados en las mismas actuaciones... Preservando esas consideraciones generales que se vuelvan a asumir, ha de precisarse que su proyección al caso ahora examinado carece de viabilidad: difícilmente pueden apreciarse intereses contradictorios entre una empresa con forma de Sociedad limitada y la persona física (Amadeo Pio) a quien la sentencia atribuye la total titularidad de facto de la mercantil; o aquellas otras que ostentan la mayoría de su capital social, al menos formalmente (Manuel Roberto, Alberto Benito y Zulima Inocencia)».

De nuevo se procedió a tratar el asunto en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 668/2017, de 11 de octubre, donde se reitera la doctrina anterior: «En la STS 583/2017, 19 de julio, insistíamos en la necesidad de preservar cualquier conflicto de intereses entre la dirección letrada de la persona jurídica investigada y la persona física autora del delito de referencia».

IV. En definitiva, el problema del posible conflicto de intereses entre la persona jurídica y su representante designado sigue planteado y sin respuesta. El desierto legal al menos se ha visto completado con la doctrina jurisprudencial, que señala que si el representante imputativo no defiende realmente el interés de la persona jurídica, sino el suyo propio, se incurriría en una causa de nulidad del proceso en lo relativo a aquella por vulneración de su derecho de defensa (y también probablemente de su derecho a un proceso con todas las garantías, entre ellas, que el representante designado ejerza una actuación coherente con los intereses de su representada, y no una que le perjudique). ¿Cómo afrontar, pues, este dilema que se le presenta a la persona jurídica investigada?

En mi opinión, lo importante en estos casos es extremar las garantías procesales de los investigados, sean o no una persona jurídica. Es decir, el legislador debería partir de la base de

que la designación del representante imputativo la puede hacer alguien implicado en mayor o menor grado en el delito (o que puede sentirse responsable de su comisión, aunque no se le exija dicha responsabilidad por la vía penal: por ejemplo, el supervisor²⁹), por lo que entiendo que debería excluirse de principio que pueda representar a la empresa alguien que forme parte de la misma. En consecuencia, para evitar cualquier sospecha de conflicto de intereses que pueda poner en duda las decisiones que adopte posteriormente, lo más adecuado sería que fuera el Juez de Instrucción quien nombrara a la persona que representará a la entidad en la causa (no hace falta denominarle defensor judicial, basta con el de representante imputativo o algo similar), facultándole para acceder a toda la información que necesite y estableciéndose unas obligaciones de secreto y confidencialidad similares a las de los abogados (para conferirle la máxima libertad en su actuación y que no pueda ser posteriormente utilizado por las acusaciones). Quizá por eso lo mejor es que fuera alguien ajeno a la entidad investigada (como sucede con el administrador concursal, cuya forma de designación puede servir perfectamente de modelo a estos efectos, pues tanto en los concursos como en las imputaciones de entidades estamos ante situaciones de crisis, de alteraciones de su funcionamiento normal), y preferentemente un abogado en ejercicio, de modo que conozca las posibilidades que legalmente se le ofrecen a la entidad para alcanzar el resultado que le resulte más beneficioso.

5. CUARTO DILEMA: PROBAR O NO LA EXIMENTE DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

I. Ya se indicó que el nuevo art. 31 bis 2 CP establece una causa de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica en cuyo seno se ha cometido la infracción: la de haber puesto en marcha, antes de la comisión del delito, programas eficaces de detección y evitación de comportamientos delictivos. La redacción de la causa resulta tan ambigua que, salvo en los casos en que no exista ningún modelo de prevención o sea manifiestamente deficiente, en todos los demás no se sabrá a priori si se va a terminar investigando o no a la persona jurídica y si puede llegar a incurrir en responsabilidad.

En este trabajo no podemos entrar a analizar el contenido de cada una de las condiciones que deben concurrir para que opere la causa, pero sí abordar una cuestión procesal que tiene su importancia práctica: la relativa a quién le corresponde la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la causa de exclusión de la culpabilidad.

II. Según la Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado: «la cláusula de exención de la responsabilidad de la persona jurídica que incorpora el apartado 2 del art. 31 bis constituye una causa de exclusión de la punibilidad, a modo de excusa absolutoria, cuya carga probatoria incumbe a la persona jurídica, que deberá acreditar que los modelos de organización y gestión

²⁹ RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F.J., en «La responsabilidad penal...», *cit.*, afirma que «es necesario que la Ley hubiese señalado o articulado un procedimiento para aquellos casos en los que se dé conflicto entre los órganos de la sociedad, *compliance officer* y persona jurídica. La sociedad tiene derecho a una defensa penal con todas las garantías y puede vulnerarse éste derecho mediante inculpaciones y conformidades rápidas, cuando existe conflicto de intereses con las personas encargadas en principio de representarla o asistirle. La imputación de persona física y jurídica se deberá de hacer de forma separada, para así poder ejercer correctamente el derecho de defensa».

cumplían las condiciones y requisitos legales». Al margen de que, en mi opinión, la Fiscalía yerra en su primera apreciación, pues lo que excluye la causa regulada en el art. 31 bis 2 CP no es la punibilidad del acto, sino la culpabilidad de la persona jurídica, por cuanto implica que no ha desarrollado la diligencia debida en la lucha contra el delito y por eso se le exige responsabilidad penal, lo más relevante de su posición es la consideración de que, al tratarse de un eximente, debe ser probado por el acusado. Con ello sigue la doctrina tradicional según la cual a las acusaciones les corresponde probar los hechos constitutivos del delito, así como las posibles agravantes, y a las defensas los que funden las eximentes y atenuantes.

Sin embargo, el planteamiento anterior del Ministerio Público parte de una premisa errónea, consistente en que la acreditación del hecho punible realizado por una persona física (directivo o empleado) es razón suficiente para condenar también a la persona jurídica que se ha beneficiado de él (es decir, la teoría vicarial de la responsabilidad, rechazada como ya se dijo por la STS 154/2016, de 29 de febrero). La existencia de esa conducta delictiva acreditaría el requisito de la antijuricidad; pero posteriormente la acusación tendría que demostrar también la culpabilidad, que vendría definida precisamente por la ausencia de mecanismos eficaces de prevención y detección del delito (sea el déficit de organización, sea el déficit de cumplimiento, sean ambos). Por tanto, la carga de la prueba de la inexistencia o insuficiencia del *compliance program* corresponde al Ministerio Fiscal y al resto de acusaciones, no a las defensas³⁰. Y en muchas ocasiones, no será sencillo de demostrar.

III. No obstante lo anterior, la persona jurídica investigada debe evitar, en la medida de lo posible, las consecuencias negativas que para ella comporta el hecho de verse sometida a un proceso de investigación penal, con el riesgo añadido de una posterior acusación e incluso de una condena. Por eso debe intentar a la mayor brevedad posible demostrar a la Policía primero, y después al Juez de Instrucción, que cuenta con sistemas homologados de prevención de delitos y que, por consiguiente, le resulta aplicable la eximente del art. 31 bis 2 CP.

Es decir, que a pesar de que, de acuerdo con lo indicado por el Tribunal Supremo, la iniciativa probatoria relativa a dicha exención no le corresponde a la entidad, va a tener que asumirla, si no quiere verse sometida a la persecución penal. Cuestión distinta es que, aunque no logre probar que tenía un sistema eficaz de detección de delitos con anterioridad a la comisión del que se está enjuiciando, no se le pueda llegar a condenar, porque la acusación no ha probado lo contrario, es decir, el defecto de organización o de cumplimiento, o porque exista una duda razonable sobre si el modelo que funcionaba era eficaz o no. Pero en estos casos, aunque no termine existiendo una condena, el coste reputacional y económico que para la persona jurídica implica el sometimiento al juicio no compensa el ahorro de no haber desplegado una actividad probatoria dirigida a acreditar la causa de exención. Por lo tanto, tal y como está configurada la norma penal, se fuerza a la defensa de la persona jurídica a demostrar la eximente, aunque en buena lógica no le debería corresponder hacerlo.

³⁰. De la misma opinión es MAZA MARTÍN, J.M.: «A mi juicio la existencia de “descontrol” o de ausencia de programas o medidas, suficientes y diligentemente ejecutadas por parte de los responsables de la persona jurídica, constituye en realidad el elemento nuclear de la responsabilidad penal de la persona jurídica, elemento descriptivo que tipifica la conducta antijurídica y que, por ello, ha de ser acreditado por la acusación» (*Delincuencia...*, *op. cit.*, pág. 243).

6. LA SOLUCIÓN A LOS DILEMAS PLANTEADOS: LA NECESARIA COLABORACIÓN ENTRE LA VÍA PENAL Y LA VÍA PROCESAL. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

I. Como hemos señalado a lo largo de todo el trabajo, la actual regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica la sitúa ante constantes dilemas que, por un lado, muchas veces provocan conductas que frustran la propia finalidad de la norma, incentivando un comportamiento distinto del realmente querido por ésta y, por otro, conducen a un daño reputacional y económico para la empresa que puede poner en riesgo su propia supervivencia.

Evidentemente, si se quiere vincular a las personas jurídicas en la lucha contra el crimen y evitar que se utilicen las fórmulas societarias o similares para encubrir o facilitar la comisión de delitos, hay que prever una sanción penal que castigue las conductas que vayan contra esos fines. Es decir, no se puede prescindir de la vía penal, si se quiere ser eficaz en ese objetivo de prevención general. Y en íntima conexión con lo anterior, parece razonable también prever la regulación de una eximente basada en la adopción de mecanismos eficaces de prevención y detección del delito, para potenciar que las empresas lo implementen y contribuyan así a la evitación de hechos punibles. Ahora bien, para que esta causa de exención de la responsabilidad penal sea operativa, es necesario que se regule de forma clara, sujetándose a criterios objetivos que puedan ser contrastados de forma previa (al modo de unos *compliance programs* homologados); de lo contrario, puede terminar compensando a la persona jurídica no hacer nada de antemano y acogerse a una colaboración activa si termina siendo investigada.

Cuestión distinta a la anterior es si resulta igualmente necesaria la previsión de unos atenuantes como forma de conseguir la colaboración de la persona jurídica una vez que el delito se ha producido. Probablemente pueda tener sentido que se establezcan algunas circunstancias atenuantes por si no se lograra llegar a un acuerdo con la persona jurídica, y hubiera que reducir la posible pena. Pero esa fórmula debería ser una alternativa secundaria, supletoria, por si las demás fallan: lo fundamental sería que la ley contemplara un sistema adecuado basado en el principio de oportunidad, como enseguida se explicará³¹.

II. El sistema procesal penal español se funda, en cuanto a la persecución de los delitos, en el denominado principio de legalidad o necesidad: el Ministerio Fiscal está obligado a perseguir cualquier delito del que tenga conocimiento, sin que pueda ignorarlo o abandonar el proceso que se inicie por su causa (art. 105.1 LECrim)³². En esto se diferencia de otros

³¹. Como señala NIETO MARTÍN, A.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas atiende, entre otras razones, a reducir los costes en la adquisición de información. El castigo de la persona jurídica persigue motivarlas para que adopten programas de cumplimiento [...]. A través de una utilización premial del principio de oportunidad procesal, los fiscales no persiguen a las empresas que cooperan de manera eficaz con la investigación. Las zanahorias procesales resultan tremendamente atractivas para las empresas. Evitan procesos penales largos y el escarnio de sentarse en el banquillo, que sobre todo para las grandes empresas cotizadas puede ocasionar cuantiosos costes reputacionales. Por esta razón los estímulos procesales funcionan mucho mejor que los situados en el derecho penal material, ya sirvan para excluir la responsabilidad de la empresa o para atenuarla» («Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal», *Diario La Ley*, nº 8120, 5 de julio de 2013, pág. 2).

³². *Vid.* BANACLOCHE PALAO, J.: *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Penal*, (con ZARZALEJOS NIETO, J.), 3ª edición, Ed. La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2015, pág. 30).

modelos seguidos en países de nuestro entorno, que combinan ese principio de legalidad con otro denominado de oportunidad (u oportunidad reglada), donde se permite al órgano público que ejerce la acusación no perseguir determinados delitos o retirar los cargos si se llega a un acuerdo con la persona investigada³³.

No obstante lo anterior, tanto en la legislación relativa al enjuiciamiento de los menores (arts. 16.2, 18 y 19 de la LO 5/2000, de 12 de enero) como en relación a la persecución de determinados delitos leves (arts. 963.1.1ª y 964.2.a LECrim, incorporados por la LO 1/2015, de 30 de marzo), se ha introducido en nuestro país el principio de oportunidad, permitiendo al Ministerio Fiscal archivar un asunto si considera que resulta lo más adecuado para el caso de que se trate. Pues bien, una solución similar debería arbitrarse cuando se exija una responsabilidad penal a las personas jurídicas. No se trataría tanto de que desaparezca la posibilidad de una imputación, una acusación o una condena, sino que esté prevista legalmente la posibilidad de que no llegue a ser acusada o condenada, e incluso ni siquiera investigada³⁴. Evidentemente, cuando estemos ante una empresa creada, como ya señalamos, para delinquir, no tiene sentido que actúe el principio de oportunidad; pero si quien se encuentra afectada por un hecho delictivo es una entidad seria, creada para alcanzar fines lícitos, con una actividad conocida y numerosos empleados, incluso cotizando en mercados secundarios, parece muy razonable evitarle las graves consecuencias económicas y reputacionales que la adquisición de la condición de investigada le puede acarrear.

Así lo ha entendido, por ejemplo, Estados Unidos, uno de los países pioneros en la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas³⁵. Bien es cierto que, en el sistema procesal norteamericano, la cultura de la negociación y del acuerdo forma parte de la esencia de su modelo de enjuiciamiento; pero en relación con las personas jurídicas, se ha acentuado esa necesidad de evitar que el asunto llegue a judicializarse, regulándose incluso unas fórmulas de acuerdo distintas a las que operan con el resto de los sujetos imputados³⁶.

En mi opinión, esta misma solución debería implantarse en España: de igual modo que la exigencia de responsabilidad penal a una persona jurídica ha obligado a introducir especialidades en materia de competencia, personación, etc., debería añadirse una más, consistente en permitir la no formulación de una imputación o una acusación contra una persona jurídica si asume determinados compromisos con el Ministerio Fiscal (lo que probablemente

³³ Siguiendo a ARMENTA DEU, T.: «Conforme (al principio de oportunidad), el *ius puniendi* no debe ser satisfecho en todos los casos en que concurriesen los presupuestos al efecto, sino que se conceden márgenes más o menos amplios de discrecionalidad a los sujetos públicos –generalmente al Ministerio Fiscal– para desarrollar sus funciones, ya sea bajo condiciones específicamente señaladas en la ley (la llamada oportunidad reglada), ya sea de manera más amplia. La vigencia del principio de oportunidad permite así, a título de hipótesis, que se persigan o no conductas aparentemente delictivas, que se formule y/o sostenga la acusación o que se acuerden con las partes los diferentes elementos de la acción penal o la imposición de la pena» (*Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Ed. Marcial Pons, 5ª edición, Madrid, 2010, pág. 34).

³⁴ Así sucede, por ejemplo, en Francia, donde el art. 41-1-2 de su Código de Procedimiento Penal (introducido el 9 de diciembre de 2016) permite que la Procuraduría llegue a un «convenio judicial de interés público» con la persona jurídica, en el que esta asume determinadas obligaciones (pago de multas, sometimiento a un control de la Agencia francesa de Anticorrupción por un máximo de tres años), a cambio de evitar el proceso penal. También se prevé la audiencia de la víctima y el control del acuerdo por el Tribunal.

³⁵ Vid. sobre esta materia el libro de GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006.

³⁶ En relación con este punto, ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., afirma que «a través de un acuerdo privado e irrecurrible entre la empresa y la Fiscalía, es como se viene aplicando en los últimos años la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los Estados Unidos» («La responsabilidad penal de las sociedades cotizadas en los Estados Unidos de América en la época post-Enron: los pactos de no acusar y de retraso de la acusación», *Diario La Ley*, nº 7065, 27 de noviembre de 2008, pág. 2).

obligaría a limitar la actuación de las acusaciones particular y popular en este caso)³⁷. En este punto, el ejemplo del proceso estadounidense podría sernos de utilidad, al contemplar tanto la posibilidad de que no se llegue a iniciar el proceso («pacto de no acusar» o *non-prosecution agreement*) como la de que se suspenda el ejercicio de la acción («acuerdo de retrasar» o *deferred prosecution agreement*)³⁸. Esta dualidad sería perfectamente factible de establecer en nuestro sistema, optando bien por una fórmula, bien por la otra, en función de si el delito es denunciado por la propia persona jurídica, o si cuando resulta involucrada, ya existe una investigación en curso. Correspondería en todo caso a la entidad decidir si le interesa o no aceptar un acuerdo: pero la experiencia de Derecho Comparado induce a pensar que siempre lo hará (si se trata de una empresa no constituida para delinquir), incluso aunque eso le suponga el desembolso de importantes cantidades de dinero o compromisos de actividades futuras de prevención de delitos³⁹.

III. Si se implantara esa especialidad procesal —que es perfectamente compatible, como ya se dijo, con el mantenimiento de una regulación penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas—, se solucionarían los dilemas que se han enunciado y desarrollado a lo largo del presente trabajo. Así, la entidad no se plantearía el problema de si denunciar o no cuando tuviera indicios de un posible delito cometido en su seno: iría al Ministerio Fiscal, y procuraría con su colaboración evitar cualquier persecución penal en su contra. De igual modo, la persona que representara a la persona jurídica en las negociaciones con las autoridades podría ser quien decidiera la empresa o, si existiera algún posible conflicto de interés, un tercero designado por el tribunal. También aquí las cuestiones relativas a la autoincriminación o la carga de la prueba quedan en un segundo plano, porque no estarían directamente relacionadas con una posterior acusación contra la persona jurídica (aunque este es un punto sensible que la entidad debería cerrar antes de llegar a ningún acuerdo con la Fiscalía, para evitar que informaciones aportadas u obtenidas gracias a ella puedan después ser utilizadas en su contra). Por último, las cuestiones relativas a la posición procesal de la persona jurídica en el proceso penal

³⁷ Así lo entendía también MAZA MARTÍN, J.M.: «de nuevo hay que recordar que la verdadera solución para semejante problema sólo vendrá dada, de una manera razonable, con la reforma esencial de nuestro sistema procesal penal, introduciendo la fase previa de investigación, a cargo del Ministerio Fiscal y bajo la vigencia, al menos concreta y puntual, del principio de oportunidad, de forma que se permita un tratamiento especial para la persona jurídica a cambio de su colaboración, sincera y eficaz, en el descubrimiento de las responsabilidades en las que hayan podido incurrir las personas físicas que forman parte de su propia estructura» (*Delincuencia...*, *op. cit.*, pág. 245).

³⁸ Según ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., «las diferencias entre el acuerdo de no acusar y el acuerdo de retrasar la acusación es que en el primero de ellos la Fiscalía puede obligar a la empresa a aceptar un relato de hechos probados, aceptar cierta responsabilidad sobre los mismos y además implementar una serie de medidas para que no se vuelva a producir el hecho ilícito que no ha sido perseguido. Sin embargo, (en) el acuerdo de retrasar la acusación normalmente exige que la empresa acepte un cierto grado de responsabilidad en los hechos y la imposición de una multa —normalmente económica—, y siempre exige la imposición de una serie de remedios como programas de *compliance*, expertos independientes, y lo más relevante: cooperación con la investigación, para acusar a las personas jurídicas (rectius: físicas) responsables de los delitos, que en ocasiones son los propios administradores o empleados de las personas jurídicas. Otra diferencia esencial es que en el acuerdo de retrasar la acusación, la Fiscalía ha iniciado ya el proceso penal a través de una denuncia, y accede a retirar la misma si la empresa cumple los acuerdos alcanzados, en cambio, en el acuerdo de no acusar en ningún momento se llega a denunciar a la empresa, por lo que no existe siquiera el proceso penal en sí. Ambos tipos de pactos se utilizan indistintamente, dependiendo en gran parte del criterio de la Fiscalía y lo que ésta estime más interesante» («La responsabilidad...», *cit.*, pág. 3).

³⁹ Así, afirma ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C.: «El simple doble requerimiento del Derecho penal norteamericano en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas —que la acción se haya realizado dentro del ámbito de trabajo habitual de la empresa y que haya ayudado a la empresa a aumentar sus beneficios— sitúa a cualquier empresa en una situación muy delicada en cuanto comienza una investigación criminal, que normalmente es sofocada y finalizada por un acuerdo en el que la empresa cotizada prefiere pagar una fuerte suma de dinero en forma de multa, que arriesgarse a ser objeto de un proceso penal con las consecuencias que pudiera tener, tanto a nivel judicial como a nivel de imagen en el mercado» («La responsabilidad...», *cit.*, pág. 4).

abierto como consecuencia del delito cometido en su seno quedan también resueltas, al reducirse a su papel como acusador particular o actor civil, si es la ofendida o ha tenido un perjuicio económico como consecuencia del delito, o como partícipe a título lucrativo, si se ha beneficiado de los resultados de éste.

En definitiva, el legislador haría bien en plantearse una nueva reforma de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas –una más, qué más da, nadie lo va a criticar por ese único motivo–, en la que se introdujera la posibilidad de no iniciar acciones penales contra una entidad, o poner fin a las ya iniciadas, cuando llegara a un acuerdo con el Ministerio Fiscal –que puede ser controlado en cuanto a determinados elementos reglados por el Tribunal– que contemplara la reparación de los daños producidos a las víctimas, la aceptación de una sanción por el defecto de organización detectado y la asunción de implantar un programa de detección y evitación de delitos más eficaz, sometido a inspección de alguna entidad pública. Con ello se conseguiría una mayor colaboración de las personas jurídicas en la lucha contra la criminalidad y, al mismo tiempo, se solucionarían muchos de los problemas que estas se plantean en la actualidad cuando son investigadas por un delito.

BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, T.: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Ed. Marcial Pons, 5ª edición, Madrid, 2010.
- BANACLOCHE PALAO, J. (CON ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Editorial La Ley Actualidad, Madrid, 2011.
- BANACLOCHE PALAO, J. (CON ZARZALEJOS NIETO, J.): *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Penal* (CON ZARZALEJOS NIETO, J.), 3ª edición, Ed. La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2015.
- DEL MORAL GARCÍA, A.: «Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas: Incidencia Procesal», *El Derecho.com*, Lefebvre-El Derecho, 4 de noviembre de 2010.
- DEL ROSAL BLASCO, B.: «Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado», *Diario La Ley*, nº 8732, 1 de abril de 2016.
- GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Proceso penal y persona jurídica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *La culpabilidad penal de la empresa*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: «Delito corporativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas: un desarrollo coherente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, nº 8830, 23 de septiembre de 2016.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., y JUANES PECES, A.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor», *Diario La Ley*, nº 7501, 3 de noviembre de 2010.

- MAZA MARTÍN, J.M.: *Delincuencia electoral y responsabilidad de los partidos políticos*, Ed. La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- NIETO MARTÍN, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Ed. Iustel, Madrid, 2008.
- NIETO MARTÍN, A.: «Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal», *Diario La Ley*, nº 8120, 5 de julio de 2013.
- RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F.J.: en «La responsabilidad penal de las personas jurídicas a raíz de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2017.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, nº 8766, 20 de mayo de 2016.
- SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A.: «El derecho de las personas jurídicas a no autoinculparse por delito fiscal», *Diario La Ley*, nº 8737, 8 de abril de 2016.
- SERRANO ZARAGOZA, O.: «Contenido y límites del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas en tanto sujetos pasivos del proceso penal», *Diario La Ley*, nº 8415, 6 de noviembre de 2014.
- SERRANO ZARAGOZA, O.: *Compliance penal y responsabilidad civil y societaria de los administradores*, coord. M. RUIZ DE LARA, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C.: «La responsabilidad penal de las sociedades cotizadas en los Estados Unidos de América en la época post-Enron: los pactos de no acusar y de retraso de la acusación», *Diario La Ley*, nº 7065, 27 de noviembre de 2008.

EL ESTATUTO PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Fidel Ángel Cadena Serrano
Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

(Artículo *in memoriam* del EXCMO. Sr. D. JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN.
Doctor en Derecho. Ex Fiscal General del Estado y ex Magistrado de la
Sala II del Tribunal Supremo). *FIAT IUSTITIA ET PEREAT MUNDI.*
Puedes llorar porque se ha ido o sonreír porque ha vivido.

SUMARIO

I. ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD Y ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.
II. PROBLEMAS DOGMÁTICOS Y POLÍTICA CRIMINAL. III. MODELOS DE
RESPONSABILIDAD. IV. PERSONAS JURÍDICAS RESPONSABLES
V. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CORPORATIVA Y ESTRUCTURA
DELICTIVA. PERSONAS CON PODER DE REPRESENTACIÓN Y EMPLEADOS.
VI. COAUTORÍA Y PARTICIPACIÓN. VII. DELITOS, CIRCUNSTANCIAS
ATENUANTES Y AGRAVANTES. CULPABILIDAD. VIII. *COMPLIANCE*.

Demasiadas ramas sobre el viejo tronco de la amada España. El señalado contraste entre juicios rápidos y la inacabable extensión de su objeto. Ahora también el delito corporativo y la regulación de compliance.

RESUMEN

La reforma operada por la LO 1/2015 ha modificado sensiblemente el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. El cambio legislativo pretendía dejar atrás el modelo de 2010, abandonando el sistema de responsabilidad objetiva y profundizando en el delito corporativo. No es claro que lo haya conseguido. El modelo sigue siendo de responsabilidad de atribución o transferencia y sigue dependiendo del hecho delictivo cometido por las personas físicas que la representan o sirven, aunque con notas de autonomía. El cambio legislativo tampoco ha calmado las aguas doctrinales. Dentro del contraste evidente entre el funcionalismo rabioso y los límites dogmáticos, el artículo profundiza en las categorías del delito, el delito corporativo, el fundamento de la responsabilidad colectiva, la culpabilidad de la persona jurídica, los problemas de autoría y participación, los delitos imputables, el principio de especialidad, las circunstancias atenuantes de la persona jurídica y su régimen de comunicabilidad. La exención de la responsabilidad de las personas morales y los programas de *compliance*, más allá de su configuración como elemento objetivo del delito o como simple cláusula de transferencia de la responsabilidad, merecen su oportunidad como botón de ancla de introducción de la ética en el entramado corporativo, pero no pueden convertirse en mero diseño farisaico y desde luego no pueden introducir en el Derecho penal, que representa el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, el enemigo de la autorregulación privada que rinda su fortaleza sustituyendo al juez por los protocolos programados de juristas de prestigio. El

autor alerta sobre el peligro de la intransparencia de los programas huecos, meros *windows-dressing compliance programs*, diseñados de propósito para facilitar la impunidad del ente colectivo. Y en el fondo se advierte otro peligro: la extraordinaria dificultad procesal de los juicios penales centrados ahora en el análisis de barrocos instrumentos y programas que desvían la atención del paradigma penal: la aplicación de la pena al autor del delito y el castigo civil de quien se lucrara. Demasiadas ramas para el viejo tronco de la amada Ley de Enjuiciamiento Criminal.

I. ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD Y ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas suscita un debate que enfrenta a la política criminal con la dogmática. En favor de la exigencia de responsabilidad penal se han esgrimido argumentos que, desde la necesaria vinculación a deberes jurídicos de las personas morales, demandaban prevenir la lucha contra la criminalidad organizada y articular sistemas que se enfrentasen a la delincuencia empresarial sin quedarse en el exclusivo castigo de hombres de paja que permitiese la pervivencia de la estructura societaria con instrumentos fungibles que reincidiesen en el delito. Por otro lado, más allá de esos postulados criminógenos, la doctrina señala la extraordinaria dificultad de crear un «constructo jurídico» que permita hablar de la acción u omisión, culpabilidad, imputabilidad y penalidad de las personas jurídicas, al tratarse de categorías necesariamente vinculadas a la persona humana¹. Pese a ese señalado contraste entre los argumentos de signo utilitarista que demandan implantar un sistema de responsabilidad que beneficie el tráfico jurídico transparente y ético y las dificultades de encajar en la dogmática penal esa novedosa responsabilidad corporativa, los hitos legislativos, prescindiendo de cualquier debate doctrinal riguroso, nos han aproximado a un modelo de exigencia de responsabilidad penal de las personas morales que se ha recorrido con demasiada complacencia, bajo la inspiración de instrumentos internacionales y sin cuestionar principios tácitos o incluso expresos del Derecho Penal que en las aulas universitarias nadie osaba en épocas pasadas poner en entredicho².

Uno de esos principios axiomáticos era el del carácter subjetivo y personal de la responsabilidad penal, que negaba abiertamente la capacidad para delinquir de las personas morales. El aforismo *societas delinquere non potest* y el principio *universitas delinquere nequit* expresaban esa necesaria limitación de la autoría en el ámbito del derecho penal a las personas físicas.

Era tan evidente este rechazo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que, para evitar soluciones de impunidad, cuando un delito exigía elementos personales de autor, como

¹ GRACIA MARTÍN, L., en «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, artículo 18.5.2016.

² Como señala la Circular nº 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica 5/2010, «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».

ocurría con los cometidos en el seno de una persona moral, se acudía a la previsión de determinadas cláusulas como la del artículo 31.1 CP que, desde su introducción en la reforma de 1983³, trataba de articular respuesta a los supuestos en que alguna persona física aprovechaba la estructura empresarial para desde su solapada administración de hecho o de derecho vulnerar en fraude de ley la legalidad penal. Se intentaba en esos casos, para reparar la impunidad, «levantar el velo de las personas jurídicas», desvelando la identidad de quien, siendo persona física, y careciendo de los elementos subjetivos de autor que el precepto requería, movía desde la sombra o desde la opacidad estructural del ente colectivo los hilos de la tipicidad. La finalidad de la cláusula del artículo 31 CP era, en definitiva, la extensión o ampliación del círculo de autores en los llamados delitos especiales propios a los denominados «extranei» que actuaban en nombre o representación de la persona física o jurídica, sin reunir las cualidades típicas de autor. En la STS de 21.2.2017⁴ se recordaba, en este sentido, que las posiciones formales de una persona, dentro o fuera de una sociedad, no pueden prevalecer sobre la realidad económica que subyace a la misma y que la jurisprudencia habrá de tener siempre en cuenta que las formas del derecho de sociedades no pueden operar para encubrir una realidad económica de relevancia penal, razón por la cual se ha admitido que los Tribunales puedan «correr el velo» tendido por una sociedad civil o mercantil para, por ejemplo, tener exacto conocimiento de la titularidad real de los bienes y créditos que aparecían formalmente vinculados al patrimonio social. Es decir, conforme a esta doctrina se puede tomar en consideración la realidad económica y no la formal emergente de los estatutos sociales y de la posición de las personas en el marco estatutario de ciertas sociedades.

En la jurisprudencia citada se añadía que la «teoría del levantamiento del velo» establecía qué hechos eran relevantes para comprobar la tipicidad y en este sentido vino a sostenerse que las formas del derecho de sociedades, de las que se valiera el autor, no eran decisivas o determinantes, de modo que la significación típica de las acciones individuales no podría ser neutralizada por ellas. La fórmula del artículo 31 CP, desde esa correcta interpretación, no nos colocaba en presencia de un juicio de valor que reemplazase la prueba de los hechos, sino de un criterio exegético de verificación de la tipicidad.

La aplicación de la teoría del levantamiento del velo proscribía, en esos casos, la prevalencia formal de la personalidad jurídica que se ha creado en fraude de Ley o para perjudicar derechos a terceros, poniendo el foco, en cambio, en los elementos personales solapados que se esdudaban en ese aparente y blanqueado ente social.

En este sentido, la Sala Segunda del TS⁵ ha confirmado, siguiendo la doctrina sentada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, «la doctrina del llamado *levantamiento del velo* de la persona jurídica, expresión que es adaptación de la anglosajona *disregard* y de la germana *Durchgriff*», que tiene como función evitar el abuso de una pura fórmula jurídica y desvelar las verdaderas situaciones en orden a la personalidad, para prevenir ficciones fraudulentas. La idea básica, en resumen, es que no puede la persona física alegar separación de patrimonio de la persona jurídica por razón de tener ésta personalidad jurídica propia, cuando tal separación es, en

³ Artículo 15 bis CP.

⁴ Tiene declarado lo mismo la Sala Segunda del TS en sentencias 274/96 de 20 mayo, 79/2002 de 24 enero.

⁵ Sentencias 801/2005 de 15 junio, 986/2005 de 21 julio, 165/2006 de 2 de marzo, 1226/2007, de 15 diciembre, y 974/2012 del 5 diciembre (caso Ballena Blanca).

realidad, mera ficción al servicio de un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual, penal, extracontractual o aparentar insolvencia.

Como se ve, la fórmula del artículo 31 CP⁶ trataba simplemente, en el marco de un sistema en el que las personas jurídicas no podían delinquir, de levantar el velo formal de su utilización fraudulenta para identificar y desenmascarar a la persona física que para cometer el delito se ocultaba en la tramoya de su estructura corporativa.

Ahora bien, el artículo 31 CP no vale, como precedente de la responsabilidad de las personas jurídicas. Era simplemente un recurso doctrinal para sancionar el comportamiento de la persona física que se ocultaba bajo la máscara societaria. Es más, su fundamento, como enseña la STS de 30.6.2005, radicaba en que «la responsabilidad penal solo podía recaer en una persona física». Como muy bien dice la Circular 1/2011 de la FGE «es cierto que en un primer momento se vinculó de forma errónea el originario artículo 15 bis del Código Penal de 1983 con la cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas», pero simplemente fue una impresión engañosa. En efecto, el artículo 15 bis de 1983, precedente del actual artículo 31 CP, tuvo el sentido de conceder cobertura legal a la extensión de la responsabilidad penal en los casos, y solo en ellos, de «actuación como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica o representante legal o voluntario de la misma» 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 cuya autoría se ampliaba.

Dicho lo que antecede, enfatizamos que lo que se pretende con la exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas va más allá del artículo 31 CP, pues con su aceptación generalizada lo que se quiere es sancionar penalmente a la persona jurídica que está detrás de la persona física que desde el artículo 31 bis a) o b) CP cometió el delito. Se intenta, por tanto, complementar desde la posición inversa el artículo 31 CP. Si este precepto, levantando el velo de la apariencia formal societaria permite descubrir la identidad de la persona física que se esconde bajo esa estructura corporativa para cometer el delito; el artículo 31 bis CP, desde el presupuesto del previo castigo de las personas físicas que la representan o sirven o incluso sin ese reconocimiento o con la extinción de dicha responsabilidad –artículo 31 ter 2 CP–, lo que busca es condenar penalmente a la persona jurídica volviendo a colocar el velo levantado de la realidad societaria. Se tratará, por tanto, de un velo transparente que permita reconocer la responsabilidad penal de la persona jurídica y, al mismo tiempo, la responsabilidad del mismo signo de la persona física que la representa o sirve. Y es que hoy, con la aceptación aséptica de los programas de *compliance* previos al delito como circunstancia eximente de la responsabilidad corporativa el peligro es la impunidad de las personas morales e incluso la traslación de su enjuiciamiento al ámbito privado desplazando la autoridad del juez para valorar si detrás, al lado, o al margen de esos programas de prevención y control se esconde la existencia de una voluntad corporativa que por encima de su implementación formal sigue acreditando una peligrosa voluntad delictiva. Ese riesgo, como

⁶ En su actual redacción, el artículo 31, reza del siguiente tenor: «El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre». En su introducción en el CP la actuación en nombre de otro se ubicó en el artículo 15 bis –reforma de 1983–.

iremos viendo, debe ser plenamente conjurado. No puede desapoderarse al juez de la valoración de la exención de responsabilidad, de manera que siempre deberá ser objeto de su inalienable competencia identificar responsabilidades ocultas bajo el maquillaje de programas de *compliance* teóricamente perfectos pero diseñados para ocultar la responsabilidad corporativa. No pueden ser las *compliance* un mecanismo de control de cuño privado. WELLNER⁷, en este punto, alerta de los *windows-dressing compliance programs*. Es decir, de los programas pura fachada, simulacro o de formal apariencia que arriben al mundo del derecho penal con el exclusivo propósito de ocultar futuras responsabilidades corporativas. Si así fuere se habría introducido en el ámbito del derecho penal público el caballo de Troya que rindiera su castillo.

Desde esta nueva posición, al margen del actuar en nombre de otro que el artículo 31 CP representa, sí que son apreciables, desde el CP de 1995, diferentes hitos legislativos que han terminado en la asimilación de un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que ha culminado en las reformas de 2010 y 2015. Veamos esos hitos:

- El CP de 1995, aunque sin la denominación de penas y medidas de seguridad, estableció por primera vez de forma sistemática y no aislada las denominadas consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en cuyo seno se habían cometido determinados delitos a los que se había aplicado el artículo 31 CP estudiado.

- La LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del CP, introdujo el artículo 31.2 CP, que en los supuestos del artículo 31.1 CP, señalaba que si al autor del delito se le imponía una pena de multa respondería de su pago solidariamente la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta se hubiera actuado.

- La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del CP⁸. 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, aun cuando de ninguno de ellos se pueda extraer la obligatoriedad de atribuir genuina responsabilidad penal a las corporaciones, pues seguían constituyendo alternativas opciones posibles la imposición de sanciones administrativas, medidas de seguridad u otras consecuencias jurídico-penales de naturaleza diferente a las penas. En esa reforma se instauró un doble modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas (artículo 31 bis), con su catálogo expreso de penas (artículo 33.7 CP) y circunstancias de exención, atenuación e incluso agravación (artículo 31 bis, 31 quater y 67 bis CP).

- La Ley 37/2011, de 10 de octubre⁹, que modificó la LECR, en íntima concordancia con la reforma penal de 2010, incorporó la regulación de cuestiones relativas al régimen de la competencia de los tribunales, derecho de defensa de las personas jurídicas, intervención en el juicio

⁷ WELLNER: «Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions», *Cardozo Law Review*, 27/2005, pág. 59.

⁸ Recuerda la Circular 1/2011 de la FGE, que la LO 5/2010, dejando atrás de forma definitiva, el axioma *societas delinquere non potest*, para algunos ciertamente erosionado ya por las previsiones de los artículos 129 y 31.2 del Código Penal, en su redacción anterior a esta última modificación, optó por un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

⁹ En su Exposición de Motivos, dicha Ley, de medidas de agilización procesal, recuerda que «en el orden penal, se introducen ciertas modificaciones inexcusables, exigidas por la nueva situación derivada de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y relativas a las implicaciones procesales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En particular, se regulan cuestiones relativas al régimen de la competencia de los tribunales, derecho de defensa de las personas jurídicas, intervención en el juicio oral y conformidad, así como su rebeldía».

oral y conformidad, así como su posible rebeldía. Los artículos 14 bis, 787.8 y 787 bis LECR obedecen a ese propósito instituyendo el llamado estatuto procesal de la persona jurídica.

La equiparación procesal con la persona física era ya un hecho. Y esa similitud quiso lograrse con generosas referencias al delito corporativo. El efecto abrazadera de ambas imputaciones –individual y colectiva– lo proporcionaba el derecho constitucional a un proceso público con todas las garantías. Así lo ha proclamado la STS de 16.3.2016, al igual que la nº 154/2016, 29 de febrero, recordando que : «los derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados [...], como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc. [...] ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones».

Esa afirmación, para la STS de 16.3.2016, no es sino «consecuencia del nuevo estatuto de la persona jurídica en el proceso penal. Destaca, además, dicha resolución, que el conjunto de derechos atribuidos a la persona jurídica, derivado de su estatuto procesal de parte pasiva del proceso, con las obligadas modulaciones, no puede ser distinto del que ostenta la persona física a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo. Y ello porque la posición de los entes colectivos en el proceso, cuando son llamados a soportar la imputación penal, quedará completamente desvinculada del previo planteamiento dogmático que el intérprete suscriba acerca del fundamento de esa responsabilidad. Habrá de acreditarse además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, haya sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015».

Y advierte la Sala Segunda que «no puede identificarse –con independencia del criterio que en el plano dogmático se suscriba respecto del carácter vicarial o de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica– con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, se levante una presunción *iuris tantum* de que haya existido un defecto organizativo. Añade incluso que para alcanzar esa conclusión no es necesario abrazar el criterio de que el fundamento de la responsabilidad corporativa no pueda explicarse desde la acción individual de *otro*. Bastaría con reparar en algo tan elemental como que esa responsabilidad se está exigiendo en un proceso penal, las sanciones impuestas son de naturaleza penal y la acreditación del presupuesto del que derivan aquéllas no puede sustraerse al entendimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia. Sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el *ius puniendi* del Estado».

Animada por el frenesí por el verbo procesal la Sala Segunda se precipitó en brazos del delito corporativo. De esta manera, plasmó que no sería admisible para el TS –frente a lo que acontece en otros sistemas, como en el italiano, en el que la dogmática llega a hablar de un verdadero *fraude de etiquetas*– que el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas instaurado en España por las reformas de 2010 y 2015 no fuera el propio de una responsabilidad penal, pues,

al decir de la Sala— no hay responsabilidad penal sin delito precedente. Sobre ese riesgo ya advirtió el dictamen del Consejo de Estado al proyecto de reforma de 2015, con palabras que ahora cobran ahora un especial valor: «... entiende el Consejo de Estado que esta deficiente redacción podría tener consecuencias indeseadas desde el punto de vista de la carga de la prueba que, con carácter general y dentro de los procesos penales, pesa sobre la acusación y se proyecta sobre la totalidad de los elementos de la conducta delictiva. En la redacción propuesta por el Anteproyecto, el artículo 31 bis.2 del CP podría llevar a la conclusión de que, debido a que la existencia del programa de *compliance* se erige en una circunstancia obstativa de la responsabilidad penal de la persona jurídica, tan solo a ella le incumbe la carga material de la prueba de dicho hecho impeditivo, cuando en realidad la acreditación de tales extremos (la inexistencia del programa de *compliance* o su inaplicación) debería recaer sobre las partes acusadoras».

Finalmente, sobre las causas que harían excluir la responsabilidad de las personas jurídicas y a las que se refieren los apartados 2 y 3 del art. 31 bis, la Sala Segunda consideró que ya se calificquen como *subsistema de circunstancias eximentes*, ya se predique de ellas la condición de *excusas absolutorias*, de *causas de exclusión de la culpabilidad* o, como ha llegado a sostenerse, de *elementos negativos del tipo*, la controversia sobre la etiqueta dogmática no podría nunca condicionar el estatuto procesal de las personas colectivas como sujeto singular y diferenciado de la imputación penal.

El gran avance jurisprudencial estaba dado. También en el ámbito del Derecho penal el delito corporativo parecía haber cruzado el Rubicón. No obstante, más allá del estatuto procesal y hasta constitucional de la persona jurídica que se reconoce, aunque con limitaciones sobre la carga de la prueba, todos estos planteamientos del TS sobre el «delito corporativo», «la inexistencia de una responsabilidad por transferencia», «la relación del programa de *compliance* con el tipo objetivo del delito corporativo», «la existencia de un injusto propio corporativo», «la constatación de un hecho delictivo propio» o «la creación de un modelo de heteroresponsabilidad», constituyen observaciones más que discutibles y sobre ellas versará nuestro trabajo.

- El último hito legislativo lo constituyó la reforma de la LO 1/2015. La reforma del Código Penal de LO 1/2015 de 30 de marzo, en vigor desde el 1 de julio de 2015, ha tratado de llevar a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La doctrina ha sido muy crítica con esta reforma. Para QUINTERO OLIVARES¹⁰, la reforma no tiene su justificación en problemas interpretativos previos sino en hacer casi imposible la imputación de las personas jurídicas y en favorecer la implantación de sistemas de prevención o de buenas prácticas con el beneficio consiguiente para los profesionales dedicados a este tipo de actividad. DOPICO GÓMEZ-ALLER¹¹ considera, igualmente, que la reforma es un injerto extraño y un plagio legislativo de la ley italiana. Queden estas reflexiones en el frontispicio de la exposición dogmática que luego discurrirá en el trabajo.

¹⁰ QUINTERO OLIVARES, G.: *La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Editorial Aranzadi, S.A., Navarra 2015, pág. 80.

¹¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: «Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, según el Proyecto de Reforma de 2013». Trabajo incluido en el Informe de la Sección de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Madrid, sobre los proyectos de reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y Ley del Poder Judicial (Jurisdicción Universal), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2014, págs. 19-24.

II. PROBLEMAS DOGMÁTICOS Y POLÍTICA CRIMINAL

Como ya hemos dicho, los argumentos político-criminales sobre la conveniencia de crear un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas convencen¹². Repetimos, que desde Tiedemann, prevenir la lucha contra la criminalidad organizada y articular sistemas que se enfrenten con éxito a la delincuencia empresarial sin quedarse en el exclusivo castigo de los instrumentos fungibles y extendiendo la sanción a los entes corporativos que los manejan es algo aceptado por todos. Otra cosa es si ese castigo es posible articularlo desde la óptica de las categorías dogmáticas del Derecho penal, creando un delito corporativo distinto del de la persona física y completamente autónomo de éste. Este es el nudo gordiano de la cuestión. En este punto, ya en los albores, hay que distinguir entre la «imputación» y la «atribución» de responsabilidad. La imputación de responsabilidad es propia del derecho penal, mientras que la atribución de responsabilidad se corresponde con otros derechos como el civil o el administrativo. El delito se imputa al autor como hecho propio y a los partícipes como colaboradores en un hecho ajeno. La responsabilidad por haberlo cometido puede atribuirse civil o administrativamente a las personas jurídicas por no haberlo prevenido o evitado o haberlo disfrutado, pero no es fácil imputarles penalmente lo que no han hecho, pues a lo sumo, podrá hablarse de una suerte de «participación impropia» basada en la comisión por omisión o incluso en la infracción del deber objetivo de cuidado en relación con un hecho ajeno del autor del delito. En este sentido, ha sido siempre pacífica la atribución a la persona jurídica de la responsabilidad civil o de la responsabilidad administrativa, e incluso, ya en el ámbito del derecho penal, la institución de un sistema de consecuencias accesorias como el del artículo 129 CP, pero llegar a la categoría del delito corporativo, desde los postulados vigentes de la dogmática penal, parece dudoso, salvo que se complementen las actuales estructuras del delito pensadas para la persona física o se creen otras novedosas para los emergentes nuevos sujetos activos del llamado delito corporativo: las personas jurídicas¹³. La discusión sobre el carácter administrativo o penal de la responsabilidad corporativa no ha cesado. Tan es así, que colocando el foco de nuestra atención en el derecho comparado, podremos observar que en Italia rige el Real Decreto Legislativo de 8 de mayo de 2001, con el que se introdujo un régimen de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas derivado del delito cometido por sus representantes o empleados, que tiene la particularidad de que puede exigirse en el proceso penal, con sujeción a todas las garantías constitucionales, pero cuando la doctrina se pregunta qué tipo de responsabilidad es la corporativa los autores transalpinos se dividen entre quienes consideran que es «administrativa» y los que le atribuyen naturaleza «penal o cuasi penal»¹⁴.

El propio artículo 31 bis CP nos da argumentos para discutir ese delito corporativo propio de la persona jurídica, y distinto del delito cometido por la persona física, cuando establece que las personas jurídicas serán responsables, no de su propio delito corporativo, sino de los «delitos cometidos por sus representantes o empleados». De eso parece responder

¹² V. POUNCY, C.: «Reevaluating corporate criminal responsibility: its all about power», en *Stetson Law Review*. En su obra advierte de los peligros que para el Estado de Derecho representaría la eliminación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

¹³ BOLDOVA PASAMAR, M.A.: «La introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas en la legislación española», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pág. 230.

¹⁴ BOLDOVA PASAMAR, M.A.: *op. cit.*, pág. 234.

la persona jurídica, «de un delito de la persona física», no de su propio delito corporativo. En este sentido, la Circular 1/2011 de la FGE, aunque referida a la reforma de 2010, precisaba que, cuando el párrafo primero del número 1 del artículo 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 realmente dibuja un sistema de heteroresponsabilidad penal o de responsabilidad penal 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 refiere¹⁵. El esquema, para la Circular citada, se mantenía en relación con los «delitos cometidos por las personas sometidas a control y que actuaban al servicio de la sociedad».

Para la Circular 1/2011, la norma del artículo 31 bis —que reconocía lastrada por las dificultades dogmáticas del antropomorfismo que caracteriza a nuestra teoría general del delito y particularmente a la tipicidad en nuestro Código Penal— no habría instituido un mecanismo que permitiera 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— se limitaba a establecer un vínculo normativo a resultas del cual las personas jurídicas serían penalmente responsables de dichas infracciones. Por ello concluía que se adoptaba un sistema vicarial y que la tipicidad, los criterios de imputación objetiva y subjetiva, el dolo o la imprudencia, así como todos los demás elementos de la infracción concurrentes o no, sea cual fuere la concepción dogmática del delito que se prefiera, debían residenciarse en las personas físicas, de modo que en presencia de una infracción penal cometida por un sujeto individual, la corporación solo resultaría comprometida si la infracción se produjo en las específicas circunstancias y por quienes como autores individuales establecía el legislador.

Dicho lo que antecede, resulta indudable que la reforma de 2015 ha querido avanzar hacia una responsabilidad autónoma de la persona jurídica. En ese sentido, la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 proclama su propósito de «llevar a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del “debido control”, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal». Con ello, continúa la Exposición de Motivos, «se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial». Es claro, en suma, que la reforma de 2015 quiso crear un régimen de responsabilidad de la persona jurídica autónoma e independiente de la responsabilidad de la persona física, pero el problema es que lo haya conseguido. Y no sólo eso. Parece que, en alguna medida, esa pretensión es ontológicamente imposible, pues el injusto típico de referencia del que se responsabilizará será siempre cometido por la persona física, el delito fiscal, de blanqueo de

¹⁵ Este primer párrafo presenta importantes similitudes con el tenor del artículo 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.

capitales, medioambiental o de tráfico de órganos, por ejemplo, lo que convertirá su responsabilidad, al menos en este sentido, en accesoria –o de transferencia o atribución– de la anterior. Es decir, la tipicidad de la que va a hacerse responsable a la persona jurídica será siempre la tipicidad realizada por la persona física. Responderá siempre de ese delito fiscal, de blanqueo de capitales, medioambiental o de tráfico de órganos que habrá cometido la persona física que la representa o sirve, no de otro delito exclusivamente corporativo.

Por ello, la Circular 1/2016, estudiando la reforma de 2015, llegó a la conclusión de que pese a los cambios estructurales el modelo no había cambiado. Para aquella, la vigente regulación del apartado primero del art. 31 bis CP continúa estableciendo en sus letras a) y b) los dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas. En ambos casos, se establecería para la Circular un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica.

Por otro lado, la acción u omisión, como primer elemento del delito de referencia, e incluso del llamado delito corporativo, solo puede ser realizada u omitida, por la persona física. Desde la concepción antropológica del actual derecho penal, como dice BOLDOVA PASAMAR, es completamente imposible hablar de acción, omisión, dolo, imprudencia o culpabilidad de las personas jurídicas, por ser categorías psicológicas vinculadas al ser humano, como había puesto de manifiesto la Circular 1/2001. CLAUS ROXIN¹⁶ ya recordaba lo siguiente:

«Las sanciones contra entes colectivos ya existen actualmente en algunos países y en las formas más variadas. Pero ellas son ajenas al espíritu del derecho penal tal como ha sido desarrollado en la tradición europea. Pues la pena siempre se recondujo a la culpabilidad individual de una sola persona. *Societas delinquere non potest*. éste era el dicho rector de un derecho penal que se mueve de la responsabilidad por el resultado en la Edad Media hacia la imputación individual.»

Entendemos con DE LA CUESTA ARZAMENDI¹⁷ que, construidas sobre el modelo de conducta individual de la persona física, las categorías de acción, culpabilidad y pena se acomodan mal, en su entendimiento dogmático más común, con las características de las personas jurídicas. En efecto, las personas morales, desde esta perspectiva, son incapaces de acción y de omisión por faltarles la voluntad en sentido psicológico y, por la misma razón son incapaces de culpabilidad, en cuanto ésta es la responsabilidad personal por haber cometido el hecho antijurídico que les es ajeno. En relación con las penas, que, como las medidas de seguridad contempladas por el Derecho Penal, presuponen la comisión personal de un hecho típico y antijurídico, se reafirma su imposible conciliación con las exigencias del principio de personalidad e individualización.

Conscientes de la dificultad del empeño, y guiados por el propósito de crear nuevos conceptos de acción, omisión y culpabilidad, algunos autores se han afanado en la reconstrucción. Así, BUSTOS RAMÍREZ defiende la posibilidad de acción si la persona moral ha «coactuado» con la persona física, esto es, «le ha servido de apoyo indispensable e insustituible a través

¹⁶ CLAUS ROXIN: «El desarrollo del derecho penal en el siguiente siglo» («Zur Entwicklung des Strafrechts im kommenden Jahrhundert»), en Abanto Vásquez, Manuel (trad.), *Dogmática penal y política criminal*, Idemsa, Lima, 1998, pág. 461.

¹⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI: «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», *Revista Electrónica de la AIDP*, 2012.

de su organización». También TIEDEMANN¹⁸ considera que la acción relevante, desde el prisma penal, sería la existencia de un hecho delictivo cometido a través de la persona jurídica o en el marco habitual de su actuación, junto a la infracción (por parte de la misma) de sus deberes propios de organización. Al propio tiempo, TIEDEMANN crea un concepto social o jurídico de culpabilidad basado en el «defecto de organización». Para TIEDEMANN la culpabilidad se cimentaría en el defecto de organización. En parecido sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, BUJÁN MARTÍNEZ o BACIGALUPO SAGESSE.

ADÁN NIETO¹⁹, en la desesperada búsqueda de una responsabilidad autónoma de la persona jurídica, recuerda que para no violar el principio *ne bis in idem*, la persona jurídica solo podría ser responsable por el hecho propio consistente en la falta de organización y no por el cometido por la persona individual, pues de lo contrario se sancionaría dos veces el mismo hecho.

SCHÜNEMANN en el debate en torno a la culpabilidad, aun reconociendo la imposibilidad de culpabilidad de las personas jurídicas, cree que el fundamento del reproche a éstas se encuentra en el estado de necesidad en que se encuentra el indefenso bien jurídico. Apostillamos que esas razones de política criminal se perciben como más necesarias en el ámbito de la criminalidad organizada y de los delitos que protegen intereses difusos de la colectividad. Otros autores como HIRSCH o JAKOBS basan la culpabilidad corporativa en un funcionalismo radical derivado de necesidades de prevención general.

Sea como fuere parece claro que los conceptos clásicos de acción, omisión, culpabilidad, imputabilidad o penalidad requerirían una nueva elaboración legislativa adaptada a las personas jurídicas. De lo contrario, se obliga a la doctrina, como moderno Sísifo, a reconstruir conceptos puramente psicológicos de la dogmática tradicional que nunca resultarán plenamente aplicables a las personas jurídicas que no tienen voluntad y que están llamados a precipitarse, llegados casi a la cima, por las rampas de la incompreensión o incompatibilidad con categorías dogmáticas antropomórficas.

En cualquier caso, para el legislador, los elementos de atribución de la responsabilidad corporativa—no hablamos del delito corporativo— no quedarían reducidos a las exigencias del artículo 31 bis a y b párrafo primero, sino que incluirían además la ausencia de cultura empresarial de respeto al Derecho, pues no en vano se permite la exención de la responsabilidad colectiva basada en el establecimiento previo de programas de prevención, vigilancia y control del cumplimiento de la legalidad.

La STS de 19.2.2016 quiso colocar la cultura de respeto al derecho como elemento típico del delito corporativo. No obstante, el voto particular de la indicada resolución, firmado por siete magistrados de la Sala Segunda, sin advertir acaso que las categorías dogmáticas no son traspolables, aclaraba que «los presupuestos específicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o elementos del tipo objetivo a que se refiere la sentencia mayoritaria, vienen expresamente definidos por el Legislador en los párrafos a) y b) del párrafo 1º del art 31 bis

¹⁸ Citado por DE LA CUESTA ARZAMENDI: «Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal», en *Libro Homenaje a Barbero Santos*. Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001. Este autor cita a Tiedemann en *Die Bebussung*, págs. 1169 y ss.; *Lecciones de Derecho Penal Económico* (comunitario, español, alemán), Barcelona, 1993, págs. 233 y ss.; y «Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado», en J.L. Gómez-Colomer, J.L. González-Cussac (coords.), *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Castelló de la Plana, 1997, págs. 36 y ss. La posición de Tiedemann ha sido especialmente objeto de difusión en España por J.M. Zugaldía Espinar.

¹⁹ ADÁN NIETO MARTÍN: «Regulatory Capitalism y cumplimiento normativo», en *El Derecho penal económico de la era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

CP, y estos son los que deben ser probados por la acusación, y expresamente reflejados en el relato fáctico de la sentencia, para permitir la subsunción jurídica adecuada. No pretendemos, con esta afirmación, otorgar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas una naturaleza objetiva. La persona jurídica es responsable penalmente de los delitos cometidos por sus representantes o dependientes en el contexto empresarial, societario o asociativo (art 31 bis 1º CP), porque es culpable (en la escasa medida en que este concepto puede ser aplicado a una persona jurídica, que no deja de constituir una ficción). Pero esta culpabilidad la infiere el Legislador, en el apartado a) del art 31 bis CP que es el aquí aplicado, del hecho de permitir que sus representantes cometan un acto delictivo, en nombre y por cuenta de la sociedad y en su beneficio. Y se fundamenta en los principios generales de la “culpa in eligendo” y la “culpa in vigilando”, o incluso, si se quiere profundizar más, de la culpa “in constituyendo” y la culpa “in instruendo”. Sin constituir un elemento adicional del tipo objetivo que exija a la acusación acreditar en cada supuesto enjuiciado un presupuesto de tipicidad tan evanescente y negativo como es demostrar que el delito ha sido facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho en el seno de la persona jurídica afectada, “como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran”, que es lo que, con cierta confusión, constituye el elemento típico que exige acreditar en cada caso la sentencia mayoritaria (fundamento jurídico octavo)».

En nuestra opinión, el artículo 31 bis CP no crea el tipo de un delito corporativo, sino que, simplemente señala los requisitos que pueden conducir a la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por el delito cometido por su representante o empleado.

III. MODELOS DE RESPONSABILIDAD

Dos son los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. El primero atribuye la responsabilidad penal a la persona jurídica entendiendo que ésta se manifiesta a través de la actuación de una persona física que la compromete con su previa actuación delictiva, siempre que se evidencie un hecho de conexión pues, de otro modo, la responsabilidad de la persona jurídica devendría inconstitucionalmente objetiva. Es la responsabilidad por transferencia, indirecta, derivada, vicarial o por representación. Su principal dificultad radica en determinar qué personas físicas pueden comprometer al ente colectivo con su actuación.

El segundo modelo, más ambicioso, pero de más difícil encaje en un Derecho Penal antropocéntrico, construye un sistema de imputación propio de la persona jurídica, con nuevos conceptos de acción, culpabilidad, circunstancias modificativas de la responsabilidad, punibilidad, etc., de tal modo que es propiamente el ente colectivo el que comete el delito. Se trata de la responsabilidad directa o autónoma de la persona jurídica. Su principal escollo estriba en fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica, que quiere edificarse sobre el «defecto de organización». Conforme a este modelo, la persona jurídica es culpable cuando omite la adopción de las medidas de precaución que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad empresarial.

En nuestra opinión, la fórmula del 2015 parece colocarnos en presencia de una responsabilidad «sui generis» de la persona jurídica. Se trata de una responsabilidad que viene dada

por el tipo de lo injusto realizado por la persona física, que es exclusivamente propio y personal de ésta, pero que da lugar a la transferencia de esa responsabilidad penal a la persona jurídica por haberse actuado por quien la representa en su servicio o provecho o por sus empleados subordinados sin el adecuado control de sus superiores y además por la ausencia de los programas corporativos de gestión y organización debidamente vigilados y controlados para prevenir el delito. Es decir, existe un hecho delictivo previo cometido por la persona física que se transmite, pero no automáticamente –en este sentido podría predicarse la autonomía–, pues solo se transfiere responsabilidad penal corporativa a la persona jurídica si aquel delito se ha cometido por las personas físicas con poder de representarla actuando en su provecho o por su cuenta o por sus empleados siempre que sobre los mismos no se hubiera ejercitado el debido control y sin que conste la asunción a nivel corporativo de un programa efectivo y actualizado de prevención que pudiera haber evitado el delito cometido. Por eso, tanto si quisiera decirse, como hace la STS de 16.2.2016, que el establecimiento previo de los programas de previsión y control constituye un elemento objetivo del delito corporativo, como si simplemente se contemplara como un requisito de conexión de la responsabilidad, la responsabilidad autónoma de la responsabilidad jurídica se reforzaría con la doble exigencia de actuación por las personas del artículo 31 bis 1 a y b en provecho y por cuenta de la persona jurídica y de no concurrencia de la oportuna actuación societaria previa de control y prevención del artículo 31 ter. Esta doble exigencia dotaría de singularidad a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Es pues un modelo de responsabilidad híbrido o mixto, pues sobre necesitar la concurrencia o presupuesto del hecho típico de conexión concretado en aquella doble exigencia, no existen en verdad delitos específicos de la persona jurídica, sino que ésta tan solo responderá de los delitos cometidos por la persona física. No hay un delito de la persona jurídica, sino la determinación de su autoría o participación en el delito de la persona física. Además, la responsabilidad por transferencia presenta limitaciones. En este sentido, la persona jurídica puede responder penalmente aunque la persona física no haya sido individualizada, no se haya dirigido el procedimiento contra ella, esté exenta de responsabilidad por falta de culpabilidad, haya fallecido o se haya sustraído a la acción de la justicia –artículo 31 bis 2 y 3 CP–. Es, en suma, un modelo mixto, de transferencia limitada y de responsabilidad acumulativa –pueden responder conjuntamente la persona física y la persona jurídica–, aunque también de responsabilidad propia y autónoma de la persona jurídica en cuanto se permite el castigo de la misma sin que concurran los presupuestos de la culpabilidad, punibilidad y perseguibilidad de la persona física. Desde el punto de vista de la accesoriedad, la responsabilidad de la persona jurídica solo exigirá que la actuación de la persona física sea típica y antijurídica, pero no culpable y punible.

La inclusión de las *compliance* previas con eficacia eximente de la responsabilidad penal, no debe cambiar la óptica de contemplación, pues ya se ubiquen en el tipo objetivo del delito corporativo, como parece sugerir la STS de 29.2.2016, en la culpabilidad –por ausencia de cultura empresarial o defecto de organización–, en la punibilidad como excusa absolutoria –tal cual dice la Circular 1/2016 FGE–, se consideren elemento negativo del tipo, o sean simplemente requisito de atribución de la responsabilidad penal colectiva, nunca podrán ocultar la realidad de que la responsabilidad corporativa requiera el presupuesto previo del delito de referencia.

Para nosotros, la pretensión de crear un injusto autónomo de la persona jurídica que descansase en el defecto de organización o en la falta de cultura empresarial no podrá nunca llegar a considerarse comportamiento típico que hubiera producido un delito corporativo. En realidad, la responsabilidad de la persona jurídica no radica en la autoría de un injusto autónomo que cree *ex novo* un delito corporativo, sino en la transferencia de responsabilidad del delito cometido por la persona física. La responsabilidad de la persona jurídica no surge por el delito corporativo, sino por haber participado en la comisión previa de un delito por la persona física que la representa o le sirve. No hay un delito corporativo distinto, solo existe el delito básico de la persona física y, eso sí, la responsabilidad por haberlo cometido se podrá extender a la persona jurídica cuando concurren los requisitos del artículo 31 bis 1 a y b, 2, 3 y 4 CP. Por eso, pese a los esfuerzos, el modelo debe seguir entendiéndose como de transferencia o atribución, aunque con limitaciones que refuerzan la autonomía estructural –*compliance*–, y de responsabilidad penal –acumulativa o independiente– de la persona jurídica. Por otro lado, la circunstancia de que el hecho típico es siempre realizado por la persona física, nunca permitirá hablar de autoría directa, conjunta o mediata de la persona jurídica, sino de participación de la persona moral en aquel delito. En suma, el hecho propio por el que responde la persona jurídica necesitará siempre apoyarse en el delito de la persona física cuya responsabilidad se le quiere atribuir. Dicho de otra manera, el tipo del artículo 31 bis no describe los elementos de un delito distinto del que responda el ente moral, sino los presupuestos de transferencia de la responsabilidad también a la persona jurídica por el único delito cometido: el delito fiscal o de blanqueo de capitales, a título de ejemplo, que cometió la persona física. No es pues, el del artículo 31 bis CP un tipo de lo injusto, sino de autoría o participación. Y esa extensión de responsabilidad penal a la persona colectiva descansará tanto en la actuación en su provecho o por su cuenta por las personas del apartado primero a) y b) del artículo 31 bis, como en la ausencia previa de modelos de organización, gestión y prevención del delito con adecuadas medidas de vigilancia y control que pudieran haberlo evitado.

La STS de 19.7.2017, prescindiendo por completo del debate dogmático, y sin preguntarse si el defecto de organización o la cultura empresarial son elementos del tipo objetivo o de la culpabilidad o, como sugerimos, simples condiciones para atribuir la responsabilidad penal a la persona moral, asépticamente señala, siguiendo la senda del artículo 31 bis CP como tipo de participación y no de lo injusto, que los requisitos para estar en presencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, incluso tras la reforma de 2015, son los siguientes:

a) La actuación de los administradores y directivos (tanto de hecho como de derecho) en representación de la empresa, pues han llevado a cabo una continuada actividad encajable en el art. 301 CP que es precisamente una de las figuras delictivas en que el legislador prevé la imposición de penas para las personas jurídicas (art. 302 CP; que en ese punto, por otra parte se adelanta a lo previsto en la propuesta de Directiva de 21 de diciembre de 2016 sobre la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho Penal).

b) Concurrencia de un innegable provecho o beneficio directo para la sociedad: Los administradores o directivos realizaron sucesivas inyecciones de dinero a la empresa, para introducir en el circuito económico lícito ganancias provenientes del tráfico de drogas; y adquiere para la Sociedad vehículos y maquinaria con metálico de idéntica procedencia.

c) Y, por fin, está cubierta también la faz negativa de esa atribución de responsabilidad: la persona jurídica carecía de un sistema efectivo de control implementado para anular o, al menos, disminuir eficazmente el riesgo de comisión en el seno de la empresa de ese delito. No exige esto aquí demasiados comentarios a la vista del panorama al que nos enfrentamos. Ni siquiera se hace necesario evocar lo que sobre este punto y en relación a esta entidad lo que razonó la STS 154/2016. Es patente que en una empresa cuyos únicos administradores cometen de consuno dolosamente una infracción penal actuando en nombre de la entidad con la colaboración de la mayor parte de los titulares formales del capital social (también condenados por conductas dolosas), no es dable imaginar otra hipótesis que no sea la de compartida responsabilidad penal del ente colectivo.

IV. PERSONAS JURÍDICAS RESPONSABLES

Las personas jurídicas responsables del delito cometido en las circunstancias del artículo 31 bis CP son las siguientes:

- Las del artículo 35 CC, es decir, corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley y válidamente constituidas y las asociaciones de interés particular, civiles, mercantiles o industriales que tengan personalidad propia.

- Quedan excluidas, conforme al artículo 31 quinquies CP, determinadas personas jurídicas. «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 las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas». Así ocurre en las legislaciones de Francia, Italia, EEUU o Bélgica y Portugal²⁰. En el sector público administrativo se encuadran los organismos autónomos, las entidades estatales de derecho público (entre ellas algunos de los llamados «organismos reguladores») y los consorcios, conforme se establece en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en vigor el 2 de octubre de 2016 y que deroga la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. La referencia legal a «aquellas otras [organizaciones] que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas» permite incluir todo el sector público administrativo.

- Los partidos políticos y sindicatos, desde la reforma operada por la LO 7/2012, que modificó el entonces artículo 31 bis apartado 5, pueden ser responsables de los delitos cometidos en su nombre o por su cuenta y provecho. En su Exposición de Motivos decía aquella LO que «se modifica la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la finalidad de incluir a partidos políticos y sindicatos dentro del régimen general de responsabilidad, suprimiendo la referencia a los mismos que hasta ahora se contenía en la excepción regulada en el apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal. De este modo se supera

²⁰ BOLDOVA PASAMAR, M.A.: «La introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas en la Legislación española», *Estudios penales y criminológicos*, volumen XXXIII, 2013, pág. 234.

la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación, y se extiende a ellos, en los supuestos previstos por la ley, la responsabilidad por las actuaciones ilícitas desarrolladas por su cuenta y en su beneficio, por sus representantes legales y administradores, o por los sometidos a la autoridad de los anteriores cuando no haya existido un control adecuado sobre los mismos». Debe destacarse que, a diferencia de otras personas jurídicas, en principio no obligadas a establecer programas de prevención, el art. 9 bis de la LO 8/2007, introducido por la Ley 3/2015, expresamente obliga a los partidos políticos a «adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión, a los efectos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal».

- Junto a los partidos políticos, serán también penalmente responsables las fundaciones y entidades con personalidad jurídica que se consideren a ellos vinculadas, conforme a los criterios que se establecen tras la modificación operada por la LO 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos.

- Atendiendo a la Recomendación de la OCDE, en el informe adoptado por el Grupo de Trabajo en 2012, la LO 1/2015 reconoce la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas, a las que dedica el apartado 2 del art. 31 quinquies, si bien limita las penas que le pueden ser impuestas a las previstas en las letras a) y g) del art. 33.7 CP, esto es, la multa y la intervención judicial. Al referirse a las sociedades mercantiles públicas y no solo a las estatales, quedan también claramente incluidas las constituidas por las Comunidades Autónomas y las Entidades locales. Para que sea aplicable esta cláusula limitativa de las penas a las sociedades mercantiles públicas es necesario que las mismas «ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general».

- Tras la reforma legal subsisten las dudas respecto de los Colegios profesionales. La Circular 1/2011 entendió que su responsabilidad penal no podía considerarse excluida con carácter general, «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 participan 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». No obstante, la Circular 1/2016 considera que «tras la inclusión de los partidos políticos y los sindicatos en el régimen de responsabilidad penal, debe rectificarse este criterio». Para esta última Circular los Colegios profesionales no encajan en ninguna de las categorías mencionadas en el art. 31 quinquies, sin que quepa en este caso hacer una interpretación claramente extensiva de las personas jurídicas excluidas. Debe entenderse, por tanto, que el ejercicio de potestades públicas de soberanía o administrativas, por su tenor literal, resulta aplicable solo a las administraciones públicas y no a entes de naturaleza asociativa privada, como los Colegios profesionales, las Cámaras de comercio, los sindicatos o los propios partidos políticos. Esta interpretación restrictiva se considera por la Circular 1/2016 plenamente conforme con todas las Decisiones Marco y Directivas sectoriales que solo excluyen del concepto de persona jurídica responsable a los Estados, a los organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y a las organizaciones internacionales públicas.

V. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CORPORATIVA Y ESTRUCTURA DELICTIVA

1. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CORPORATIVA

La lectura del artículo 31 bis CP, tras la reforma de 2015, nos coloca en presencia de una forma de responsabilidad que no puede identificarse con un «delito corporativo», propio y autónomo de la persona jurídica. Demuestra inclinación por esa denominación la STS de 16.3.2016 cuando proclama que «el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo», pero la solemnidad semántica del concepto sugerido no parece corresponderse con los presupuestos de la Dogmática. Como hemos explicado, no existe un «hecho típico» de la persona jurídica, sino el establecimiento de un sistema de transferencia de la responsabilidad por el delito que ha cometido la persona física a la persona moral. El único tipo de lo injusto es el realizado por la persona física. Es ésta quien comete el delito fiscal o el de blanqueo de capitales, recurriendo a los clarificadores ejemplos. El título de imputación jurídica penal es realizado exclusivamente por la persona física, y a esa ejecución del injusto típico no se adiciona «otro injusto típico» ni se le incorpora «un injusto típico complementario» de la persona jurídica. El único tipo delictivo es el que consuma la persona física. Por dicha razón, ya hemos sostenido, que no podrá hablarse de coautoría, de autoría material o autoría mediata de la persona jurídica, sino, en todo de caso, de una suerte de participación indirecta en el delito de la persona física, construida desde los siguientes presupuestos, que representarían los hechos de conexión:

- La culpa *in eligendo* en el supuesto del artículo 31 bis 1 a) o la culpa *in vigilando* en el artículo 31 bis 1 b).
- La actuación en provecho o por cuenta de la persona jurídica en ambos casos.
- Como faz negativa de la responsabilidad que en uno y otro caso se carezca de un adecuado y previo sistema de organización y gestión, con adecuado control y vigilancia, que podría haber evitado el delito cometido.

Los dos primeros requisitos operarían como presupuestos de la responsabilidad penal corporativa y el último como fundamento.

Desde la concurrencia de esos presupuestos y fundamento, la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica resultará obligada si se respeta, al mismo tiempo, el principio de especialidad.

Se trata, en suma, de un modelo de responsabilidad por atribución que no describe un «tipo de lo injusto colectivo» que pueda corresponderse con un delito corporativo de la persona jurídica, sino una «cláusula de transferencia de la responsabilidad» a aquélla con evidentes rasgos ya explicados de independencia.

Los rasgos de independencia de la responsabilidad de la persona jurídica se evidencian en que solo se requiere que la persona física haya cometido un delito, pero no que sea responsable del mismo. Con arreglo a esa pauta de autonomía, para poder hacer responsable a la persona jurídica del delito cometido por la persona física bastará con que «se constate la realización de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o

no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella» –artículo 31 ter.1– e incluso con independencia de las «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» –artículo 31 ter 2–. Parece de esas expresiones que la responsabilidad estudiada de la persona jurídica solo puede entenderse como una participación, en el hecho típico de la persona física, basada en la exigencia de una «accesoriedad limitada o media», de modo que la conducta de ésta fuese típica y antijurídica, pero no culpable, punible o perseguible procesalmente.

Es verdad que la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica no es automática, sino que está basada en el hecho propio de haber elegido o no controlado a las personas que la representan y de no haber implementado previamente un sistema eficaz de gestión y control que hubiera podido prevenir el delito. ¿Puede llamarse a esa carencia regulativa interna injusto típico autónomo de la persona jurídica? La STS de 16.3.2016 considera que sí cuando afirma sin reparos lo siguiente:

«La Sala no puede identificarse con la tesis de que en el sistema español puede hablarse de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no de un delito de las personas jurídicas. No hay responsabilidad penal sin delito precedente. Lo contrario abriría una peligrosísima vía con efectos irreversibles en los fundamentos mismos del sistema penal.»

Esa argumentación convence, pues desde luego no puede hablarse de responsabilidad sin un delito previo. Pero, el interrogante ahora será el siguiente: ¿Quién ha cometido ese delito? Como hemos dicho antes, la respuesta no puede ser otra que la persona física. A la persona jurídica solo se le transfiere esa responsabilidad por el delito previo de la persona jurídica. No es posible entender que existe un «injusto típico distinto» cometido solo por la persona jurídica. Pese a ello, la STS antes citada de 16.3.2016 insistirá en que «el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo».

No creemos que exista ese delito corporativo, aunque sí una transferencia de responsabilidad a la persona jurídica por el delito cometido por la persona física. El argumento se refuerza si pensamos que solo en la parte especial –Libro II CP– se describen tipos penales y el artículo 31 bis no se integra en aquélla. El precepto se residencia por el legislador en la parte general –Libro I sobre disposiciones generales– y, más en concreto, en el Título II de ese Libro I sobre las «personas responsables», no sobre los «delitos». Repárese en la significativa eficacia, en este ámbito, de la interpretación sistemática.

La responsabilidad de la persona jurídica, aunque basada en un hecho propio – actuación por sus representantes y empleados, en su provecho, y con ausencia de un plan renovado de prevención del delito– que elude cualquier vestigio de responsabilidad objetiva, encuentra su fundamento en la participación impropia en el hecho típico de la persona física. SILVA SÁNCHEZ²¹ entiende, en este punto, que el injusto atribuible a la persona física sería constitutivo de «cooperación o favorecimiento a la realización por la persona física de los elementos específicos de la figura delictiva de que se trate». Pero no sería ni un «tipo autónomo de injusto», ni siquiera un tipo de autoría, sino de participación. Otros autores, como ADÁN NIETO, al entender la culpabilidad de la empresa como el defecto de organización no ven

²¹ SILVA SÁNCHEZ, J.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español», en Silva Sánchez, J. (dir.), *Criminalidad organizada y compliance*, 2011, págs. 20, 27 y concordantes.

inconveniente en hablar de formas de coautoría. Distingue incluso entre la autoría material de la persona física y la autoría jurídica de la persona moral.

Para nosotros, esa participación se asemeja a la comisión por omisión, por eso la llamamos participación impropia, pues desde el presupuesto previo de la actuación en su nombre o provecho por sus representantes o empleados, elegidos o no controlados por la persona jurídica, lo que generaría una posición de garantía, e incluso fundamentaría el criterio de injerencia por haber creado la situación de riesgo, existiría luego la omisión de un comportamiento que hubiera podido evitar la comisión del delito: la falta de un programa de prevención, control y organización, que patentizara la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, concretada en la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de haberse manifestado en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal²².

Es el que patrocinamos un modelo próximo al denominado de «hecho de conexión» (*Anknüpfungstat*), que considera que la acción típica de la persona jurídica consiste en la realización, por una persona física, de la vertiente objetiva y subjetiva de un tipo penal (hecho de conexión) en el que se admita la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Se trataría de determinar bajo qué condiciones normativas se puede atribuir directamente el hecho a la persona jurídica como propio, como su responsable o autora²³.

El legislador del 2015 contesta a esa pregunta proclamando como condiciones de atribución la actuación del representante legal autorizado por cuenta y provecho de la persona jurídica y la del empleado también en su beneficio junto con la ausencia de planes de «supervisión, vigilancia y control» por parte de la sociedad, respecto a la conducta de la persona física autora material del delito. Esto es así, tanto respecto de las personas del apartado primero del artículo 31 bis 1 CP, como de las personas del apartado segundo. En ese entendimiento juegan las Decisiones Marco y Directivas que regulan sectorialmente la responsabilidad de las personas jurídicas, dado que se refieren a que éstas puedan ser responsables «cuando la falta de supervisión o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible que

²² Vid. LUIS RODRÍGUEZ RAMOS: «Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas», *Revista La Ley* nº 8766. 16.3.2018. En ese artículo, el autor expone que es cierto que a pesar del mutismo del legislador tácitamente se deduce, en primer lugar, que se está ante una modalidad de participación delictiva, pues sólo será posible la imputación de la persona jurídica si existe una persona física (identificada o sin identificar, imputable o no imputable, condenada, rebelde o absuelta) que haya sido el autor material de ese delito (art. 31 ter CP). Profundizando más en el texto legal, también se induce que la participación debe concretarse en la modalidad de autoría participativa por cooperación necesaria, pues la omisión del deber de intervención del omitente, de no haberse producido, hubiera evitado la realización de la conducta delictiva del autor principal (art. 28 b CP). Lógicamente, dada la tipificación específica de estas modalidades de participación en cada uno de los delitos imputables a la persona jurídica, sería de aplicación por analogía (art. 4.1 y 3 CC) (1), amparada en una interpretación sistemática y teleológica (art. 3.1 y CC), el art. 64 del CP en tanto el legislador no colme esta laguna junto a otras que permitan encajar lo más cómodamente esta nueva figura en su sistema. Posiblemente el definitivo encaje se produciría si se cambiase el actual criterio de imputar a la persona sólo los delitos previstos en la parte especial del CP en régimen de numerus clausus, por la apertura total del catálogo, introduciendo en la regulación de las penas una tabla de equivalencias de las previstas para las personas físicas, con las imponibles a las personas jurídicas, régimen de «numeri aperti» que culminaría la evolución descrita en el precedente epígrafe de «antecedentes». También se deduce de lo dispuesto en el art. 31 bis que esta participación se realiza en régimen de comisión por omisión (art. 11 CP), pues todas las referencias legales, aplicables a los supuestos de imputación de las personas jurídicas y de exención o atenuación de su responsabilidad (arts. 31 bis CP), llevan a la conclusión de que la imputación termina concretándose en la ausencia de «supervisión, vigilancia y control» por parte de la sociedad, respecto a la conducta de la persona física autora material del delito, y por otra parte, no es posible la construcción de una conducta activa de la persona jurídica con suficiente fundamento real, fundamento in re posible en cambio en la modalidad omisiva, dada su naturaleza hipotética a partir de un no hacer que, por definición, es lago inexistente, irreal, un no ser, la nada, salvo en el mundo ideal o normativo que sí tiene una entidad de tal carácter.

²³ JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR: «Modelos dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas (A propósito de las SSTs de 2 de septiembre de 2015, 29 de febrero de 2016 y 16 de marzo de 2016)», *La Ley Penal*, Nº 119, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, Marzo-Abril 2016, Editorial La Ley.

una persona sometida a su autoridad cometa una de las infracciones contempladas». Así, pueden citarse el art. 5 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; el art. 10 de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información o el art. 6 de la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación).

Por eso la Circular nº 1/2016 de la FGE concluirá que hay unos sujetos personas físicas que actúan y otro sujeto, persona jurídica, que asume la responsabilidad de tal actuación. La persona jurídica propiamente no comete el delito, sino que deviene penalmente responsable por los delitos cometidos por aquéllos.

Desde este punto de vista no tiene sentido ponderar dónde deben ubicarse los elementos o requisitos que fundamentan la responsabilidad de las personas jurídicas. La discusión sobre si el defecto de organización pertenece a la culpabilidad, punibilidad o es un elemento negativo del tipo, pierde así su interés, si reparamos en que lejos de configurarse como elemento o requisito del delito corporativo o de su distinto o autónomo injusto típico pasa a convertirse en el fundamento de la responsabilidad que se le transfiere.

No lejos de esta posición, que configura la responsabilidad de la persona jurídica como forma de participación que favorece el delito de la persona física, se encuentra la STS 154/2016, 29 de marzo, cuando proclama que «... el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización. [...] Así, *la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 párr. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica*».

Cuestión distinta es, sea cual fuere la posición que se adopte sobre el delito corporativo, la necesaria defensa jurídica independiente y propia de la persona jurídica. La STS de 16.3.2016 nos recuerda, a propósito de esta reflexión, como ya expusimos, que «ya se califiquen esas causas obstativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como subsistema de circunstancias eximentes, ya se predique de ellas la condición de excusas absolutorias, de causas de exclusión de la culpabilidad o, como ha llegado a sostenerse, elementos negativos del tipo, la controversia sobre la etiqueta dogmática no puede condicionar el estatuto procesal de las personas colectivas como sujeto singular y diferenciado de la imputación penal».

Ahora bien, en cuanto a la carga de la prueba se discute si debe recaer sobre el MF o sobre la persona jurídica. La encendida defensa por el TS en defensa de la necesidad de prueba por parte del MF de los presupuestos y fundamento de la responsabilidad corporativa no se entiende por todos con ese carácter tan incondicional. En este sentido, en Italia, de cuyo sistema hemos copiado, cuando se trata del delito de un directivo, para eximirse de responsabilidad, la empresa ha de demostrar, en el juicio penal, que ha adoptado diligentemente el modelo de organización y gestión y que ha vigilado sobre su constante operatividad, mientras que cuando se trata del delito cometido por un empleado, se aplican las reglas ordinarias y la carga de la prueba corresponde al Ministerio Fiscal²⁴.

Insiste DEL ROSAL BLASCO²⁵ en que esa distinta valoración probatoria, se deduce del propio texto del art. 6, núm. 1, del Decreto 231 que establece la empresa no responde si prueba –ella misma, no en el MF– que el órgano de gobierno ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión idóneos para prevenir el tipo de delitos que se ha verificado; que las tareas de vigilar el funcionamiento y la observancia del y de procurar su actualización han sido confiadas a un organismo del ente dotado de poderes autónomos de iniciativa y control; que los sujetos han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de gestión; y que no se ha producido una omisión o una insuficiente vigilancia por parte del organismo antes referido. Sin embargo, si el delito es de los cometidos por empleados, la empresa solo responderá si la comisión del delito ha sido posible por la inobservancia de los deberes de supervisión y control (art. 7, núm. 1), inobservancia que está excluida si, antes de la comisión del delito, la empresa ha adoptado e implementado eficazmente un modelo de organización, gestión y control interno idóneo para prevenir los delitos de la misma naturaleza que el cometido (art. 7, núm. 2), razón por la cual deberá ser el MF quien asuma la carga de probar esa inobservancia de los deberes de supervisión y control.

Esta discusión sobre la carga de la prueba no es ajena al propio Tribunal Supremo. En el voto particular a la STS de 29.2.2016, ya se decía que «sin perjuicio de todas las matizaciones que puedan hacerse a esta doctrina general, y que estimamos que no corresponde ahora desarrollar, consideramos que no procede constituir a las personas jurídicas en un modelo privilegiado de excepción en materia probatoria, imponiendo a la acusación la acreditación de hechos negativos (la ausencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito), sino que corresponde a la persona jurídica alegar su concurrencia, y aportar una base racional para que pueda ser constatada la disposición de estos instrumentos. Y, en todo caso, sobre la base de lo alegado y aportado por la empresa, deberá practicarse la prueba necesaria para constatar la concurrencia, o no, de los elementos integradores de las circunstancias de exención de responsabilidad prevenidas en los párrafos segundo o cuarto del art 31 bis, en el bien entendido de que si no se acredita la existencia de estos sistemas de control la consecuencia será la subsistencia de la responsabilidad penal». Es decir, para los autores del voto particular será la propia persona jurídica quien deba asumir la carga de probar la existencia de ese previo programa de control y organización y de los modelos adecuados de vigilancia y control que hubieran evitado la realización del delito.

²⁴ BERNARDO DEL ROSAL BLASCO: «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención», V/ LEX. Id. vLex: VLEX-637908777, <http://vlex.com/vid/637908777>.

²⁵ BERNARDO DEL ROSAL BLASCO: «Responsabilidad penal...», cit.

Advertimos que el problema no es baladí. Es muy grave. Mucho más si lo unimos a la obsolescencia de nuestro sistema procesal. En las causas complejas el juicio será interminable y terminará debatiéndose con más énfasis la bondad del programa de prevención del delito y el modelo de supervisión y control que el propio delito, sus circunstancias, el autor, los partícipes y la pena. La desviación del foco procesal será celebrada por los directivos o altos representantes de las personas jurídicas, cuya responsabilidad individual quedará en segundo plano. La romántica proclamación de los mismos derechos y garantías en el proceso a la persona jurídica, junto con la inversión de la carga de la prueba de un hecho negativo –carecer de cultura jurídica– que debería ser probado por quien en su favor lo alega y se ha beneficiado del delito, más la inexcusable extensión del objeto del mismo a la virtualidad operativa de los programas de cumplimiento puede convertir en inacabable el juicio oral e incluso su investigación previa, desenfocando de paso la esencia del Derecho penal. Y cuando la causa compleja se haya dividido en cientos de piezas separadas multiplicaremos por cien el objeto profesoral del debate sobre el régimen de *compliance*.

2. ESTRUCTURA DELICTIVA

En cuanto a la estructura delictiva de la actuación de las personas jurídicas diremos que es preciso para que exista que hayan actuado dos tipos de sujetos responsables: a) las personas con poder de representación o autorizados a tomar decisiones en su nombre o que ostenten poderes de organización y control dentro de la misma, y b) los empleados sometidos a la autoridad de las anteriores.

Ocurre lo mismo en Italia. Por ese motivo, DEL ROSAL BLASCO²⁶, recuerda que el texto legal sobre el que está inspirada la reforma de la LO 1/2015, no es otro que el Decreto Legislativo de 8 de junio de 2001, n. 231²⁷, que establece la responsabilidad de las personas jurídicas en Italia, formalmente administrativa pero materialmente más cercana a un modelo de responsabilidad penal. Ese modelo también distingue, para establecer los hechos de conexión, entre delitos cometidos, por una parte, por los sujetos con «posizione apicale» (posición apical o superior), es decir, las personas que ejercen funciones de representación, administración o dirección dentro la entidad o de alguna de sus unidades dotadas de autonomía financiera y funcional y por las personas que ejercen, de facto, la gestión y el control de la misma [art.5, núm. 1, apartado a)] y, por otra, por las personas que estén bajo la dirección o supervisión de las personas que ejercen funciones de representación, administración o dirección dentro la entidad o de alguna de sus unidades dotadas de autonomía financiera y funcional y por las que ejercen, de facto, la gestión y el control de la misma [art. 5, núm. 1, apartado b)].

2.1 Personas con poder de representación

Solamente diremos que las personas del artículo 31 bis 1 a) han de actuar en nombre o por cuenta de la persona jurídica, lo que debe traducirse como persecución de los intereses de la sociedad marcados en sus estatutos. También deben actuar procurando su beneficio directo o indirecto, aunque no se hubiera conseguido.

²⁶ BERNARDO DEL ROSAL BLASCO: «Responsabilidad penal...», cit.

²⁷ Decreto Legislativo 8 giugno 2001 n. 231, Disciplina della responsabilita' amministrativa delle persone giuridiche, delle societa' e delle associazioni anche prive di personalita' giuridica.

Se ha denunciado la desaparición de la expresión “administrador de hecho”. Para CUGAT MAURI ha desaparecido de la literalidad del precepto legal y, también de su contenido efectivo; como mínimo, en parte. No desaparece el administrador que, no obstante, no serlo para el Derecho mercantil, actúa bajo mandato formal. Ahora bien, sí que desaparece el que ejerce funciones materiales de administración sin habilitación formal alguna, como, por ejemplo, el administrador de la empresa matriz que decide sobre lo que haga la filial²⁸.

La verdad es que en general la fórmula del artículo 31 bis 1.a) es más perfecta que la de la anterior regulación, lo que permitiría incluir a los administradores de hecho incluso a aquellos que, solapados y sin habilitación alguna, actuaran en provecho de la sociedad matriz instrumentalizando a una filial.

2.2 Empleados

Con la categoría de los empleados se está aludiendo a la persona subordinada al control de un superior e integrada de hecho o de derecho en la organización.

Debemos evitar como alerta CORCOY CUGAT²⁹ «que sean las personas físicas las que, en caso de identificarse, sirvan de cortafuegos de responsabilidades penales de la empresa, parapetada tras los programas de cumplimiento, entre cuyas reglas de prevención del delito puede estar la denuncia de sus ejecutores materiales, lo que podría llevar a que, en caso de necesidad, se “hicieran caer” a unos cuantos “chivos expiatorios” en favor del bien colectivo. De ser así, de nada serviría la declaración programática del art. 31 ter CP sobre la posibilidad de acumulación de condenas, cuando la PJ pudiera evitarlas en todo caso». Es decir, si el artículo 31 CP permitió en los delitos especiales propios condenar a las personas físicas que actuaban solapadas en el organigrama de las personas jurídicas aunque no concurrieran en ellas las cualidades de autor, no pude correrse el peligro inverso de que las personas físicas condenadas solapen la identidad de las personas jurídicas que las utilizan como instrumentos fungibles para cometer actividades delictivas.

VI. COAUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Se suscitan, en relación con la autoría y participación algunas cuestiones de relevante interés sobre las que iremos reflexionando. Veámoslas.

1. Los autores del artículo 31 bis 1 a) CP serán los representantes legales o aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la misma u ostenten facultades de organización y control dentro de la misma.

La responsabilidad penal individual de los autores materiales del delito deberá articularse de forma distinta según la clase de delito. Si se tratare de un delito especial propio, como

²⁸ CUGAT MAURI. M.: «La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las compliance», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV (2015), ISSN 1137-7550, págs. 919-963.

²⁹ CUGAT MAURI. M.: «La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las compliance», *op. cit.*, págs. 919-963.

podría ser el caso del delito fiscal por defraudación típica en el ámbito del impuesto de sociedades o de IVA, del que solo podría ser autor el sujeto pasivo contribuyente, la responsabilidad penal del representante legal habría que articularla a través del artículo 31 CP. En este caso, la aplicación de las reglas de la actuación en nombre de otro requeriría que el agente no cualificado hubiese actuado representando a la persona jurídica, es decir, hubiese realizado la acción que prevé la materia de la prohibición del tipo del delito especial correspondiente. En el caso del delito fiscal ejemplificado, sería preciso comprobar que el representante del sujeto tributariamente obligado –la persona jurídica– hubiese infringido la ley fiscal que completa el tipo penal en blanco del artículo 305 del Código vigente. Dicho con otras palabras: el agente debería haber infringido el deber fiscal eludiendo el pago de tributos correspondientes a su representada. No en vano este precepto viene a completar el círculo de autores del artículo 28 CP para aquellos supuestos en que el tipo delictivo exija ciertos y especiales elementos subjetivos de autor que concurren en la persona representada –física o jurídica–, pero no en el representante, cual sería nuestro personaje del artículo 31 bis 1 a) CP. El artículo 31 CP pretendía precisamente evitar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de las personas jurídicas. Tras la reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas el precepto conserva su vigencia, pues el castigo penal de ésta no podría solapar la responsabilidad también penal del autor material que delinquirió amparado en la trama societaria. Desde luego, ese representante legal que hubiera cometido el delito fiscal en nombre de la sociedad representada sería autor, lo que no elimina la posibilidad de articular en su entorno conductas de participación a título de inducción y cooperación necesaria o no. De ser varios los representantes legales que hubiesen obrado dolosamente con ese propósito defraudatorio cabría la coautoría e incluso la autoría mediata si el representante, autor material del tipo de la prohibición, hubiese sido utilizado por otra persona con idéntica capacidad legal de representación como instrumento carente de dolo.

Si el delito cometido fuese común, en el que el legislador universaliza la autoría, la responsabilidad penal individual de los sujetos del artículo 31 bis 1 a) se articularía a través del artículo 28 CP, siendo imaginables, igualmente en este caso, formas de coautoría, autoría mediata o participación. Ejemplo típico de delito común podría ser el de cohecho cometido por el representante legal, o persona constituida en autoridad dentro de la sociedad con facultades de control y organización, con el perverso propósito de conseguir adjudicaciones de contratos públicos de forma irregular.

Más allá de la estudiada responsabilidad penal individual de los autores indicados, no se olvide que para que, además, la sociedad responda penalmente del delito cometido por los sujetos del artículo 31 bis 1 a) CP es preciso que el delito haya sido cometido por éstos en nombre o por cuenta de la sociedad y en beneficio directo o indirecto de la misma y no concurren las circunstancias que eximen su responsabilidad del artículo 31 bis 2 y 3 CP.

2. Dentro de la responsabilidad penal individual del círculo de autores del artículo 31 bis 1 a) CP cabe considerar otras hipótesis. Por ejemplo, la derivada de la participación como miembro de un órgano colectivo a través del cual se hubiera cometido el delito. Imaginemos un

delito de insolvencia punible del artículo 257 CP, del que respondería, en su caso, la persona jurídica, de conformidad con el artículo 258 ter CP. Imaginemos también que el delito se comete por todos los miembros de un órgano colegiado de representación y administración.

Es doctrina común del TS³⁰ que cabe la responsabilidad penal individual de los miembros de órganos colegiados por las decisiones colectivas adoptadas en el seno de los grupos en los que por ley están integrados. Aunque no sea aplicable directamente a esta cuestión, es orientativo lo dispuesto en el artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital, según el cual todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél. La razón por la que todos los miembros que, conociendo su contenido y significado, hubieran votado a favor del acuerdo son responsables del mismo, con independencia de la mayoría que el quórum exija para la aprobación del criterio colegiado, radica esencialmente en que el voto de cualquiera de los integrantes del órgano colegial es un componente del proceso marcado por la ley para la formación de la voluntad del órgano, lo que hace irrelevante la posibilidad de que, sin ese voto concreto, el resultado hubiera podido ser el mismo en cuanto al sentido de la decisión. Nada impediría por lo tanto establecer la responsabilidad de todos los que en el órgano votaron a favor, si el acto aprobado en el seno de ese órgano fuera delictivo. En este sentido, la responsabilidad delictiva por el voto individual favorable a la comisión del delito es incuestionable. Incluso cabría establecer responsabilidad basada en la abstención si la misma hubiera sido determinante para alcanzar la decisión colegiada y se pudiera establecer un vínculo doloso entre aquélla y el resultado criminal.

Nuevamente recordamos que, más allá de esa responsabilidad penal individual de los miembros del órgano colegiado por las decisiones tomadas en el seno de la persona jurídica, cabe la responsabilidad penal, además, de ésta, si aquellos hubieran cometido el delito en su nombre o cuenta y actuando en su beneficio directo o indirecto y no concurrieran las circunstancias que eximen su responsabilidad del artículo 31 bis 2 CP.

3. En relación con el grupo de personas responsables del artículo 31 bis 1 b) debe tenerse en cuenta que para que surja la responsabilidad penal de la persona jurídica es necesario que los «empleados» hubiesen podido cometer el delito por el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad por parte de las personas del artículo 31 bis 1 a) CP. El precepto excluye la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando el delito cometido por el «empleado» haya sido posible por simple incumplimiento leve de aquellos deberes de vigilancia, supervisión y control, aunque quepa en tales supuestos la exigencia de responsabilidad civil conforme al artículo 120.4 CP. Suscita dudas si está incluida o no, dentro de la responsabilidad penal, la imprudencia menos grave, es decir, el incumplimiento menos grave de aquellos deberes. En mi opinión lo está. Primero, porque el incumplimiento menos grave, es grave, aunque menos, pero superando siempre la dimensión del incumplimiento leve. Segundo, porque el artículo 66 bis 2 b), párrafo segundo, CP, establece que la responsabilidad

³⁰. Entre otras, en STS de 16.11.2016.

de la persona jurídica, en los casos estudiados, cuando no tenga la consideración de «grave» determinará que las penas de las letras c a g del artículo 33 tengan una duración máxima de dos años. Esa expresión de incumplimiento «no grave» de los deberes de supervisión, control y vigilancia, solo alcanza sentido, si se interpreta como incumplimiento menos grave, pues el incumplimiento leve sencillamente es atípico.

4. Caben entre los sujetos, personas físicas, del grupo a y b del artículo 31 bis 1 CP formas de coautoría. Es imaginable que el delito haya sido cometido por el empleado en connivencia dolosa con el representante legal superior jerárquico, apical o curial, en cuyo caso, cada uno respondería como coautor del delito fiscal que pudiera servir de ejemplo. En tal caso, además de sus responsabilidades penales personales, existiría responsabilidad penal de la persona jurídica representada y servida, siempre claro que se cumplieran los demás requisitos legales y expuestos. Esa responsabilidad penal de la persona moral surgiría, en tal caso, por la doble vía del artículo 31 bis 1.

La responsabilidad penal individual de las personas del artículo 31 bis 1 a) CP, respecto del delito cometido por el empleado del artículo 31 bis 1 b) CP, surgirá siempre que hayan actuado dolosamente, pero la limitación inherente al castigo de las formas culposas a los supuestos legalmente previstos, convertirá su imprudencia incluso grave en las labores de supervisión, vigilancia y control que podría haber evitado el delito generalmente en atípica. Ahora bien, en aquellos delitos que admiten versión culposa, podrán conjugarse al mismo tiempo la responsabilidad dolosa del «empleado» que hubiera cometido el delito y la imprudencia grave del «directivo» que por negligencia culpable no la hubiera impedido –véase como ejemplo el artículo 331 CP en relación con el delito medioambiental del artículo 325 CP–.

En cambio, la actuación dolosa del directivo connivente con el empleado en la comisión del delito lo convertirá en coautor, incluyendo los supuestos en los que conocedor de la situación de riesgo hubiera omitido llevar a cabo, desde su posición de garantía, la labor de supervisión, vigilancia y control que hubiera evitado el resultado delictivo –artículo 11 CP–.

5. Podemos plantearnos si surgirá la responsabilidad del artículo 31 bis CP de la persona jurídica si el delito cometido por los autores que la representan o sus empleados lo hubiese sido en grado de tentativa. Es evidente que sí. La accesoriedad respecto del delito cuya responsabilidad se atribuye a la persona jurídica es limitada o media y bastará como sabemos que la acción del sujeto individual sea típica y antijurídica, sin que deban excluirse formas de imperfecta consumación. Lo que no cabe es el supuesto inverso: si el delito de la persona física de los apartados a) o b) del artículo 31 bis 1 CP ha sido consumado, no será posible apreciar la responsabilidad de la persona jurídica en grado de tentativa, argumento que refuerza la inexistencia de un delito corporativo propio y distinto del delito cometido por la persona física.

6. En nuestra opinión cabe trasladar la responsabilidad penal a la persona moral también, en un supuesto más extremo, cuando el autor individual que la representa o actúa en su servicio haya ejecutado resoluciones manifestadas de la voluntad si éstas tuvieran vigencia típica. A título ejemplificativo, la conspiración, proposición y provocación para cometer el delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis 8 CP.

7. Algunos autores llevan al extremo la coautoría reseñando que no existiría inconveniente para que las personas físicas y jurídicas interactuaran, pudiendo ser una persona jurídica inductora de otra o de una persona física y viceversa. Es dudoso ese planteamiento. La imposibilidad de actuación psicológica de la persona jurídica no permite entender, por ejemplo, que pueda inducir o ser inducida a cometer a un delito. Una persona física podrá inducir a otra persona física, pero no a una persona jurídica, sino a las personas físicas que en su seno se integran. De la misma manera, la persona moral no podrá inducir a cometer un delito, sino que lo harán sus representantes legales o empleados.

Cosa distinta es que quepa extender a varias sociedades la responsabilidad penal por un delito cometido por representantes legales de ambas o por personas que tengan poder de actuación en favor de todas ellas.

Sería el caso de quienes pudiesen vincular con sus decisiones a la empresa matriz y las empresas filiales o agrupadas que se utilizasen para a través de su complejo entramado cometer delitos fiscales, documentales o de blanqueo de capitales. Y es que las empresas y asociaciones de empresas pasan a ser responsables por las actuaciones dolosas e imprudentes de empleados y directivos, tales como estafas, cohechos, delitos urbanísticos o medioambientales.

Mucho más en los casos de levantamiento del velo entre grupo de empresas. El concepto de grupo de empresas puede derivarse de la Directiva 2014/86/UE, del Consejo, de 8 de julio de 2016 y de los artículos 42 del CCo, 18 de la Ley de Sociedades de Capital y 4 de la Ley del Mercado de Valores. La STS, Sala 1ª, de 29.9.2016, nos recuerda que la doctrina del «levantamiento del velo», es una construcción jurisprudencial que permite al juzgador penetrar en el sustrato de las sociedades para percibir su auténtica realidad y poder así averiguar si la autonomía patrimonial consustancial a la personalidad jurídica es o no utilizada como una ficción con fin fraudulento o abusivo con el propósito de perjudicar a tercero, lo que abre un gran abanico de posibilidades como el incumplimiento contractual, aparentar insolvencia, sustraer bienes de la ejecución forzosa, soslayar o hacer prevalecer ciertos derechos o eludir la responsabilidad contractual o extracontractual³¹. La idea esencial que constituye el sustrato de la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas radica en que no puede separarse el patrimonio de una persona jurídica y el de una o varias personas físicas o jurídicas, cuando en realidad se trata de un único patrimonio, para conseguir un fin fraudulento³². Pues bien, ese levantamiento del velo puede extenderse a grupos de empresas que, en realidad, constituyen una sola³³.

³¹ Sentencias del T. Supremo de 17 de octubre y 22 de noviembre de 2000, 5 y 7 de abril y 8 de mayo de 2001.

³² SAP La Coruña, Sección 1ª, 325/2004, de 8 de noviembre.

³³ Artículo 42 CCO. Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

8. En cuanto a las sociedades creadas con el único propósito de delinquir deben ser consideradas al margen de la responsabilidad del artículo 31 bis CP.

La STS de 29.2.2016³⁴ recuerda que «la sociedad meramente instrumental, o “pantalla”, creada exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia y que, por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del art. 129 CP, que contempla la aplicación de semejante “consecuencia accesoria” a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico o, en su caso, la mera declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento».

9. Desde el punto de vista de su responsabilidad organizativa, y de acuerdo con la FGE³⁵, surgirían así tres categorías de personas jurídicas:

- Aquellas que operan con normalidad en el mercado y a las que propia y exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos de organización y gestión de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis. Mejor o peor organizadas, son penalmente imputables.

- Las sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal. Como se advierte en el citado auto, «el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente irá variando a lo largo del tiempo». Un ejemplo de este tipo de sociedades serían las utilizadas habitualmente en esquemas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo como instrumento para colocar fondos al socaire de la actividad legal de la sociedad, simulando que es mayor de la que realmente tiene. En la mayoría de los casos se mezclan fondos de origen lícito e ilícito, normalmente incrementando de manera gradual los fondos de origen ilícito. A ellas se refiere la regla 2ª del art. 66 bis como las utilizadas «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». El precepto las deja claramente dentro del círculo de responsabilidad de las personas jurídicas y, en la medida en que tienen un mínimo desarrollo organizativo y cierta actividad, aunque en su mayor parte ilegal, son también imputables.

- Finalmente solo tendrán la consideración de personas jurídicas inimputables aquellas sociedades cuyo «carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos» (auto de 19 de mayo de 2014). Frecuentemente, este tipo de sociedades suele emplearse para un uso único. Por ejemplo, como instrumento para la obtención de una plusvalía simulada mediante la compra y posterior venta de un mismo activo, normalmente un bien inmueble (por su elevado valor) o activos financieros (por su dificultad para conocer su valor real).

³⁴. STS dictada por su Pleno.

³⁵. Circular FGE nº 1/2016.

En esta categoría se incluyen también aquellas sociedades utilizadas para un uso finalista, como mero instrumento para la tenencia o titularidad de los fondos o activos a nombre de la entidad, a modo de velo que oculta a la persona física que realmente posee los fondos o disfruta del activo.

10. Desde el año 2012 (LO 7/2012, de 27 de diciembre) se modificó la enumeración del art. 31 bis «con la finalidad de incluir a partidos políticos y sindicatos dentro del régimen general de responsabilidad, suprimiendo la referencia a los mismos que hasta ahora se contenía en la excepción regulada en el apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal. De este modo se supera la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación [...]».

La responsabilidad penal de los partidos políticos y de los sindicatos, introducida en la LO 7/2012, presenta las siguientes peculiaridades:

- Su responsabilidad se extenderá a las fundaciones y entidades con personalidad jurídica a ellos vinculados.
- A diferencia de otras personas jurídicas, en principio no obligadas a establecer programas de prevención, el art. 9 bis de la LO 8/2007, introducido por la LO 3/2015, expresamente lo impone a los partidos políticos.
- En relación con las penas de disolución y suspensión judicial ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el Capítulo III de la Ley Orgánica 6/2002 (modificado por LO 3/2015).

11. 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 las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

12. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

13. El régimen del artículo 129 CP³⁶ se aplica a los delitos previstos para las personas jurídicas cuando se hayan cometido en el seno, con la colaboración, a través o por medio de entes carentes de personalidad jurídica, y se contempla también para los siguientes delitos:

- Relativos a la manipulación genética, artículo 162 CP.
- Alteración de precios en concursos y subastas públicas, artículo 262 CP.
- Negativa a actuaciones inspectoras, artículo 294 CP.
- Delitos contra los derechos de los trabajadores, artículo 318 CP.
- Falsificación de moneda, artículo 386.4 CP.
- Asociación ilícita, artículo 520 CP.
- Organización y grupos criminales y organizaciones y grupos terroristas, artículo 570 quater CP.

³⁶ Recuerda la FGE, en su Circular nº 1/2016 que los criterios por los que el Legislador asigna uno u otro régimen a determinados delitos no siempre resulta claro. La Circular 1/2011 (IV) ya reprochaba la defectuosa construcción jurídica de esta doble vía sancionadora de los arts. 31 bis y 129 CP, refiriéndose, entre otros, a los supuestos de los arts. 262, 386, 294 y 318, que mantienen tras la reforma las mismas deficiencias entonces ya advertidas. Particularmente llamativo es el caso de los delitos de falsificación de moneda del art. 386 CP, en el que, tras la reforma de 2015, coexiste en sus apartados. 4 y 5 el régimen del art. 129 con el del art. 31 bis.

VII. DELITOS Y CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y AGRAVANTES. CULPABILIDAD

1. DELITOS

Siguiendo a la FGE podemos recordar a reforma del art. 31 bis no altera el sistema establecido en 2010 de supeditar la responsabilidad penal de la persona jurídica a su expresa previsión en los correspondientes tipos de la parte especial del Código Penal.

El catálogo de delitos del Código Penal, sería el siguiente:

DELITOS Y ARTÍCULOS CP

- Tráfico ilegal de órganos humanos. 156 bis.3 CP
- Trata de seres humanos. 177 bis.7 CP
- Prostitución/explotación sexual/corrupción de menores. 189 bis CP
- Descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático. 197 quinquies CP
- Estafas. 251 bis CP
- Frustración de la ejecución. 258 ter CP
- Insolvencias punibles. 261 bis CP
- Daños informáticos. 264 quater CP
- Contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores.288 CP
- Blanqueo de capitales. 302.2 CP
- Financiación ilegal de los partidos políticos. 304 bis.5 CP
- Contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. 310 bis CP
- Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. 318 bis.5 CP
- Urbanización, construcción o edificación no autorizables. 319.4 CP
- Contra los recursos naturales y el medio ambiente. 328 CP
- Relativos a las radiaciones ionizantes. 343.3 CP
- Riesgos provocados por explosivos y otros agentes. 348.3 CP
- Contra la salud pública. 366 CP
- Contra la salud pública (tráfico de drogas). 369 bis CP
- Falsificación de moneda. 386.5 CP
- Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje. 399 bis CP
- Cohecho. 427 bis CP
- Tráfico de influencias. 430 CP
- Delitos de odio y enaltecimiento. 510 bis CP
- Financiación del terrorismo. 576 CP.
- Contrabando, conforme dispone el art. 2.6 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, modificada por la LO 6/2011.

Si comparamos ese cuadro con el catálogo de 2010 observaremos que se incorporan los nuevos delitos de frustración de la ejecución (arts. 257, 258 y 258 bis), de financiación ilegal de los partidos políticos (art. 304 bis CP). También los delitos contra la salud pública no relacionados con el tráfico de drogas (arts. 359 a 365) y los de falsificación de moneda (art.

386), para los que con anterioridad no se contemplaba el régimen del art. 31 bis CP sino el del art. 129. Se incorporan igualmente los delitos de odio y enaltecimiento (art. 510)³⁷.

Debe celebrarse la inclusión en el catálogo especialmente de los delitos realizados en el curso de actividades o explotaciones peligrosas con resultados lesivos contra la vida o salud de las personas, ausentes en el catálogo de 2010 e incorporados en 2015 –artículos 359 a 365 CP–.

La tendencia en el derecho comparado es la ampliación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas de forma generalizada a todo tipo de delitos, excepto los personalísimos. Así, la reforma del CP francés de 9 de marzo de 2004 estableció como regla la responsabilidad para todo tipo de delitos y como excepción la exclusión tan solo de los delitos especialmente rechazados por el legislador. Ello, no obstante, en otros países, como Portugal, desde la reforma de 4 de septiembre de 2007 se estableció el sistema del catálogo cerrado. Este último sistema es el llamado principio de especialidad³⁸.

Un recorrido por los delitos para los que está prevista la responsabilidad de la persona jurídica muestra que la inmensa mayoría describe comportamientos exclusivamente dolosos. Los delitos contra la salud pública prevén la modalidad imprudente (art. 367), pero la responsabilidad de la persona jurídica no se extiende a ella (art. 366).

Finalmente, solo cuatro grupos de conductas imprudentes son susceptibles de generar un reproche penal a la persona jurídica, a saber: las insolvencias punibles, los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, el delito de blanqueo de capitales y los delitos de financiación del terrorismo.

2. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y AGRAVANTES

En otro orden de cosas, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se contemplan con absoluta independencia de las aplicables a las personas físicas. No existe, pues, comunicabilidad de las circunstancias entre una y otra persona.

Esa independencia se manifiesta en dos artículos: el artículo 31 ter 2 CP, que excluye que las circunstancias que agraven la responsabilidad penal de las personas físicas puedan transmitirse a las jurídicas y el artículo 31 quater CP que establece un catálogo independiente de circunstancias atenuantes para la persona jurídica.

Según el artículo 31 quater CP, 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.*

³⁷ La Circular nº 1/2016 FGE realiza un catálogo completo.

³⁸ BOLDOVA PASAMAR, M.A.: «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española», *Estudios Penales y Criminológicos*, volumen XXXIII, 2013, pág. 249.

Como se observa, el catálogo de atenuantes se corresponde con las circunstancias atenuantes de las personas físicas de confesión, colaboración y reparación del daño. Son circunstancias que se justifican por razones de política criminal, estando orientadas a facilitar la acción de la justicia. Circunstancias que conducen a premiar conductas de la persona jurídica posteriores a la consumación del delito. La jurisprudencia ha señalado, en general, y en relación con la persona física que «... lo relevante a los efectos de valorar actitudes de colaboración con la justicia del responsable de un delito, no es tanto la disposición interior o el arrepentimiento, en el sentido moral del término, como el rendimiento de la información aportada, a los fines de la persecución y de la eficacia en la respuesta penal»³⁹, o la «utilidad de la colaboración relevante con la Justicia la que justifica por razones objetivas de política criminal»⁴⁰.

En relación con este catálogo de atenuantes se nos permitirán dos digresiones. La primera, que esas circunstancias pertenecen al ámbito de la punibilidad, lo que resulta plenamente lógico, pues las personas morales no realizan por sí mismas tipos de lo injusto ni poseen capacidad de acción o culpabilidad. La segunda, que la observación legislativa de que «solo» éstas sean las circunstancias que atenúan la culpabilidad de la persona jurídica, abona la argumentación de que tan solo se les transfiere o atribuye un tipo de lo injusto o título de imputación completamente propio de la persona física, pues si lo fuese de la persona jurídica también se otorgaría efecto atenuante a los actos de ésta previos a la consumación.

También puede decirse que dado que la responsabilidad de las personas jurídicas se fundamenta en la participación impropia en un injusto típico de la persona física, en buena lógica deberían transmitirse a ésta las circunstancias tanto atenuantes como agravantes comprendidas en el ámbito de lo injusto no personal de las personas físicas.

En cuanto a la última atenuante se refiere a la implementación *ex post facto* de eficaces programas de *compliance* que posean aptitud para evitar en el futuro delitos cometidos por la misma persona jurídica. Si los eficaces programas de *compliance* previos al delito pueden generar la exención de la responsabilidad de las personas jurídicas, los posteriores pueden alcanzar eficacia atenuante. Como sabemos los programas de *compliance* previos en el caso de acreditación solo parcial de las circunstancias legales igualmente pueden operar como atenuante.

En lo que atañe a las circunstancias agravantes, aunque no se recoge un catálogo similar a las atenuantes, se reconoce en el artículo 66 bis que la pena de las personas jurídicas pueda incrementar su duración por un plazo superior a dos años, en las sanciones de las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 CP, sobre el presupuesto de la reincidencia –artículo 66 bis 2 a)– y de la instrumentación de la persona jurídica para cometer delitos –artículo 66 bis 2 b)–. También se reconoce que las sanciones de las b) y e) del apartado 7 del artículo 33 CP puedan imponerse con carácter permanente o las de las letras e) y f) del mismo apartado superior la duración de 5 años si concurren las circunstancias de reincidencia cualificada o instrumentación de la persona jurídica para cometer delitos.

³⁹. STS nº 138/2012.

⁴⁰. SSTS 4710/2012; 697/2007, de 17-7; 159/2009, de 24-2; 628/2009, de 10-6; 384/2011y474/2011, entre otras.

3. CULPABILIDAD

Como hemos dicho antes, la responsabilidad penal de la persona jurídica es accesoria y necesita que una persona física haya cometido un delito. Creemos que esa accesoriadad es limitada a la tipicidad y antijuricidad, resultando irrelevantes la culpabilidad, punibilidad y perseguibilidad. En cuanto a la culpabilidad, el artículo 31 ter 2 del CP ya dice que «las circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado no excluirán ni modificarán la responsabilidad de las personas jurídicas» y el mismo artículo añade que tampoco lo hará la circunstancia de que la persona física haya fallecido o se haya sustraído a la acción de la justicia.

Sobre el presupuesto de esa accesoriadad limitada o media entendemos que, aunque el legislador no se haya pronunciado sobre la eficacia en la responsabilidad de las personas jurídicas de la concurrencia de causas de justificación en la persona física, el principio de unidad del ordenamiento jurídico⁴¹ debería conducir a la exclusión de responsabilidad de la persona jurídica. En cambio, sobre el presupuesto de la misma accesoriadad media no tendrían eficacia en esa responsabilidad de la persona moral las causas de inimputabilidad, inculpabilidad o excusas absolutorias de las personas físicas.

Pero la accesoriadad solo nos habla de la responsabilidad de la persona jurídica. En cuanto a la culpabilidad de la persona jurídica debe destacarse que no parece compatible con el principio de culpabilidad personal del artículo 5 CP y que el defecto de organización en que pudiera basarse parece propio de las personas físicas que trabajan para ella. Por eso se ha explicado que ese estado de cosas creado por el defecto de organización podría combatirse simplemente con las consecuencias accesorias del artículo 129 CP⁴².

En cualquier caso y de aceptarse la categoría dogmática de la culpabilidad de la persona jurídica debe indicarse que el CP no distingue entre su responsabilidad dolosa o culposa. Y es que esos defectos de organización podrían ser preordenados al delito –dolosos– o producto de una mala planificación –imprudentes–. Otra vez la no distinción del CP abona la tesis de que el injusto o la culpabilidad corporativos carecen de autonomía y entidad ontológica si no se conectan con el injusto de la persona física. Por otro lado, de admitirse, esa distinción entre dolo y culpa de la persona jurídica las combinaciones con el dolo o imprudencia de la persona física y de la persona jurídica podrían alcanzar la curiosidad intelectual más enrevesada⁴³.

VIII. COMPLIANCE

El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas permite y contempla la exención de responsabilidad de éstas, tanto en los supuestos de delitos cometidos por las personas del artículo 31 bis a) CP, como en los supuestos del artículo 31 bis b) CP.

⁴¹ TAMARIT SUMALLA, J.M.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Quintero Olivares (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Cizur Menor, 2010, págs. 58 y ss.

⁴² BOLDOVA PASAMAR, M.A.: «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española», *op. cit.*, pág. 253.

⁴³ SILVA SÁNCHEZ, J.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», en Silva Sánchez, J. (dir.), *Criminología e empresa y compliance*, Barcelona, 2013, págs. 25 y ss.

La verdad es que tal posibilidad nos coloca en la tesitura de conjugar turbios conflictos de intereses y de distinguir entre la voluntad de representantes y representados como peligrosa fuente de impunidad. Sobre la novedosa fórmula de exención se imponen algunas reflexiones:

- El objeto de los modelos de organización y gestión no es solo evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética corporativa, de tal modo que su eficacia reside en la importancia que tales modelos tienen en la toma de decisiones de los dirigentes y empleados y en la medida en que constituyan una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento. En este sentido, en el Derecho americano se habla de asumir el efectivo compromiso de programas éticos de conductas⁴⁴. La Circular nº 1/2016 FGE insiste en que los Fiscales analicen si los programas de prevención establecidos expresan un compromiso corporativo que realmente disuada de conductas criminales. El programa de *compliance* invita a las empresas a valorar los riesgos de reputación que pueden derivar en pérdidas comerciales y a buscar la captación tanto del talento como de la integridad en la selección de sus representantes. Las sociedades, en suma, parecen impulsadas a perseguir no solamente el cumplimiento del programa de «*compliance* penal», para evitar la sanción penal, sino también lograr un cambio cultural respetando principios éticos. Las personas jurídicas de pequeñas dimensiones (art. 31 bis, 3) podrán demostrar su compromiso ético mediante una razonable adaptación a su propia dimensión de los requisitos formales del apartado 5, en coherencia con las menores exigencias que estas sociedades tienen también desde el punto de vista contable, mercantil y fiscal.

- Existe un doble régimen de exención de responsabilidad de la persona jurídica, uno para los delitos cometidos por los administradores o dirigentes y otro para los cometidos por sus subordinados, ambos sustancialmente idénticos pues, de las cuatro condiciones que el apartado 2 del art. 31 bis exige en relación con las conductas de los sujetos incluidos en el apartado 1 a), solo la 3ª, referida a la elusión fraudulenta de los modelos de organización, resulta inaplicable a los autores del delito del apartado 1 b)⁴⁵.

⁴⁴. Sentencing of Organizations Guidelines & 8B.2.1

⁴⁵. Artículo 31 bis CP:

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

- Los modelos de organización y gestión deberán observar las condiciones y requisitos que establecen los apartados 2 y 5 del art. 31 bis CP⁴⁶.

- Si hasta ahora el peligro había sido levantar el velo de la persona jurídica para desenmascarar a la persona física oculta bajo el entramado jurídico surge hoy el riesgo inverso. Con el artículo 31 CP y el actuar en nombre de otro se consiguió condenar el comportamiento delictivo de quien actuando en representación y provecho de la sociedad realizaba los elementos del tipo aunque no concurrieran en él los elementos subjetivos de autor que el precepto exigiese. Ahora será al revés, pues las reglas de prevención, organización y control y los programas de *compliance* pueden convertirse en fuente de impunidad de una sociedad que centraría el delito exclusivamente en las personas físicas fungibles que sucesivamente la representasen o sirviesen.

- Por ello de la misma manera que el artículo 31 CP conjuraba el riesgo de la impunidad de la persona física debe evitarse a todo trance eximir de la responsabilidad a la persona jurídica por la simple existencia de programas de cumplimiento que difuminen entre los intersticios y el entramado de la sociedad y la exhibición o presentación ejemplarizante de un representante culpable la responsabilidad de aquélla.

- La regulación de los modelos de organización y gestión debe interpretarse de manera que el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica no quede vacío de contenido y sea de imposible apreciación en la práctica. La responsabilidad corporativa debe ser más exigente en los supuestos en los que la conducta criminal redunde principalmente en beneficio de la sociedad que en aquellos otros en que dicho beneficio resulta secundario o meramente tangencial al directa y personalmente perseguido por el delincuente.

- Como advierten las Circulares 1/2011 y 1/2016, la comisión de un delito no invalida automáticamente el modelo de prevención, este puede quedar seriamente en entredicho a tenor de la gravedad de la conducta delictiva y su extensión en la corporación, el alto número de empleados implicados, la baja intensidad del fraude empleado para eludir el modelo o la frecuencia y duración de la actividad criminal. Por eso, CUGAT MAURI recuerda que la eficacia de las *compliance* quedará debilitada en extremo si se han cometido los delitos dolosos para los que se había propuesto un modelo idóneo de prevención⁴⁷. En consecuencia, se ha llegado a proponer que solo rija el sistema de exención de responsabilidad para los delitos imprudentes.

- Nunca puede desapoderarse al juez de la contemplación y valoración de las *compliance*. La valoración de la idoneidad de las *compliance* para eximir la responsabilidad debe siempre recaer en el juez, no sobre la autorregulación corporativa que puede ser utilizada como

⁴⁶. Artículo 31 bis 5 CP:

Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º *Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.*

2.º *Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.*

3.º *Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.*

4.º *Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.*

5.º *Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.*

6.º *Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.*

⁴⁷. CUGAT MAURI, M.: «La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las Compliance», *Estudios penales y criminológicos*, volumen XXV, 2015, pág. 943.

maquillaje para ocultar delitos. Por encima de la existencia o no previa de modelos de *compliance* la responsabilidad penal deberá depender de la actitud corporativa en el momento de cometerse el delito desarrollando o no una conducta adecuada de observancia del deber objetivo de cuidado para evitarlo.

La exención está basada en la previa existencia de programas de prevención y control del delito complementada por modelos de vigilancia y cumplimiento que funcionen tan perfectamente que pueda llegar a afirmarse que el delito haya podido cometerse por haberse interpuesto una separación fraudulenta entre la voluntad del órgano representado y la conducta del representante. Solo la traición del representante permitiría exonerar la responsabilidad del órgano representado.

En los supuestos de los representantes del grupo del artículo 31 bis 1 a) esa separación será verdaderamente excepcional, dado que los representantes apicales o curiales actúan en nombre, por cuenta y provecho de la persona jurídica, quedando reducidos a ejemplos extravagantes, en tales casos, los de elusión fraudulenta de los modelos de control y vigilancia. La exención de responsabilidad de la persona jurídica se pergeña así como defensa corporativa ante el directivo o empleado corrupto. Un ejemplo de esa desviación fraudulenta podría estar representado por el deliberado propósito de provocar daño a la sociedad aun a riesgo de padecerlo también en propia persona, pues quien comete el delito desde esa posición vinculando a la sociedad en el castigo no deja de responder individualmente de la infracción criminal. En los casos del artículo 31 bis 1 b), dado que el delito ha podido cometerse por el grave incumplimiento de los deberes de vigilancia quedará prácticamente descartada la exención de responsabilidad de la persona moral, pues la realización del delito acreditará la inconsistencia de un sistema de supervisión ineficaz para evitarlo. También es cierto que, en general, el modelo de exención difícilmente podrá apreciarse en delitos dolosos, pues la voluntad criminal no habrá conseguido ser localizada, controlada o abortada por los programas de *compliance* y el modelo de seguimiento y vigilancia, lo que evidenciará nuevamente su odiosa ineficacia. Ciertamente, en los delitos culposos, es más imaginable que la infracción del deber objetivo de cuidado por el autor individual haya podido pasar desapercibida entre los intersticios de los programas de prevención y modelos de cumplimiento y vigilancia.

Con todo, es legítima la defensa del modelo ético que libere a la sociedad de responsabilidad, pero solo en los casos de fraude individual realizado al margen de la voluntad corporativa. También puede concluirse, como axioma irrenunciable, que solo el juez deberá ponderar la existencia de esa exención, que nunca coincidirá automáticamente con la existencia de un programa de prevención aparentemente perfecto. Si el sistema funcionase adecuadamente, sin operaciones de maquillaje que ocultasen la búsqueda de impunidad corporativa, y con el objetivo de desenmascarar la corrupción individual, la seguridad del tráfico mercantil mejoraría, la confianza de las empresas en que todas las sociedades utilizaran modelos éticos rebrotaría el optimismo en el comercio, industria y exportación y lo que es más importante, podrían identificarse elementos individuales incapaces de gestionar recursos corporativos para ser inhabilitados. Pero ese funcionamiento adecuado pasa por la adecuada exclusión judicial de la responsabilidad corporativa solo y exclusivamente en supuestos de separación fraudulenta de la voluntad del representante que decide cometer el delito completamente al margen de su órgano representado.

Como conclusión diremos que, si debemos buscar un modelo caracterizado por el compromiso inequívoco de los órganos de dirección de la sociedad de evitar la comisión de delitos y por la creación e implantación de un programa eficaz de *compliance* dotado de instrumentos adecuados para prevenirlos en el seno de la persona jurídica, también debemos fijarnos en la figura del *compliance officer*. Éste puede ser un garante del cumplimiento normativo por expresa delegación de funciones contractualmente asumida y además prescrita por la legalidad, y si estuviera dotado de autonomía, independencia, iniciativa y asignación presupuestaria suficientes, con recursos económicos, jurídicos y técnicos para hacer frente a la responsabilidad que asume, podría surgir su responsabilidad penal a través de la comisión por omisión del artículo 11 CP. Su responsabilidad, ciertamente no será automática, pero dada su posición de garantía, y mucho más si crease o contribuyese a incrementar la situación de riesgo para el bien jurídico, la omisión de su acción esperada que podría haber evitado el resultado antijurídico le podrá hacer responder de éste y del delito cometido. El artículo 318 CP, en materia de prevención de riesgos laborales, apuntalaría esa responsabilidad en cuanto analógicamente aplicable a esta esfera de su responsabilidad. En efecto, el artículo 318 CP alude, más allá de los genuinos autores a «quienes conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello», refiriéndose a la responsabilidad penal directa de las personas de la sociedad que, aunque carentes de poder se hallasen en situación idónea por su perfil profesional para evitar la fuente de peligro y la lesión del bien jurídico.

Algún autor, ha reparado en la profundidad del problema en que procesalmente nos sumergimos. En la multiplicación de la dificultad para la eficiente persecución penal de los delitos más complejos. La gran paradoja es que organizaciones internacionales como la citada OCDE presionan para que se modifique la legislación nacional con el objetivo de obtener un marco jurídico más eficaz en orden la represión penal de esos delitos, y sin embargo lo que sucede al transformar la legislación interna, tal y como se hace, es que no sale adelante ni un solo proceso, o se prolonga indefinidamente la duración de los que se inician. El problema –también muchas veces mencionado a lo largo de estas páginas– de la obsolescencia del modelo procesal español muestra en este contexto, por consiguiente, tintes muy preocupantes. La razón no es únicamente que el modelo introducido en 2010, pero sobre todo el que se acaba de configurar en 2015, complica enormemente el objeto del proceso, que ya no es solo acreditar el delito y demostrar quién lo cometió y quién se benefició de su perpetración, sino abordar además el enrevesado debate paralelo acerca de si de ese delito debe responder la entidad colectiva en cuyo seno o a través de la cual se cometió⁴⁸.

Demasiadas ramas para el viejo tronco de la amada Ley de Enjuiciamiento Criminal. A veces, los árboles no dejan ver el bosque. Los denostados macro-procesos sirvieron de instrumento para juzgar en su conjunto causas complejas que desde la contemplación de piezas aisladas de un puzle no permitían hacerse a la idea de su gravedad conjunta. Se celebró como un gran triunfo, sin apenas resistencia doctrinal, la división en infinitas piezas menores. Causas como la de los ERES se han diseminado hoy en cientos de piezas separadas. Se eliminaba así la elephantiasis procesal. Habíase impuesto la Ilustración procesal. El peligro es que esos árboles infinitos impidan ver el bosque y diluyan la responsabilidad de los autores.

⁴⁸ CRESPO BARQUERO, P.: «La reforma del código penal operada por LO 1/2015, de 30 de marzo: responsabilidad penal de las personas jurídicas», Madrid, Cursos de Formación del Ministerio Fiscal, 2018, págs. 58-61.

Esperemos que no pase lo mismo con las *compliance* y la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La belleza del significante no puede encarcelar el valor del significado. Es importante la sanción de la persona jurídica, pero no nos abandonemos en sus entresijos corporativos convirtiendo los procesos en análisis jurídicos de programas de diseño olvidando la condena del autor del delito, la aplicación de la pena y la natural extensión de la responsabilidad a la persona en cuyo provecho se actuaba.

Madrid, a 29 de mayo de 2018

APUNTES SOBRE LAS PENAS CON DIMENSIÓN LABORAL EN EL RÉGIMEN ESPAÑOL DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS¹

Manuel-Jesús Dolz Lago²
Fiscal del Tribunal Supremo

Toda la grandeza de este mundo no vale lo que un buen amigo (Voltaire)

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: EL CONTROVERTIDO RÉGIMEN LEGAL DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL DESDE SU RECREACIÓN JURISPRUDENCIAL.
2. SANCIONES PENALES A LAS PERSONAS JURÍDICAS CON TRASCENDENCIA EN LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES.
3. CONCLUSIONES: HACIA UNA PONDERACIÓN ENTRE EL *IUS PUNIENDI* DEL ESTADO Y LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS INFRACTORAS.
4. BIBLIOGRAFÍA. a) Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. b) Del autor.

ABSTRACT

La conjugación entre el *ius puniendi* del Estado, que también debe velar por los derechos de los trabajadores, y los intereses de estos últimos al servicio de empresas condenadas en virtud del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, obliga a una reflexión sobre las penas con dimensión laboral imponibles a las personas jurídicas.

El objetivo de esta reflexión es el de buscar soluciones equitativas, en función al caso concreto, que permitan la eficacia de la sanción penal y la protección de los derechos de los trabajadores cuando estos últimos resultan ser unas víctimas más del mal llamado «*delito corporativo*».

Para ello, en el presente estudio, se anotan los elementos de esta problemática con el fin de tener en cuenta según la casuística todos los factores en juego que puedan auxiliar en la búsqueda de la solución más justa y equilibrada a la misma.

1. INTRODUCCIÓN: EL CONTROVERTIDO RÉGIMEN LEGAL DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL DESDE SU RECREACIÓN JURISPRUDENCIAL

El debate dogmático sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante, RPPJ) no es nuevo en la historia de nuestro Derecho Penal, si bien el actual concita numerosas

¹ En homenaje a nuestro querido y llorado amigo José Manuel, ya escribí el comentario jurisprudencial a la STS –2ª– 891/2016, de 25 noviembre, de la que él fue ponente, sobre el concurso medial de delitos, publicado en el diario *La Ley* nº 9108, de 28 diciembre 2017. Sirva este nuevo estudio para colaborar ahora en este merecido *Liber amicorum*.

² La actualización a la vigente legislación laboral y de la Seguridad Social ha sido realizada por mi buen amigo y maestro académico en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, director de mi Tesis Doctoral, el catedrático emérito de Barcelona, D. JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET, quien se suma al homenaje objeto de esta colaboración y a quien le agradezco su generosa y excelente aportación, que enriquece notablemente el estudio.

cuestiones que, atendiendo a los clásicos, quizás podrían ser vistas con mayor ilustración. Permítame el amable lector algunas citas históricas aunque sean un poco extensas.

Nuestro penalista QUINTILIANO SALDAÑA y GARCÍA-RUBIO (1878-1938) en su libro *Capacidad criminal de las personas sociales (doctrina y legislación)*³ sitúa la responsabilidad individual penal en tiempos de la Revolución Francesa ofreciendo numerosos ejemplos de legislación histórica sobre responsabilidad corporativa o social (familias, tribus, clan, gens, ciudades, territorios, gremios) desde el Derecho babilónico (Código de Hammurabí – 2250 a.C.)⁴.

Así, puede leerse en su obra «El principio de “personalidad de las penas”, en los términos del Derecho penal de la Revolución, debe formularse: principio de personalidad individual de las penas. Desconocióse, en esa época, toda existencia pragmática de la persona social. De su tipo natural, primitivo y perdurable, la familia, no se podía dudar; más se negaban sus bases psíquicas, de comunidad espiritual, rechazando los resultados penales de la común participación ética (trascendencia penal, penas infamantes, confiscación). El tipo natural local, comunas y villas, no fue jurídicamente desconocido. Empero, la Revolución anula su eficacia, en punto a responsabilidad penal comunal. Abolidos, en fin, los gremios –que nadie creyera de posible resurrección–, carecía el tipo artificial de las personas sociales de resultados morales y jurídicos. Con la capacidad jurídica civil se extinguían sus probabilidades de capacidad criminal. Familias y comunes se han liberado penalmente. No resta ya otra capacidad jurídica criminal que la del individuo, única personalidad de Derecho penal, según el axioma: *singulorum proprium est maleficium* (GAYO). La sociedad no sería capaz de delinquir: *societas delinquere non potest; universitas non delinquunt*. Tales son los axiomas aceptados en materia de capacidad criminal»⁵.

Añade el autor citado, «De los gloriosos días de la Revolución nos viene el patrimonio jurídico, en dominios penales. Nuestro Derecho civil es romano; el Derecho penal de nuestra era, elaborado en Italia, es de origen francés. Ese patrimonio, a la hora de ahora, está considerablemente disminuido. [...] El Derecho penal queda desplazado, y con él la doctrina de la capacidad criminal. Si es dudosa la capacidad de las personas sociales para responder por culpa (*Culpahaftung*), nadie pone en duda, seriamente, su capacidad causal, base de una responsabilidad objetiva, o por la causa (*Causalhaftung*). En un plano objetivo, veamos si la persona social es capaz, prácticamente, para producir efectos criminales, y cómo los produce. El paralelo psíquico-individual va entre paréntesis: La asociación se reúne (conciencia social); inscribe asuntos en el orden del día (la atención y sus objetivos); discuten entre sí, encarnados en individuales inteligencias, los motivos sociales (deliberación); se toman acuerdos (decisión o resolución); hácense ejecutar los acuerdos (ejecución). Hay un delito. Supongamos que no existe todavía, la voluntad imputable. ¿Se negará, ante resultados criminales, que hay una causa temible? El punto de vista pragmático es indestructible. Si el acuerdo era de fraude o de homicidio, y se ejecutó, ¿quién se obstinaría en incomprender esa capacidad social criminal? Para oponerlas a la doctrina de la “ficción” ya no precisamos

³ Madrid, Editorial Reus, S.A., 1927, págs. 66 y ss.

⁴ Véase también DORADO, P.: *Contribución al estudio de la Historia primitiva de España (El Derecho penal de Iberia)*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1901.

⁵ *Op. cit.*, pág. 8

fórmulas de “personalidad real”, ni de “voluntad real”, como predicado coherente de la existencia de personas sociales. Nos basta la teoría del resultado real⁶.

Entre los antecedentes históricos que venimos relatando de la mano de Saldaña no queremos dejar de mencionar la posición de LUIS SILVELA y de LE VIELLEUZE (1839-1903)⁷, discípulo de krausistas españoles, conocedor de la Escuela germánica que trae a España la fórmula de responsabilidad corporativa o social. Según SALDAÑA, SILVELA, en el preámbulo a su célebre Proyecto de Código penal de 29 diciembre 1884, sostiene «La asociación para delinquir o, con un fin determinado y punible, constituye a los socios en codelinquencia y les sujeta a responsabilidad por la participación que tomaron en el fin común del delito, más no por eso pierde tal responsabilidad su carácter evidentemente individual. Pero pueden muy bien la asociación, corporación o persona jurídica, ser lícitas por su fin y por los procedimientos consignados en el pacto para conseguirlo y, sin embargo, utilizarse los medios sociales para delinquir, no aisladamente éste, o el otro socio, sino arrastrando la representación entera de la sociedad o empresa al delito, de tal suerte que para la conciencia pública, fácil siempre en dar verdadera forma personal a todo suceso, sea la sociedad, la empresa o la colectividad la que delinque. Lleva esta doctrina Silvela al texto del Proyecto, cuyo art. 25 dice: “Los que delinquieren estando constituidos en una entidad o personalidad jurídica, o formen parte de una sociedad o empresa de cualquier clase, si los delitos son ejecutados por los medios que la misma les proporcionen, en términos que el delito resulte cometido a nombre y bajo el amparo de la representación social”⁸.

⁶ *Op. cit.*, págs. 8-9.

⁷ Clásica es su obra *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 1ª edición, Imprenta de T. Fortanet, 1874 (hay 2ª edición adaptada por Eugenio Silvela en 1903). Al tratar el sujeto activo del delito, dedica un análisis a la codelinquencia, en uno de cuyos aspectos, dice: «La pluralidad de delinquentes –que es otra de las condiciones– existe desde que en la resolución del crimen concurren varias personas. Y puesto que sólo la individual es el único sujeto posible del Delito [...], habrá pluralidad de agentes cuando diversos individuos intervengan en la resolución de cometerle, bien pertenezcan a sociedades diferentes, bien a una sola, bien la sociedad se constituya con el fin de ejecutarle», pág. 230. Con anterioridad, pág. 261, el autor citando a Feuerbach dice: «sólo el individuo es sujeto posible del crimen, porque si una Sociedad sólo á causa de su fin determinado subsiste como una persona moral, los individuos no obran como sociedad cuando obran, no por el fin de la misma Sociedad, sino por otro fin diverso” Y esto es aplicable no sólo al Delito, sino á cualquiera relación jurídica, pues el contrato celebrado por el socio ó gerente fuera de los límites del fin social ó para conseguirle, podrá obligarle pero nunca á la Sociedad á la cual quiso imponer en cumplimiento. Por otra parte, en la persona colectiva no existe la conciencia de sí, y de la ley distinta de la de los individuos, pues son propiedades del espíritu humano, que no pueden enajenarse, dividirse ni ponerse en común. Tan sólo pueden ponerse en común de manera que cada uno tenga una parte indivisa, los medios materiales para conseguir el fin. Por esto, tratándose de la responsabilidad, sólo cabe hacer efectiva la civil, que en último caso se traduce en la entrega de un objeto material que pertenece á los socios porque todos tienen parte en él. Así cuando el Derecho positivo ha querido que las Corporaciones respondan de los Delitos de los asociados, ó ha tenido que acudir a la disolución que no es Pena, ó á la pecuniaria, ó ha tenido forzosamente que buscar á cada uno de sus individuos, todo lo cual es negación del principio que se pretendía sentar».

⁸ Ilustra SALDAÑA que ese Proyecto tuvo favorable acogida en el extranjero (GARÓFALO, en Italia; LEHR, KIRCHENHEIM, ROSENFELD y HAFTER, en Alemania. En especial, se reproduce la opinión de KIRCHENHEIM, que dice: «Más digno de aprecio y de verdadero interés es el intento de fijar el fundamento de la penalidad de las personas colectivas. [...] Recientemente LISTZ ha indicado, con decisión y energía, la posibilidad jurídica y práctica de imponer pena a las personas jurídicas. El párrafo 13 del preámbulo del Código español contiene lo mejor que desde hace mucho tiempo se ha escrito sobre la responsabilidad penal de las personas colectivas. En él se demuestra clara y terminantemente que todas las acciones punibles caen, en primer término, bajo la jurisdicción de la vida individual. Pero el orden jurídico no puede mantenerse cuando tan sólo se castiga a los autores físicos: la Compañía de Banca que hace negocios fraudulentos, los Centros de recreo que constituyen un foco de atentados contra el Estado, no resultan castigados, ni se impiden los ataques al orden moral y jurídico y a las instituciones fundamentales del país, cuando únicamente se pena a éste o aquel socio. La conciencia pública, el sentimiento del orden, exigen resueltamente la represión de la asociación con independencia del castigo de los autores que individualmente faltan. Si es menester, la asociación debe sufrir del mismo modo la pena de muerte, y, por tanto, ser disuelta o al menos suspendida para que vuelva a restablecerse la tranquilidad pública alterada, y que toda alarma desaparezca. Estas consideraciones, que tienen en parte su fundamento en la Constitución española de 1869, se desarrollan en el art. 25 del Proyecto, donde se consigna que las entidades o personalidades jurídicas, sociedades o empresas, pueden ser disueltas o suspendidas por fallo judicial sin perjuicio de las atribuciones propias de la administración. Es indudable que la conciencia pública tiene en los demás países europeos las mismas exigencias... para cuya depuración y completo estudio conviene tener muy en cuenta las consideraciones que se contienen en la exposición de motivos de dicho Proyecto de Código». Sin embargo, en España no tuvo acogida y la Comisión parlamentaria lo suprimió, por miedo a que dañase la libertad de empresa. *Op. cit.*, págs. 55-60.

Queden, pues, estas pequeños recordatorios históricos⁹ para la reflexión actual, cuando se debate sobre la RPPJ, tanto en sus fundamentos dogmáticos (*v. gr.* sistema vicarial o no) como en el establecimiento de los programas de prevención del delito o *compliance program*.

Dicho lo anterior, al nuevo régimen legal de RPPJ he dedicado varias reflexiones que se publicaron desde su implantación legal en el art. 31 bis, 33.7, 66 bis, 129 y 130.2 CP, mediante LO 5/2010, de 22 junio, con entrada en vigor el 23 diciembre 2010¹⁰.

Si bien es cierto que, como he indicado en otras ocasiones¹¹, en nuestra legislación puede decirse que se introduce la RPPJ con la reforma penal operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre, según se indica en su Exposición de Motivos (apartado 1º), en donde se expresa por primera vez en nuestro ordenamiento penal positivo esta RPPJ al referirse al art. 31.2 CP/2003¹².

No hay que olvidar que, con mucha anterioridad, el *Corpus Iuris* aprobado en la Unión Europea en 1997 en su art. 13 se refería a la responsabilidad penal de las agrupaciones, optándose claramente por una responsabilidad penal frente a la también exigible sancionadora administrativa.

⁹ Véase también el importante libro de MESTRE, A.: *Las personas morales y su responsabilidad penal (Asociaciones, Corporaciones, Sindicatos)*, traducción a cargo de César Camargo y Marín con estudio preliminar de Quintiliano Saldaña, Editorial Góngora, Madrid, 1930. En dicha obra Saldaña, en su estudio preliminar destaca que «El Profesor Mestre, en mi sentir con certera visión de lo porvenir que se inicia, mantiene la necesidad de un Código penal corporativo. De cierto, la vida corporativa de nuestra sociedad lleva camino de superar en grado y envolver en sus cuadros –casi ahogarla– a la vida individual, y lo que importa es defenderse contra un nuevo tipo de peligrosidad: la peligrosidad corporativa. No se trata ya de reprimir una “voluntad perversa”, sino de prevenirse contra una voluntad dañosa», págs. 14-15. Es este un claro precedente de la actual *compliance program*.

¹⁰ El apartado VII de su Preámbulo dice: «Se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...). Esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea. Para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía. Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación. »Se deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física. En consecuencia, se suprime el actual apartado 2 del artículo 31. »En este ámbito se concreta un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas, añadiéndose –respecto a las hasta ahora denominadas consecuencias accesorias (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos...)–, la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social. Se opta en este punto por el sistema claramente predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición, según el cual la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66 bis. Igualmente, se tiene en cuenta el posible fraccionamiento del pago de las multas que les sean impuestas a las personas jurídicas cuando exista peligro para la supervivencia de aquellas o la estabilidad de los puestos de trabajo, así como cuando lo aconseje el interés general. Además, se regulan taxativamente los supuestos de atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas, entre los que destacan la confesión de la infracción a las autoridades, la reparación del daño y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro puedan cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. »En este apartado, al objeto de evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda ser burlada por una disolución encubierta o aparente o por su transformación, fusión, absorción o escisión, se contienen previsiones específicas donde se presume que existe la referida disolución aparente o encubierta cuando aquella continúe con su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, trasladándose en aquellos casos la responsabilidad penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y extendiéndose a la entidad o entidades a que dé lugar la escisión».

¹¹ Véase apartado 4.b) Bibliografía del autor.

¹² La letra l) del apartado II de su Exposición de Motivos rezaba lo siguiente: «l) Se aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al establecerse que cuando se imponga una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad, ésta será responsable del pago de manera directa y solidaria. Asimismo, en los supuestos de tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, se prevé la posibilidad de que si el delito se ha cometido a través de una sociedad u organización ésta, además de poder ser clausurada, suspendida en su actividad, disuelta o intervenida, pueda ser privada del derecho a obtener beneficios fiscales y puedan ser sus bienes objeto de comiso».

Y que el reconocimiento de la RPPJ en nuestro país no está alejado de los convenios¹³ y las recomendaciones internacionales¹⁴.

En relación con el presente estudio, quisiera retomar parte de lo ya dicho para enmarcar el objeto de estos apuntes, que versan sobre un tema que me preocupó hace ya varias décadas¹⁵, cual es la repercusión en los derechos de los trabajadores que tienen las sanciones penales contra las empresas en las que prestan sus servicios.

La cada vez más inabarcable doctrina sobre la RPPJ¹⁶ apenas se ha preocupado de esta materia relativa a la protección de los derechos de los trabajadores y no he encontrado estudios sobre el particular, salvo los comentarios doctrinales a los arts. 33.7 y 66 bis CP en las publicaciones genéricas de comentarios al Código Penal¹⁷ e indirectamente en algún trabajo sobre las sanciones aplicables a las personas jurídicas, como el de LUIS ROCA DE AGAPITO¹⁸ y en la Circular de la FGE 1/2011, de 1 junio (CONDE-PUMPIDO TOURÓN)¹⁹.

Por el contrario, esa doctrina se muestra más proclive a analizar, con desigual resultado y acierto, aspectos dogmáticos de la RPPJ y, sobre todo, al estudio de la *compliance program* (art. 31 bis, números 2º y 4º CP/2015), que tanto interesa a los empresarios y a sus directivos en la búsqueda de

¹³ V. gr. recuérdese que el art. 26.2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, señala que «la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa». Sobre esta Convención, véase mi libro *El delito de tráfico de influencias ante la corrupción política en España (Una visión jurisprudencial crítica)*, Madrid, Wolters Kluwer-La Ley, 2014.

¹⁴ El apartado III del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, dice: «La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del “devido control”, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal. Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica. Asimismo, se extiende el régimen de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, a las que se podrán imponer las sanciones actualmente previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33 del Código Penal».

¹⁵ Cfr. mi estudio «Aproximación a la dimensión laboral de la protección del medio ambiente en Europa (Sistema jurídico español y comunitario)», Premio Nacional La Ley de artículos doctrinales, *Diario La Ley*, núm. 3220, 18 marzo 1993. El Jurado que otorgó el Premio estuvo integrado por D. Rafael Mendizábal Allende (Magistrado del Tribunal Constitucional), D. Enrique Ruiz Vadillo (Presidente de la Sala Penal del Tribunal Supremo), D. José Almagro Nosete (Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Procesal), D. José Ramón Parada Vázquez (Catedrático de Derecho Administrativo) D. Horacio Oliva García (Catedrático de Derecho Penal), D. Javier Fernández Costales (Catedrático de Derecho Civil) y D. José Manuel Otero Lastres (Catedrático de Derecho Mercantil y director de la *Revista Jurídica La Ley*).

¹⁶ Véase apartado 4.a) Bibliografía sobre la RPPJ.

¹⁷ Comentarios al Código Penal: 1. Anteriores a la reforma del CP por LO 10/2015. RODRÍGUEZ RAMOS, L. (director): *Código Penal Concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes Penales especiales y complementarias*, Editorial La Ley, 4ª edición, 2011; QUINTERO OLIVARES, G. (director), MORALES PRATS, F. (coordinador), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Editorial Thomson/Aranzadi, 2005; GÓMEZ TOMILLO, M. (director), *Comentarios al Código Penal*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1ª edición, septiembre 2010; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios al Código Penal*, actualizado por LO 5/2010, de 22 junio, Editorial La Ley, 2010. 2. Posteriores a la reforma del CP por LO 1/2015. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *La reforma del Código Penal de 2015 Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015*, de 30 marzo, Editorial La Ley-Wolters Kluwer España, S.A., Madrid, 2015; QUINTERO OLIVARES, G., *Comentario a la reforma penal de 2015*, Editorial Aranzadi, 1ª edición, abril 2015; RODRÍGUEZ RAMOS, L. (director), *Código Penal Concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes Penales especiales y complementarias*, Editorial La Ley, 5ª edición, 2015; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (director), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2015. SÁNCHEZ MELGAR, J. (coordinador), *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Editorial Sepín, 4ª edición, 2016.

¹⁸ «Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», en ONTIVEROS ALONSO, MIGUEL (coordinador), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 371-411 y bibliografía allí citada.

¹⁹ Véase el epígrafe y apartados –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.

lo que he dado en llamar «la impunidad programada»²⁰, la cual proporciona abundante trabajo a numerosos profesores titulares y catedráticos de Derecho penal e influyentes bufetes de abogados.

Pero en realidad, la primera sentencia del Pleno de la Sala 2ª que aborda una doctrina general sobre la RPPJ, la STS –2ª– 154/2016, de 29 febrero, cuya ponencia se debe a nuestro homenajeado y querido JOSÉ MANUEL MAZA, en la que de los quince magistrados del Pleno siete mostraron su voto particular discrepante, desde nuestro modesto punto de vista, si resuelve jurisdiccionalmente algo importante, al margen del debate doctrinal que contiene con carácter de *obiter dicta*, es precisamente la estimación del recurso para dejar sin efecto la pena de disolución de la persona jurídica, por el grave perjuicio que ocasionaba a los derechos de los más de cien trabajadores de la empresa, «con la finalidad de preservar los puestos de trabajo de la misma», *dixit*.

El fallo de esta temprana, importante e inaugural sentencia apunta pero no impone, por las exigencias del principio acusatorio, otras penas alternativas a la disolución de la empresa menos lesivas para los derechos de los trabajadores como es la intervención judicial de la empresa. Así su FJ 10º dice: «En otras ocasiones semejantes, no en ésta en la que no se formuló por la acusación pretensión alguna al respecto, se podría considerar también la oportunidad de aplicar la pena de intervención judicial de la persona jurídica que, según el propio art. 33.7 g) CP, tiene como principal finalidad “... salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años”»²¹.

Será pues el sentido de esa pequeña aportación al *liber amicorum* el ofrecer al amable lector unos apuntes o notas sobre el efecto que tiene en los derechos de los trabajadores las sanciones penales a sus empresas, en virtud de la RPPJ, para analizar brevemente cómo se pueden salvaguardar los puestos de trabajo o, mejor dicho, cómo se pondera por el ordenamiento jurídico –penal y laboral– la colisión entre los derechos de los trabajadores y el ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

Téngase en cuenta que los derechos de los trabajadores a la permanencia de su puesto de trabajo no puede interpretarse como un simple derecho individual del trabajador sino como un elemento del principio rector de la política económica y social consagrado en el art. 40.1 *in fine* de la CE 1978 cuando se expresa que los poderes públicos «De manera especial, realizarán una política orientada al pleno empleo». Y que el art. 35.1 CE 1978, entre los derechos y deberes de los ciudadanos, proclama que «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia [...]»²².

Nos encontramos así frente a un dilema que debe resolverse con criterios de proporcionalidad y en el que está en juego derechos constitucionales y principios rectores de la política económica y social, que ponen enfrentados el *ius puniendi* del Estado y los derechos laborales constitucionalizados, que también obligan al propio Estado en la protección del derecho al trabajo y en la orientación de su política al pleno empleo.

²⁰ Véase mi comentario a la STS –2ª– nº 221/2016, de 16 marzo (Marchena) «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas *versus* Delito corporativo?», publicado en el *Diario La Ley* nº 8856, de 4 noviembre 2016.

²¹ Por otra parte, en el fallo de la sentencia referida se mantiene la pena de multa, «si bien con la posibilidad de un futuro fraccionamiento de pago, de conformidad con lo establecido en el art. 53.5 CP, lo que se inscribirá en la adopción de decisiones propia de la fase de ejecución de condena».

²² Recuérdesse que el art. 53.1 CE 1978 declara que «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos [...], si bien, como es conocido, la tutela privilegiada que establece el art. 53.2 CE no abarca a los derechos laborales citados por encontrarse ubicados en la sección 2ª del Capítulo segundo del Título I.

Dogmática penal y política criminal deben coordinarse para analizar con serenidad estas importantes cuestiones.

Ahora bien, antes de entrar en la materia indicada, quisiera reproducir un comentario que hice a raíz de la STS –2ª– nº 221/2016, de 16 marzo (Marchena) donde me preguntaba «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas *versus* Delito corporativo?»²³, dado que creo necesario contextualizar la RPPJ y su deriva jurisprudencial²⁴, que ha venido a recrear la regulación legal prevista en los arts. 31 bis a 31 quinquies del CP modificado por LO 1/2015, de 30 marzo²⁵, a través de unas claves no totalmente compartidas por la Fiscalía General del Estado, según sus Circulares 1/2011, de 1 junio (Conde-Pumpido Tourón) y 1/2016, de 22 enero (Madrugal), sobre todo en materia de carga de la prueba y *compliance*.

Así, decía en el aquel comentario jurisprudencial lo siguiente, que reproduzco fragmentariamente:

«Uno de los intelectuales más prestigiosos del mundo, el estadounidense NOAM CHOMSKY (1928) se refería en el documental *Requiem of the American Dream* (2015), Réquiem por el sueño americano, dirigido por Kelly Nyks, Peter D. Hutchison y Jared P. Scott, a la situación de EEUU durante la reciente crisis económica comparándola con la del 29.

»Destaca en su discurso crítico los principios de concentración de riqueza y poder, que determinan un círculo vicioso de forma que el poder financiero y económico representado por las grandes empresas tiene en sus manos a los partidos políticos mediante la financiación en sus costosas campañas electorales. Una vez conquistado el poder político éste devuelve al financiero con la legislación la cobertura y protección de sus intereses económicos así como la designación de los jueces del Supremo que perpetúan en sus sentencias los planteamientos que favorecen a esas grandes empresas.

»En el discurso de Chomsky van desfilando los modos de reducir la democracia para afrontar la desigualdad creciente en lugar “de reducir la desigualdad para consolidar la democracia” (Aristóteles), de moldear la ideología hacia el neoliberalismo, de rediseñar la economía e intensificar el papel de las instituciones financieras, de transferir la carga de la sociedad vía impuestos indirectos a la ciudadanía, de atacar la solidaridad mediante las privatizaciones, de dirigir a los reguladores, de diseñar las elecciones, de mantener a raya al “populacho” desarticulando a los sindicatos, de fabricar el consentimiento o la masa de consumidores borreguillos/acríticos y, por último, de marginar a la población fascinada por los conceptos alienantes del capitalismo financiero.

»Resulta especialmente lúcido su análisis de los derechos de las empresas.

»Recuerda que la XIV Enmienda de la Constitución de EEUU (1866/1868) establece que “no podrán infringirse los derechos de las personas sin un proceso legal”, precepto pensado para los esclavos liberados pero que se aplicó marginalmente a los mismos y, sin embargo, se extendió rápidamente a las empresas, a las que se les ha dado más derechos que a las personas físicas.

²³ Publicado en el *Diario La Ley* nº 8856, de 4 noviembre 2016.

²⁴ Una exposición sistemática de las SSTs –2ª– sobre RPPJ hasta la fecha de su publicación en VILLEGAS GARCÍA, M^a ANGELES, y ENCINAR DEL POZO, MIGUEL ÁNGEL, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. La Jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo», *Diario La Ley* núm. 9106, de 26 diciembre 2017, *dossier*. Se relacionan por orden cronológico las siguientes sentencias: 514/2015, de 2 septiembre (punto de partida); Pleno 154/2016, de 29 febrero (la cultura del respecto al Derecho); 221/2016, de 16 marzo (delito corporativo); 516/2016, de 13 junio (independencia entre la responsabilidad individual y la responsabilidad de la persona jurídica); 744/2016, de 6 octubre (el artículo 119 de la LÉCrim.); 121/2017, de 23 febrero (sobre el catálogo de delitos imputables a las personas jurídicas); 455/2017, de 21 junio (independencia entre la responsabilidad de la persona física y la responsabilidad de la persona jurídica. Actuación en beneficio directo o indirecto de la entidad); 583/2017, de 19 julio (estatuto procesal de la persona jurídica. Derecho a la última palabra); 688/2017, de 11 octubre (medidas de control eficaces para la prevención del delito).

²⁵ Con entrada en vigor el día 1 julio 2015, según disposición final 8ª de la LO 1/2015. BOE nº 77, de 31 marzo.

»Dice Chomsky, “Las empresas son ficciones jurídicas creadas por el Estado, podrán ser buenas o malas pero llamarlas personas es un escándalo. Las empresas obtuvieron derechos personales hace un siglo y eso se extendió a lo largo del siglo XX concediendo derechos a las empresas superiores a los de las personas. Mientras el concepto de personas se extendió para incluir a las empresas también se restringió para las personas físicas. Así los extranjeros indocumentados en EEUU no tienen derechos, no son personas. Pero General Electric es una persona, una persona inmortal y superpoderosa. Esta perversión de la moral elemental y del significado obvio de la ley es increíble”».

Se preguntará el lector a qué viene esta cita en un comentario jurisprudencial sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ahora llamado delito corporativo por nuestra Sala 2ª TS.

Sólo he pensado que sería conveniente contextualizar el debate jurídico sobre la controvertida responsabilidad penal de las personas jurídicas mirando uno de los países en los que se encuentra su origen, es decir, EEUU, como demuestra mi compañero VERCHER NOGUERA, A., en relación con los programas de prevención o *compliance program*, en su excelente artículo «La persona jurídica y el sistema de *compliance* en el Código Penal. Su aplicación en el contexto ambiental», *Diario La Ley* núm. 8833 de 28 septiembre 2016²⁶.

Ahora bien, con independencia de que la Sala 2ª TS (STS –2ª– Pleno 154/2015), por sólo un voto de diferencia, recuerden que el Presidente del Tribunal Supremo de EEUU, el famoso juez Marshall (1755-835) decía que «la Justicia era lo que de cinco magistrados decidían tres», ha asumido en relación con el núcleo esencial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, una tesis contraria a la expresada por la FGE en sus Circulares 1/2011 y 1/2016, lo bien cierto es que, a pesar de intenso debate doctrinal suscitado, nos encontramos que la Sala 2ª TS se ha convertido en un legislador penal, creando el llamado «delito corporativo», que por mucho que se busque en el Libro II de nuestro Código punitivo no se encuentra, ya que sólo en el Libro I, el art. 31 bis se refiere a «delitos» cometidos por las personas jurídicas y no a un delito corporativo. ¿Desde cuando se definen los delitos en el Libro I del CP y no en el Libro II?

También la respetada Sala 2ª TS, al interpretar la eximente del art. 31 bis 2º y 4º CP sobre los programas de prevención o *compliance*, se ha convertido en moduladora de nuestra dogmática penal, en este caso, a partir de sistemas legislativos foráneos como el anglosajón, cuyo paradigma es el estadounidense. Eso sí, en contra de lo que en sí es la dogmática de cada país que se construye a partir de su propio sistema histórico y legislativo (*cf.* MIR PUIG recordado por RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas [al hilo de las SSTs 514/2015, 154 y 221/2016]», *Diario La Ley* núm. 8766, de 20 mayo 2016).

En esa interpretación judicial se otorgan más derechos penales a las personas jurídicas que a las físicas, ya que si una persona física comete un delito si la alega tiene que acreditar la concurrencia de una eximente de su responsabilidad penal mientras que si lo comete una persona jurídica la prueba de la eximente prevista en el art. 31 bis 2º y 4º CP no le corresponde a ella sino a quién le acusa. Es decir, la persona jurídica es una privilegiada penal frente a las personas físicas.

²⁶ Véase también GÓMEZ-JARA, C.: *La responsabilidad penal de las empresas en los EEUU*, Centro de Estudios Ramón Areces, Sevilla, 2006. Y VILLEGAS GARCÍA, Mª ANGELES: *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*, Thomson Reuters-Aranzadi, febrero 2016.

De ahí, la mirada, sólo la mirada al discurso crítico de Chomsky. No se nos interprete mal. Ya sabemos que, según los patriotas de uno u otro país, afortunadamente ni España es EEUU ni viceversa.

Sobre el caso concreto que resuelve esta sentencia no está de más señalar que nadie invocó la existencia de un programa de prevención o *compliance*. Seguramente, porque no existía. ¿No habrá mayor incumplimiento de la norma penal que la inexistencia del *compliance*?

Por otro lado, la tesis del fiscal rechazada por la Sala 2ª TS sólo trataba de poner de manifiesto lo ficticio del supuesto, ya que la misma persona física a la que se le tomó declaración era la representante legal de la jurídica. En términos más descriptivos, con la tesis jurisprudencial, una vez tomada declaración en concepto de persona física se debería esa persona física *poner el sombrero* de representante legal de persona jurídica y haberle tomado declaración previa su imputación en esa calidad. Por supuesto, no en unidad de acto sino imaginamos que sucesivamente. «Ahora soy persona física ahora soy representante legal de la persona jurídica». Si esto no es un formalismo o juego malabar de chisteras, el amable lector opinará.

Para finalizar, en realidad, cómo negarlo, no resulta nada extraño para la coherencia del sistema esta nueva *vuelta de tuerca* a favor de los derechos de las empresas bajo los sacrosantos principios liberales o neoliberales pensados para las personas físicas y, por supuesto, también o ¿sólo? para las jurídicas.

En efecto, no es extraño si se observan las abrumadoras reformas legislativas en nuestro país de los años 2014 y 2015, en plena crisis económica que ha hecho más ricos a los ricos y más pobres a los pobres, no sólo económicamente sino también jurídicamente.

Así, en el ámbito del Derecho Mercantil de Sociedades de Capital sobre el gobierno corporativo con *dispensas* al deber de lealtad de los administradores o supuestos de transacción y renuncia a la acción social de responsabilidad (*v. gr.* arts. 230 y 238, respectivamente, del TR Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2010, modificado por la Ley 31/2014), a las que me referí en mi artículo «Aspectos sobre la reforma de los delitos de administración desleal de patrimonios ajenos privados y de apropiación indebida tras la LO 1/2015», en *Revista Ministerio Fiscal* 1/2016, Fiscalía General del Estado, pp. 157 a 208 y más extensamente en el libro en común con SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos societarios y figuras afines*, Wolters Kluwer-La Ley, 4ª edición, 2017²⁷.

En la misma dirección, las reformas penales del 2015 (LO 1/2015) derogando el art. 295 CP/95, el delito societario de administración desleal con claras repercusiones en el orden socioeconómico²⁸, para convertirlo en un mero delito patrimonial en el art. 252 CP/2015 y rediseñando la responsabilidad penal de las personas jurídicas del art. 31 bis CP, introducida por LO 5/2010, especialmente en sus números 2º y 4º relativos a los *compliance program*, de forma que puedan prosperar interpretaciones jurídicas como las expresadas en la sentencia comentada, que sitúa *de facto* a las personas jurídicas en una impunidad *programada*.

Una *laudatio* entusiasta de la sentencia comentada en GÓMEZ-JARA, C., «Delito corporativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas: un desarrollo coherente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Diario La Ley* núm. 8830, de 23 septiembre 2016».

²⁷ Véase también mi estudio «Crisis económica y derecho penal económico: una interpretación», revista *SISTEMA* n° 246, abril 2017, pág. 57-80

²⁸ Véase mi estudio «Los delitos societarios ante la legislación *gatopardiana* de la crisis económica», *Diario La Ley* n° 8874, de 1 diciembre 2016.

Dicho lo anterior, veamos cómo se conjugan los derechos de las empresas, al parecer reforzados para proteger a sus directivos mediante las *compliance*, los derechos de los trabajadores y el *ius puniendi* del Estado.

2. SANCIONES PENALES A LAS PERSONAS JURÍDICAS CON TRASCENDENCIA EN LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES²⁹

a) Sanciones penales a la persona jurídica según CP/2010

En el CP se ha optado por establecer en su Libro II los delitos que pueden cometerse por la persona jurídica³⁰. Por ello, no compartimos la tesis jurisprudencial que entiende que las personas jurídicas sólo cometen un delito, el llamado «delito corporativo»³¹. Por el contrario, en cada uno de los delitos del Libro II del CP, que pueden cometer las personas jurídicas, se

²⁹ En el Derecho Comparado, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, RICARDO, nos indica que «[...] cuatro son las vías por las que los diferentes países de nuestro entorno establecen penas o sanciones por la responsabilidad de las personas jurídicas:

— Sanción penal de multa: Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia (sólo cuando también se haya podido penar a la persona física responsable), Holanda, Noruega, Reino Unido, Suiza (sólo cuando no pueda pensarse a la persona física responsable, salvo en corrupción, terrorismo, crimen organizado y blanqueo) y USA (cuando la empresa no se auto regule e incumpla determinados deberes de control para evitar el delito). Es también el sistema seguido por España, a partir de la LO 5/2010, de 22 de junio, imponiéndose, además de la pena de multa, más penas [...].

— Sanción administrativa cuasi-penal (pecuniarias administrativas impuestas por Juez): Austria (para todo delito del CP), Italia (prohibido en la Constitución) y Polonia.

— Sanción administrativa: Alemania y Portugal.

— Sanciones accesorias: Suecia y España (en el art. 129, pero sólo, a partir de la reforma del CP por LO 5/2010, de 22 de junio, a los entes y empresas sin personalidad jurídica)», en «Regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho comparado, con especial referencia al derecho europeo», *La Ley Penal* nº 112, Sección Artículos, Enero-Febrero 2015.

³⁰ Según la CFGE 1/2016, de 22 enero, epígrafe 2.2. los delitos atribuibles a las personas jurídicas en la Parte Especial del Código Penal son los siguientes, según ordinal del artículo: Tráfico ilegal de órganos humanos 156 bis.3; Trata de seres humanos 177 bis.7; Prostitución/ explotación sexual/ corrupción de menores 189 bis; Descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático 197 quinquies; Estafas 251 bis; Frustración de la ejecución 258 ter; Insolvencias punibles 261 bis; Daños informáticos 264 quater; Contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores 288; Blanqueo de capitales 302.2; Financiación ilegal de los partidos políticos 304 bis.5 ; Contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social 310 bis; Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros 318 bis.5; Urbanización, construcción o edificación no autorizables 319.4; Contra los recursos naturales y el medio ambiente 328; Relativos a las radiaciones ionizantes 343.3; Riesgos provocados por explosivos y otros agentes 348.3; Contra la salud pública 366; Contra la salud pública (tráfico de drogas) 369 bis; Contra la salud pública (tráfico de drogas) 369 bis; Falsificación de moneda 386.5; Falsificación de tarjetas de crédito y débitos y cheques de viaje 399 bis; Cohecho 427 bis; Tráfico de influencias 430; Delitos de odio y enaltecimiento 510 bis; Financiación del terrorismo 576. Se añade el delito de contrabando, conforme dispone el art. 2.6 de la L.O. 12/1995, de 12 diciembre, de represión del contrabando, modificada por la L.O. 6/2011. También, hay que señalar que en relación con los delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 318 y 318 bis), se niega su inclusión en este catálogo por la STS -2ª- 121/2017, de 23 febrero -Monterde-. Recuerda la CFGE 1/2016 que «El régimen del art. 129 CP se aplica a los delitos previstos para las personas jurídicas cuando se hayan cometido en el seno, con la colaboración, a través o por medio de entes carentes de personalidad jurídica, y se contempla también para los siguientes delitos: Relativos a la manipulación genética 162; Alteración de precios en concursos y subastas públicas 262; Negativa a actuaciones inspectoras 294; Delitos contra los derechos de los trabajadores 318; Falsificación de moneda 386.4; Asociación ilícita 520; Organización y grupos criminales y organizaciones y grupos terroristas 570 quater». Por último, sobre esta materia, la CFGE 1/2016 se muestra crítica con el legislador, al indicar que: «Los criterios por los que el Legislador asigna uno u otro régimen a determinados delitos no siempre resultan claros. La Circular 1/2011 (IV) ya reprochaba la defectuosa construcción jurídica de esta doble vía sancionadora de los arts. 31 bis y 129 CP, refiriéndose, entre otros, a los supuestos de los arts. 262, 386, 294 y 318, que mantienen tras la reforma las mismas deficiencias entonces ya advertidas. Particularmente llamativo es el caso de los delitos de falsificación de moneda del art. 386 CP, en el que, tras la reforma de 2015, coexiste en sus apartados. 4 y 5 el régimen del art. 129 con el del art. 31 bis. Las razones del difícil encaje de esta doble vía sancionadora para personas jurídicas y entes colectivos no dotados de personalidad jurídica hay que buscarlas, más que en puntuales desajustes en la asignación de uno u otro régimen, en la irrelevancia de la propia distinción, hoy superada por la realidad de la vida de los negocios, tanto legales como ilegales y por otros criterios de imputación más relevantes, como el de unidad económica, seguido en materia tributaria para determinar los grupos de empresas o el de la existencia de un patrimonio autónomo del ente colectivo. La aplicación de estos criterios evitaría, por ejemplo, que las UTEs, que no tienen personalidad jurídica, quedaran fuera del marco represivo de la persona jurídica. En todo caso, subyace cierta confusión en el Código Penal sobre qué delitos son atribuibles a las personas jurídicas, que en la selección actual ni siquiera se extiende a todos los delitos económicos susceptibles de comisión por ellas. Fuera de la delincuencia económica, otros delitos como las lesiones, la detención ilegal o hasta el homicidio no se contemplan en el catálogo previsto para las personas jurídicas, seguramente por razones de política criminal de prevención general, por más que quepa pensar en conductas de esta naturaleza en el contexto, por ejemplo, de una encarnizada competencia empresarial, y cometidas en claro y directo beneficio de la entidad».

³¹ Véase mi crítica en el comentario a la STS -2ª- nº 221/2016, de 16 marzo (Marchena): «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas versus delito corporativo?», publicado en el *Diario La Ley* nº 8856, de 4 noviembre 2016, citado.

establece la pena imponible y no existe una pena o penas imponibles por el «delito corporativo». La tesis del «delito corporativo» no explica la existencia de un delito sin pena, ya que este en sí mismo no la tiene por cuanto las penas vienen establecidas en los distintos delitos que puede cometer la persona jurídica.

Ahora bien, el Libro I dedica en su parte general, unas reglas aplicables al supuesto que contemplamos, que vamos a recordar a continuación. En concreto, en los arts. 33.7, 66 bis, 129. y 130.2 CP.

Recordemos el texto legal de dichos artículos³².

Art. 33.7 CP³³

«7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes³⁴:

a) Multa por cuotas o proporcional³⁵.

*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 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

³² ROCA DE AGAPITO, *op. cit.*, págs. 371 y 381, clasifica estas penas en pena principal, que reserva a la multa, y penas accesorias, para las demás. Sin embargo, aunque reconocemos que la pena principal en el régimen de RPPJ es la multa, desde una lectura del texto legal, ello no nos lleva a considerar penas accesorias las demás, que creemos pueden imponerse sin la multa. Es decir, no son accesorias a la principal sino también principales. Sólo pueden llamarse «consecuencias accesorias» las previstas en el art. 129 CP pero estas se refieren a *empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis*. La conclusión 7ª de la Circular FGE 1/2011 dice: «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», lo que sitúa la posibilidad de que la pena de multa no sea la solicitada y si las otras penas imponibles a las personas jurídicas.

³³ Número 7 del artículo 33 introducido por el apartado quinto del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 23 junio). Vigencia: 23 diciembre 2010.

³⁴ Negritas nuestras.

³⁵ La pena de multa (art. 50.3 y 4 y art. 52.4 CP) aunque resulta ser la más importante en la RPPJ, su dimensión laboral sólo vendrá dada si se acude a la vía de apremio en caso de impago y ello repercute en la viabilidad económica de la empresa, ya que obviamente no es posible la responsabilidad personal subsidiaria establecida en el art. 53 CP, ya que al referirse a privación de libertad sólo es predicable para las personas físicas. Por otro lado, sobre esta pena en la persona jurídica, véase FARALDO CABANA, PATRICIA, «La obligatoria modulación de las multas penales impuestas a la persona jurídica y a la persona física», *La Ley Penal* nº 115, Sección Estudios, Julio-Agosto 2015.

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.»

Este artículo no ha sufrido modificaciones en la reforma del CP operada por LO 1/2015, de 30 marzo.

Art. 66 bis CP³⁶

«En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del primer número del artículo 66, así como a las siguientes:

1.ª En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta:

a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.

*b) Sus consecuencias económicas y sociales, **y especialmente los efectos para los trabajadores**³⁷*

c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

2.ª Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.

Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

a) Que la persona jurídica sea reincidente.

b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. 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.

Cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años.

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.ª del apartado 1 del artículo 66.

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.»

³⁶ Artículo 66 bis introducido por el apartado decimoctavo del artículo único de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 23 junio).

Regla 2.ª del artículo 66 bis redactada por el número treinta y dos del artículo único de LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015

³⁷ Negritas nuestras.

Art. 129 CP³⁸

«1. En caso de delitos 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 artículo 31 bis**³⁹, 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 las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita⁴⁰.

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 por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas⁴¹.

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 artículo 33.7.»

Art. 130.2 CP⁴²

«2. **La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal**⁴³, 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.»

Resumiendo, puede sostenerse lo siguiente:

a) **Los derechos de los trabajadores se erigen por el legislador ex art. 66 bis 1.b) CP como un límite a tener en cuenta para la imposición de las penas a que se refieren los apartados b) a g) del art. 33.7 CP, que son la disolución, suspensión, clausura, prohibiciones, inhabilitaciones e intervención judicial de la empresa.**

³⁸ Artículo 129 redactado por el apartado trigésimo primero del artículo único de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 23 junio). Vigencia: 23 diciembre 2010

³⁹ Negritas nuestras.

⁴⁰ Número 1 del artículo 129 redactado por el número sesenta y nueve del artículo único de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015.

⁴¹ Número 2 del artículo 129 redactado por el número sesenta y nueve del artículo único de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015.

⁴² Número 2 del artículo 130 introducido por el apartado trigésimo segundo del artículo único de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 23 junio). Vigencia: 23 diciembre 2010.

⁴³ Negritas nuestras.

b) *Ex art. 129 CP*, para 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 artículo 31 bis se podrán imponer al autor del delito las penas del art. 33.7 CP apartados c) a g) y la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad lícita, en calidad de consecuencias accesorias. Al remitirse al art. 33.7 CP deberá tenerse en cuenta lo ya dicho *supra* en relación con el límite que supone la protección de los derechos de los trabajadores.

c) Por último, las maniobras societarias realizadas con el fin de eludir la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante su transformación, fusión, absorción o escisión, o disolución encubierta o meramente aparente, no tendrán efecto ya que se trasladará esa responsabilidad a las entidades resultantes *ex art. 130.2 CP*, en las que también deberá tenerse en cuenta la protección de los derechos de los trabajadores.

Visto el régimen penal positivo, analicemos ahora cuales son esos efectos laborales de las sanciones penales en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

b) Efectos laborales de las sanciones penales en las relaciones individual, colectiva y de seguridad social del contrato de trabajo.

La Fiscalía General del Estado, a la vista de la reforma del CP operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 junio, ya emitió la Circular 1/2011, de 1 junio (Conde-Pumpido Tourón), que sintetizamos en su día⁴⁴.

En relación con las penas imponibles a las personas jurídicas, dijo lo siguiente:

«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.

»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.

»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**

⁴⁴ Véase «Sobre el estatuto penal de la persona jurídica como sujeto responsable. A propósito de la Circular de la FGE 1/2011», publicado en el *Diario La Ley* nº 7665 de 4 julio 2011.

refiere el artículo 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»⁴⁵.

Es decir, la protección de los derechos de los trabajadores se invocaba como un elemento determinante para la elección de la pena a solicitar por la Fiscalía en los procesos penales abiertos contra las personas jurídicas.

La Circular 1/2016, de 22 enero (Madrigal), reitera la vigencia de la ya citada y debe interpretarse que mantiene las mismas consideraciones expuestas *ut supra* sobre esta materia, por cuanto no contiene pronunciamiento alguno sobre el particular, siendo una Circular más centrada en los presupuestos de la RPPJ⁴⁶ que en las sanciones.

Dicho lo anterior, a efectos sistemáticos, cabe clasificar los efectos laborales de las sanciones penales a las personas jurídicas en función a cada una de estas sanciones, según su gravedad y atendiendo a su trascendencia en la triple relación laboral y de seguridad social, conforme a la dogmática *iustlaboralista*⁴⁷, es decir, relación individual de trabajo, colectiva o de la seguridad social.

Téngase en cuenta que estas sanciones penales están previstas como sanciones definitivas que se impongan en las sentencias pero que el art. 33.7.g) tercer párrafo CP las admite como medida cautelar, al indicar que «La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa».

a) Sanciones permanentes. Disolución de la persona jurídica⁴⁸ y prohibición definitiva de actividades.

Recordemos que según el art. 33.7.b) CP, «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» y que, según

⁴⁵ Negrita nuestra.

⁴⁶ Sus epígrafes son los siguientes: 1. Consideraciones preliminares. 2. El modelo de responsabilidad de la persona jurídica tras la reforma del artículo 31 bis del Código Penal. 2.1 Los títulos de imputación de la persona jurídica. 2.2 Los delitos atribuibles a las personas jurídicas en la Parte Especial del Código Penal. 2.3 Las personas físicas capacitadas para transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica de la letra a) del artículo 31 bis.1. 2.4 El beneficio directo o indirecto de la persona jurídica. 2.5 El incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de la letra b) del artículo 31 bis 1. 3. Personas jurídicas imputables e inimputables. 4. Las personas jurídicas públicas exentas de responsabilidad. 5. El régimen de exención de responsabilidad de las personas jurídicas: los modelos de organización y gestión. 5.1 Antecedentes y principios generales. 5.2 El régimen de exención de los dos títulos de imputación de la persona jurídica. 5.3 Condiciones y requisitos de los modelos de organización y gestión. 5.4 El oficial de cumplimiento. 5.5 El régimen especial de las personas jurídicas de pequeñas dimensiones. 5.6 Criterios para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión. 5.7. Naturaleza de la exención y carga de la prueba. 6. Cláusula de vigencia. 7. Conclusiones. Una crítica a esta Circular por retornar al sistema vicarial de la RPPJ sostenido en la CFGE 1/2011 y no admitir la autorresponsabilidad de la PJ, en GUTIÉRREZ PÉREZ, ELENA, «La Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado sobre personas jurídicas o el retorno a los ecos del pasado», en *Diario La Ley* núm. 8707, de 22 febrero 2016.

⁴⁷ *Cfr.* GARCÍA NINET, J.I., *et alri*, Derecho del Trabajo, Barcelona, Atelier, 9ª edición, 2016.

⁴⁸ Silvela, L., *op. cit.*, pág. 202, nota 1, en el año 1874, opinaba que «La disolución no es Pena, pues en primer lugar no exige que haya delito, toda vez que las Sociedades se disuelven por voluntad de los socios, por cumplimiento del fin social, por no poderlo llenar, y por otras mil causas. Cuando el Estado la decreta justamente no hace otra cosa más que declarar que ha acaecido alguna de ellas, ó que la Sociedad no debe subsistir por no proponerse fin justo, ó por no emplear medios lícitos para alcanzarle. Todo esto puede revelarse por los Delitos cometidos por los socios; pero siempre la mera disolución ó suspensión no es más que impedir, perpétua ó temporalmente, que la Asociación se emplee como medio de infringir el Derecho. Contiene, por consiguiente, un grave error el art. 19 de la Constitución española de 1869 cuando dice “á toda asociación cuyos individuos delinquieren por los medios que la misma les proporciona, se le podrá imponer la Pena de disolución”; lo cual se revela en el párrafo siguiente del mismo artículo que dispone que “la autoridad gubernativa podrá suspender la asociación que delinca sometiendo en contenti los reos al juez competente”. Pues su la asociación es la que ha delinquido ¿por qué no someterla como reo al juez competente?».

el art. 33.7.e) CP la prohibición definitiva será para «de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito».

Esta pena equivale a la pena de muerte de la persona jurídica.

Sobre la disolución, la Circular FGE 1/2011, apartado V.2, señala que «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 artículo 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».

ROCA DE AGAPITO (2014) sostiene que «Con carácter general, es una pena facultativa, aunque para casos de organización de actividad ilícita (arts. 520, 569 y 570 quater CP) se ha previsto con carácter preceptivo. Y es precisamente, dada la gravedad que comporta y a que puede afectar también a terceros (trabajadores, clientes, proveedores, auxiliares, acreedores...) debe reservarse para los casos más graves, como pueden ser aquellos de sociedades instrumentales o sociedades fachada, de multirreincidencia, o de perjuicios a un grupo muy numeroso de personas»⁴⁹.

b) Sanciones temporales que no podrán exceder de cinco años. Suspensión, clausura y prohibición de actividades temporal⁵⁰.

Según el art. 33.7.c), d) y e) CP, respectivamente, la *suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años. La clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años. La 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.*

Dicho lo anterior, veamos la dimensión laboral de estas sanciones penales.

a) ¿Es fuerza mayor?

Estas medidas afectan a la suspensión de los contratos de trabajo cuando es una clausura temporal [arts. 45.1 apartado i) y 47 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, en lo sucesivo TRET] o a su extinción [arts 49.h) y 51 del TRET] cuando es definitiva.

Una sentencia judicial que ordene la adopción de alguna de estas medidas viene considerándose como un caso de fuerza mayor.

⁴⁹. *Op. cit.* pág. 391.

⁵⁰. Según la Circular FGE 1/2011, apartado V.5, «[...] 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».

En el texto legislativo anterior, el Prof. ALBIOL MONTESINOS⁵¹ indicaba que «las causas de la fuerza mayor podían ser hechos catastróficos (incendios, plagas, guerras inundaciones, terremotos, etc.) o simples hechos imposibilitantes no catastróficos (fuerza mayor impropia). Así, por ejemplo, en este último sentido, el denominado *factum principis* o decisión de los poderes públicos, imprevisible o inevitable, que recaiga sobre una empresa e impida la continuación de la prestación laboral. En todo caso, la involuntariedad resulta esencial, ya que, si no es así, no hay fuerza impropia sino un cierre de la empresa basado en una ilicitud empresarial previa».

De modo más sistemático y actual cabe decir que la fuerza mayor de efectos extintivos según los textos legales y la abundante doctrina judicial exige:

1º) que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo, siempre que su existencia haya sido debidamente constatada y autorizada conforme a lo dispuesto en el art. 51.7 TRET, ya que en caso contrario estaríamos ante un despido nulo (art. 124.11, pfo. cuarto de la Ley del Régimen Jurídico de la Jurisdicción Social.

2º) que estemos ante sucesos o acontecimientos imprevisibles o inevitables (*vid.* art. 1105 del Código Civil) de carácter extraordinario.

3º) que sea externa a la propia actividad empresarial y ajena a la voluntad de las partes del contrato, o sea involuntaria y no imputable al empresario.

4º) que estemos y solo a título de ejemplo, ante acontecimientos extraordinarios catastróficos, o decisiones administrativas o judiciales (*factum principis*) imprevisibles o inevitables, expropiaciones, prohibiciones, incautaciones, rescates de concesiones administrativas, etc.

Obviamente no se consideran supuestos de fuerza mayor casos tales como aquellos hechos que no son ajenos al círculo de responsabilidad y/o control empresarial, o actos u omisiones voluntarias del empresario, por ej. graves infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo.

En todo caso, es preciso que la fuerza mayor imposibilite realmente la prosecución de la prestación laboral de forma definitiva (ya sabemos que también puede ser temporal pero no con efectos extintivos sino suspensivos del contrato de trabajo)⁵².

En el año 1993⁵³, centrados sólo en el delito ecológico, sosteníamos que «en esta materia, la concurrencia de voluntariedad en el ilícito empresarial, en la infracción penal ecológica, debe ser estudiada con detenimiento ya que, por un lado, si se adopta por el Tribunal la medida de clausura de la empresa es como consecuencia de la apreciación de la comisión de un delito y éste viene definido doctrinalmente como acción típica, antijurídica, culpable y punible, así como en el art. 1 del Código Penal como acción y omisión dolosa o culposa penada por la ley, de donde se deduce la necesidad de la concurrencia de voluntariedad en el ejercicio de la acción y de cierto grado de intencionalidad, que modula este último la contravención en culposa o dolosa.

⁵¹ En el Manual dirigido por SALA FRANCO, T., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Lección 20, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, págs. 23 y ss.

⁵² Si fuese temporal originaría simplemente la suspensión del contrato (art. 45.1 letra l) TRLET 2015. Si se tratase de un contrato de trabajo por tiempo determinado, una imposibilidad temporal habría que considerarla definitiva a efectos de extinción del mismo, aplicando la doctrina de la desaparición de la base del negocio, ya que se puede frustrar definitivamente la ejecución de lo pactado si la prestación no se realiza precisamente en ese tiempo.

⁵³ «Aproximación...», citado.

»Ello nos llevaría en todos los supuestos a apreciar responsabilidad empresarial al margen de la consideración de fuerza mayor por esta causa, que supondría el pago de salarios (en caso de suspensión) o el de las indemnizaciones correspondientes (en supuesto de extinción o despido).

»Ahora bien, por otra parte, hay que destacar que la medida de clausura se establece en el art. 347 bis del Código Penal con un carácter potestativo, facultad de la que puede hacer o no uso el Tribunal y que, por consiguiente, en cierta manera, escapa a la voluntad del infractor, lo que permitiría mantener la integración de esta causa en la fuerza mayor.

»Tal vez lo importante en este tema sería observar que la medida de clausura o intervención afecta a la empresa, que no tiene capacidad de culpabilidad en nuestro ordenamiento jurídico-penal, y no al empresario persona física infractor y sujeto activo del delito. Como se ve, esta materia está relacionada con la ya referida supra acerca de la responsabilidad de las personas morales o jurídicas».

Pero, en la actualidad, consagrada la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no puede afirmarse que la empresa no tenga capacidad de culpabilidad, ya que si la tiene más por imperativo legal que desde la tradicional visión antropocéntrica de la culpabilidad penal.

b) El procedimiento común del expediente de regulación de empleo previsto en el artículo 51 del TRLET y la Directiva comunitaria 98/59/CE, del Consejo de 20 de julio de 1998 sobre despidos colectivos

En el Derecho español del Trabajo, cuando un empresario se ve obligado a la clausura temporal o definitiva de la empresa por causas tecnológicas, económicas o derivadas de fuerza mayor tiene que seguir el procedimiento marcado en los arts. 47 y 51 TRLET, completado por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (BOE del 30).

En el actual TRLET (art. 51) el papel de la autoridad laboral ha variado considerablemente, pues su presencia es más determinante en los supuestos de fuerza mayor que en los demás despidos colectivos económicos, pues en la fuerza mayor ha de constatar ella la existencia de la misma, o sea verificar y autorizar, aunque después sea el empresario el que pueda adoptar la decisión de extinguir o suspender los contratos de trabajo, o dejar de hacerlo, o adoptar otras medidas menos traumáticas para los trabajadores. En tal sentido el vigente art. 51.7 TRLET, por lo que se refiere a los casos de fuerza mayor dispone:

1º) Que la existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de la extinción de los contratos de trabajo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de los trabajadores afectados, previo procedimiento tramitado conforme a lo dispuesto en este apartado y en sus disposiciones de desarrollo reglamentario.

2º) Que el procedimiento se iniciará mediante solicitud de la empresa, acompañada de los medios de prueba que estime necesarios y simultánea comunicación a los representantes legales de los trabajadores, quienes ostentarán la condición de parte interesada en la totalidad de la tramitación del procedimiento.

3º) Que la resolución de la autoridad laboral se dictará, previas las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días desde la solicitud y deberá limitarse, en su caso, a constatar o no la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa, correspondiendo a

esta la decisión sobre la extinción de los contratos, que surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor.

4º) Que la empresa deberá dar traslado de dicha decisión a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral.

5º) Que la autoridad laboral que constate la fuerza mayor podrá acordar que la totalidad o una parte de la indemnización que corresponda a los trabajadores afectados por la extinción de sus contratos sea satisfecha por el Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio del derecho de este a resarcirse del empresario (*vid.* art. 24 LRJS⁵⁴).

Respecto de quien sea ahora la autoridad laboral competente habrá que estar a lo que dispone con gran detalle el art. 25 del citado Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

El citado Profesor ALBIOL⁵⁵ indicaba que «en el ordenamiento laboral se efectúa una inversión de la doctrina civil de los riesgos, al necesitarse la constatación de la existencia de fuerza mayor por parte de la autoridad laboral, eliminándose así el juego automático de la fuerza mayor (arts. 1105 y 1114 del Código Civil)».

Y así es, y así se constata con la simple lectura del art. 51.7 antes transcrito. Lo anterior no obsta, como acabamos de ver que la extinción tenga efectos *ex tunc* («desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor»: art. 51.7, párrafo tercero TRLET, si bien, mientras la autoridad laboral no resuelva (tiene un escaso plazo de 5 días desde la petición), el empresario deberá abonar los salarios correspondientes. Sólo cuando medie resolución administrativa favorable, los trabajadores deberán devolver los salarios percibidos, sin bien la mensualidad salarial palia algo este tipo de problemas».

Para cierto sector doctrinal esta solución ha sido considerada como absurda diciendo que lo lógico hubiera sido (SUÁREZ GONZÁLEZ), en lugar de constatar judicialmente (ahora es una constatación administrativa a favor de los derechos de la parte contratante más débil) un hecho notorio hacer jugar en el orden laboral el art. 1105 del Código Civil y posibilitar al empresario *per se* la extinción del contrato de trabajo, con la posibilidad de que el trabajador pueda solicitar posteriormente la revisión judicial de aquellas decisiones.

Indudablemente, la exigencia de una autorización administrativa para extinguir los contratos de trabajo por fuerza mayor se justificaría por la necesidad de constatar la existencia de los hechos alegados, eliminando cualquier intencionalidad culpable en su producción por parte del empresario⁵⁶.

El nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas y la posibilidad de alegar culpabilidad de la empresa permite augurar un nuevo debate ahora sobre la falta o no de intencionalidad en la comisión del hecho delictivo y una revisión del planteamiento anterior a esa responsabilidad que exigía la inexistencia de intencionalidad culpable en la producción del hecho para apreciar la fuerza mayor.

⁵⁴ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE núm. 245, de 11/10/2011).

⁵⁵ En Lección 20 del *Manual Lecciones de Derecho del Trabajo*, citado.

⁵⁶ Véanse las consideraciones que se han hecho anteriormente sobre el concepto de fuerza mayor aplicado a una condena penal por comisión de delito ecológico, donde gravita como elemento esencial del delito la culpabilidad del sujeto activo, si bien observese que la medida de clausura o intervención afecta directamente a la empresa y no a la persona física del empresario.

No obstante, pensamos que serían compatibles las exigencias anteriores si estimamos que la consideración de fuerza mayor a las penas con dimensión laboral imponibles a las personas jurídicas no deriva tanto del hecho delictivo sino su consecuencia penal. Y ésta no depende ya de la persona jurídica sino del Tribunal sentenciador, conforme a su arbitrio judicial, lo que puede resituar el escenario de la falta de intencionalidad culpable en la producción de la fuerza mayor por parte de la persona jurídica al desplazarse la pena a la órbita judicial, que dispone de varias penas alternativas a imponer, y no al ámbito de decisión estricto de esa persona jurídica.

Pero es que aquí tampoco el ordenamiento laboral resulta excesivamente acertado, en cuanto que señala que la autoridad laboral «resolverá sobre la petición previas las diligencias indispensables que fueran precisas en el plazo de cinco días» (art. 51.7, párrafo 3º TRLET). Plazo a todas luces brevísimo para averiguar «ni el grado de intencionalidad del evento y la consiguiente responsabilidad, ni tampoco la medida en que ello afecta a la empresa y sus actividades futuras» (SUÁREZ GONZÁLEZ).

El Real Decreto 1483/2012 aclara que en el supuesto de que, instruido el procedimiento, no se haya constatado la existencia de la fuerza mayor alegada, se podrá iniciar el oportuno procedimiento de despido colectivo o de suspensión de contratos o reducción de jornada, de acuerdo con lo establecido en el Título I (art. 33.4).

Asimismo, sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, la resolución de la autoridad laboral que no haya constatado la existencia de fuerza mayor alegada por la empresa podrá ser impugnada por el empresario ante la jurisdicción social (art. 33.5 del RD 1483/2012).

Del mismo modo y en sentido contrario, los trabajadores podrán impugnar la decisión empresarial sobre la extinción de contratos o las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada en los términos establecidos en los artículos 15 y 24 (art. 33.6 del RD 1483/2012).

Caso de demandarse al empresario por haber resuelto los contratos por fuerza mayor sin contar con la debida y previa autorización de la autoridad laboral competente la sentencia declarará nula la decisión extintiva si el empresario no hubiera respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del TRLET. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta misma LRJS, con las consecuencias de la inmediata readmisión de los trabajadores y el abono de los salarios dejados de percibir (art. 124.11, párrafo 4º LRJS).

c) Responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial o FOGASA

El art. 51.7 párrafo cuarto TRLET dispone que «La autoridad laboral que constate la fuerza mayor podrá acordar que la totalidad o una parte de la indemnización que corresponda a los trabajadores afectados por la extinción de sus contratos sea satisfecha por el Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio del derecho de este a resarcirse del empresario».

El art. 51.4 TRLET no fija directamente las indemnizaciones por despido colectivo, pero señala que, alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los

trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el art. 53.1 TRLET. A tal efecto, la indemnización será de veinte días de salario por año trabajado, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

En caso de incumplimiento empresarial del pago de las indemnizaciones debidas por el despido o si existiese disconformidad respecto de su cuantía, el trabajador podrá, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.2.g) del TRLET, demandar ante el Juzgado de lo Social competente el pago de la misma o, en su caso, el abono de las diferencias que a su juicio pudieran existir (art. 15 del RD 1483/2012).

Tal y como se recoge en el art. 33.2 del TRLET el FOGASA abonará las indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los arts. 50, 51 y 52 de esta Ley, y de extinción de los contratos conforme al art. 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

En todos los casos con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, ante una clausura de una empresa decretada por la autoridad gubernativa y confirmada por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo⁵⁷, presentadas reclamaciones por los trabajadores contra el Fondo de Garantía Salarial en pago de indemnizaciones en virtud de sentencias de despido, estableció la doctrina [sentencias 21 de julio de 1990 (núm. 705/90), 9 de febrero de 1991 y 20 de abril de 1991 (núm. 489/91)] según la cual una vez abonada la indemnización sustitutoria por el Fondo de Garantía Salarial en el Expediente de Regulación de Empleo no procede el pago de indemnizaciones derivadas de despido, al no ser estos últimos tales despidos, ya que en el Expediente de Regulación de Empleo se habían extinguido las relaciones laborales existentes en la empresa.

d) Peculiaridades en el régimen de suspensión del contrato por fuerza mayor temporal: efectos laborales: expediente regulación de empleo, Seguridad Social: cotización: automaticidad de las prestaciones: desempleo

El art. 45.2 del TRLET dice que la suspensión del contrato de trabajo exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo. La doctrina⁵⁸ ha clasificado esta situación suspensiva entre las ausencias del trabajador en su puesto de trabajo que producen pérdida de salario con mantenimiento de empleo y reserva de puesto de trabajo, frente a las que suponen similares efectos pero sin reserva de puesto de trabajo pérdida de empleo y sin pérdida de empleo ni de salario.

En efecto, el art. 48.1 del TRLET dispone que «al cesar las causas legales de suspensión, el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado...».

⁵⁷ Caso PRODIECU, S.A., sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Nacional de 22 de diciembre de 1986 y sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de fecha 23 de marzo de 1987 (Ar. núm. 1578). Se trataba de una entidad de minusválidos que ejercía prácticas de juego de azar (lotería) prohibidas en normas preexistentes.

⁵⁸ Por todos, ver ALBIOL, en Lección 19, del *Manual Lecciones de Derecho del Trabajo*, cit., pág. 604.

Como recuerda la doctrina⁵⁹, «en cuanto al mantenimiento de otros derechos durante el período suspensivo, el ET⁶⁰ guarda silencio. Así, el cómputo de la antigüedad de su vigencia no viene garantizado expresamente más que en el supuesto de excedencia forzosa del art. 46.1 del ET, si bien cabría deducirlo a sensu contrario del art. 45.2 del ET».

La sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 4 de junio de 1985 vino a declarar sobre la normativa entonces vigente que «debe tener en cuenta que otras causas de suspensión del contrato de trabajo enumeradas, junto al servicio militar y a la excedencia forzosa, en el art. 45 del Estatuto de los Trabajadores, no son excluyentes del cómputo de su tiempo a efectos de antigüedad en la empresa aunque no lo diga expresamente el Estatuto de los Trabajadores, cuales son la incapacidad laboral transitoria, la maternidad de la mujer trabajadora o la fuerza mayor temporal, lo que acredita la inaplicabilidad en esta materia del principio interpretativo *inclusio unius exclusius alterius*».

«Con carácter general, cabe señalar que, dada la permanencia del vínculo contractual, empresario y trabajador siguen sometidos a las exigencias de la buena fe (art. 20.2 del ET). Igualmente, habrá que entender vigente durante la situación de suspensión del contrato de trabajo la obligación de no concurrencia del trabajador al empresario, cuando esta concurrencia pueda estimarse desleal (art. 21 del ET).»

b) Prestaciones de la Seguridad Social⁶¹

1. Cotización

A nivel de Seguridad Social, el art. 144 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (en lo sucesivo TRLGSS), aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (BOE del 31), determina en su art.144, al tratar de la duración de la obligación de cotizar, entre otros extremos de interés, los siguientes:

1. Que la obligación de cotizar nacerá con el inicio de la prestación del trabajo, incluido el período de prueba.
2. Que la obligación de cotizar se mantendrá por todo el período en que el trabajador esté en alta en el Régimen General o preste sus servicios, aunque estos revistan carácter discontinuo.
3. Que la obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, en la de maternidad, en la de paternidad, en la de riesgo durante el embarazo y en la de riesgo durante la lactancia natural, así como en las demás situaciones previstas en el artículo 166 en que así se establezca reglamentariamente, y.
4. Que la obligación de cotizar por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales existirá aunque la empresa, con infracción de lo dispuesto en esta ley, no tuviera establecida la protección de su personal, o de parte de él, respecto a dichas contingencias. En tal caso, las primas debidas se devengarán a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social.

⁵⁹ ALBIOL, Lección 19, p. 614 del *Manual Lecciones de Derecho del Trabajo*, cit.

⁶⁰ Las referencias al ET (Estatuto de los Trabajadores) hay que entenderlas hoy día al TRLET (Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), ya citado.

⁶¹ Vid. GARCÍA NINET, J.I., GARCÍA VIÑA, J., y VICENTE PALACIO, A. (directores), *Manual básico de Seguridad Social*, Atelier, Barcelona, 2016.

De conformidad con el art. 166 del TRLGSS, que regula las distintas situaciones asimilada a la de alta, cabe hacer alusión, entre otros, a los siguientes supuestos:

1. A los efectos indicados en el artículo 165.1, la situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia será asimilada a la de alta.
2. A los casos que señale el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, que podrán ser asimilados a la situación de alta para determinadas contingencias, con el alcance y condiciones que reglamentariamente se establezcan.

Y, aparte de todo lo anterior, el Gobierno, a propuesta del titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y previa la determinación de los recursos financieros precisos, podrá extender la presunción de alta a que se refiere el apartado anterior a alguna o algunas de las restantes contingencias reguladas en el presente título.

Lo establecido en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de la obligación de los empresarios de solicitar el alta de sus trabajadores en el Régimen General, conforme a lo dispuesto en el artículo 139, y de la responsabilidad empresarial que resulte procedente de acuerdo con lo previsto en el artículo siguiente.

En consecuencia, la suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor, siempre y cuando provoque la percepción del subsidio de desempleo total, podrá reconducirse al supuesto del número 1 del referido art. 166 (desempleo total y subsidiado), y ser apreciada como asimilada al alta; en caso contrario, vemos difícil su encaje en esta asimilación.

Ello es importante porque el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social (art. 136 del TRLGSS) y el alcance de la acción protectora (art. 155 del TRLGSS) se refiere exclusivamente a trabajadores por cuenta ajena o asimilados.

2. Automaticidad de determinadas prestaciones de Seguridad Social en casos de infracciones empresariales: accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo

A los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General, se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiera incumplido sus obligaciones. Igual norma se aplicará a los exclusivos efectos de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral (art. 166.4 TRLGSS).

3. Desempleo

El Título III del TRLGSS regula *in extenso* la Protección por Desempleo, debiendo destacar los siguientes aspectos, de conformidad con el art. 262:

1º. Que el presente título tiene por objeto regular la protección de la contingencia de desempleo en que se encuentren quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo, en los términos previstos en el artículo 267.

2º. Que el desempleo será total cuando el trabajador cese, con carácter temporal o definitivo, en la actividad que venía desarrollando y sea privado, consiguientemente, de su salario.

3º. Que a estos efectos, se entenderá por desempleo total el cese total del trabajador en la actividad por días completos, continuados o alternos, durante, al menos, una jornada ordinaria de trabajo, en virtud de suspensión temporal de contrato o reducción temporal de jornada,

decididas por el empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 del TRLET o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal.

4º. El desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 por ciento, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción.

A estos efectos, se entenderá por reducción temporal de la jornada diaria ordinaria de trabajo, aquella que se decida por el empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 del TRLET o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo.

Acerca de las situaciones legales de desempleo en el nivel contributivo (art. 267 TRLGSS) hay que tener en cuenta las particularidades siguientes:

1º. Se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores que estén incluidos en alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando se extinga su relación laboral:

1.º En virtud de despido colectivo, adoptado por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 51 del TRLET, o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal.

b) Cuando se suspenda el contrato:

1.º Por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 del TRLET o en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, en ambos casos en los términos del artículo 262.2 de esta ley.

c) Cuando se reduzca temporalmente la jornada ordinaria diaria de trabajo, por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 del TRLET o en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, en ambos casos en los términos del artículo 262.3 de esta ley.

De conformidad con el art. 268 del TRLGSS, que trata de la Solicitud, nacimiento y conservación del derecho a las prestaciones tenemos que:

1º. Las personas que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 266 deberán solicitar a la entidad gestora competente el reconocimiento del derecho a las prestaciones que nacerá a partir de que se produzca la situación legal de desempleo, siempre que se solicite dentro del plazo de los quince días siguientes.

2º. La solicitud requerirá la inscripción como demandante de empleo. Asimismo, en la fecha de solicitud se deberá suscribir el compromiso de actividad al que se refiere el artículo 300.

3º La inscripción como demandante de empleo deberá mantenerse durante todo el período de duración de la prestación como requisito necesario para la conservación de su percepción, suspendiéndose el abono, en caso de incumplirse dicho requisito, de acuerdo con lo establecido en el artículo 271.

4º. Quienes acrediten cumplir los requisitos establecidos en el artículo 266, pero presenten la solicitud transcurrido el plazo de quince días a que se refiere el apartado 1, tendrán derecho al reconocimiento de la prestación a partir de la fecha de la solicitud, perdiendo tantos días de prestación como medien entre la fecha en que hubiera tenido lugar el nacimiento del derecho de haberse solicitado en tiempo y forma y aquella en que efectivamente se hubiese formulado la solicitud.

e) Aspectos de la extinción del contrato de trabajo por causa de fuerza mayor: indemnizaciones; pérdida de otros derechos laborales; Seguridad Social: prestaciones; desempleo

Como se ha indicado arriba, el art. 49.1. h) del TRET dispone que el contrato de trabajo se extinguirá por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación, siempre que su existencia haya sido debidamente constatada conforme a lo dispuesto en el art. 51. O sea, como antes vimos, que esta extinción debe estar permitida por la autoridad competente mediante el llamado Expediente de Regulación de Empleo, regulado en el art. 51.7 del TRET y la citada norma de desarrollo, donde se fija la responsabilidad en el pago de las indemnizaciones, que podrán exonerarse o reducirse, para este supuesto (art. 51.7, párrafo cuarto TRET), y asumirse por el Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio del derecho de éste a resarcirse del empresario.

Examinadas estas cuestiones más arriba, queda sólo indicar que el trabajador afectado por esta situación se encuentra cubierto posteriormente por la prestación de desempleo, en virtud del art. 262 del TRLGSS al comprenderle el supuesto de «quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo, en los términos previstos en el art. 267.

Las líneas generales del régimen jurídico del desempleo también se han recogido en el estudio de la suspensión del contrato y se dan aquí por reproducidas en lo que tienen de aplicación al supuesto extintivo, por lo que respecta a su consideración de asimilada al alta y alcance de la acción protectora de la Seguridad Social.

Según dispone el artículo 285 de la LRJS, que trata del lanzamiento del trabajador de la vivienda por razón de trabajo:

1º. Cuando recaiga resolución firme en que se declare la extinción del contrato de trabajo, si el trabajador ocupare vivienda por razón del mismo deberá abandonarla en el plazo de un mes. El secretario judicial, si existe motivo fundado, podrá prorrogar dicho plazo por dos meses más.

2º. Una vez transcurridos los plazos del apartado anterior, el empresario podrá solicitar del juzgado la ejecución mediante el oportuno lanzamiento, que se practicará seguidamente observando las normas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

c) Intervención judicial de la empresa

Conforme al art. 33.7.g) CP, la ***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.

En cuanto a esa medida judicial, tenemos como precedente la intervención administrativa que permitía el antiguo art. 347 bis CP introducido por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, que introdujo por primera vez en el CP el llamado delito ecológico⁶², si bien desde la Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre, hay que precisar que dicha medida en concepto ya de intervención judicial se recogía en el art. 129.1e), al que se remitía el art. 328 CP. En la actualidad, el art. 328 *in fine* CP se remite al art. 33.7 letras b a), comprensiva de la intervención judicial de empresas lo mismo que el vigente art. 129.1 CP para «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».

En efecto, volviendo al antecedente histórico, el último párrafo de aquel art. 347 bis CP/83 señalaba que el Tribunal podía proponer a la Administración la intervención de la empresa para la salvaguarda de los derechos de los trabajadores.

Nos encontrábamos, en consecuencia, ante un supuesto de intervención administrativa de la empresa peculiar propuesto por la Autoridad judicial a la Administración, que debemos enmarcar en los diferentes sistemas de intervención administrativa de empresa contemplados en nuestro ordenamiento jurídico y en la normativa, constitucional y de rango inferior, que lo regulan.

Previamente se advertía que el Tribunal sólo se limitaba a proponer la intervención a la Administración y ésta, dado el carácter de la propuesta, que no se especifica que sea vinculante, parecía que tenía discrecionalidad para acogerla, conforme a los criterios administrativos de la intervención de empresas, que en este caso se concretan en la salvaguarda de los derechos de los trabajadores (interés colectivo) más que en el interés general.

La operativa de la intervención debía realizarse por el *modus operandi* del resto de las intervenciones administrativas de empresas, según el corpus normativo que se expone a continuación.

a) Marco constitucional

El art. 128 de la Constitución española dice:

«1. Toda la riqueza del país en sus diferentes formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.

»2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos y servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.»

b) Régimen jurídico de la intervención de empresas⁶³

Como señala HERNANDO DELGADO⁶⁴, a quien seguimos en esta materia, el régimen jurídico de la intervención administrativa de empresas exige delimitar su ámbito de aplicación en dos bloques diferenciados: por un lado, las situaciones que se producen dentro de determinados ordenamientos sectoriales en los que actúan poderes y atribuciones propios de las relaciones de supremacía especial, y, por otro lado, se configura un sistema de características

⁶². Véase mi estudio «Ministerio Fiscal y Medio ambiente: algunas cuestiones sobre la investigación de los delitos medioambientales», *Diario La Ley* nº 6667, 8 de marzo de 2007.

⁶³. En el *Diccionario jurídico* de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, dirigido por MONTOYA MELGAR, ALFREDO (Thomson-Aranzadi, 2016), Voz Intervención de empresas, pág. 639, se indica que no existe una regulación general de la materia, al margen de la previsión constitucional del art. 128.2 CE. Se duda de la vigencia de la Ley de 1 de septiembre de 1939 por estar vinculada al contexto de la guerra civil y se destaca su aplicación más específica en caso de crisis bancarias (Leyes 26/1988, 10/2014 y 11/2015).

⁶⁴. «La intervención pública de empresas privadas», en el libro *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos*, Madrid, 1982, pág. 721.

más generales en que los planteamientos trascienden al ámbito de las relaciones de supremacía general.

En los ordenamientos sectoriales, las regulaciones más significativas se encuentran en los sectores de Agencias de viajes, Bancos, Cajas de Ahorro, Capitalización y ahorro particular, Cooperativas, Cooperativas de crédito y Seguros⁶⁵.

Con carácter más generalizador, las leyes aplicables eran las siguientes:

- Código de Comercio (Sección 8 del Título 1 del Libro 4, arts. 939 y 940), en relación con la declaración de quiebra de compañías y empresas de ferrocarriles y demás de servicio público general, provincial o municipal, para los casos en que subsistiere la concesión administrativa del servicio, establece la constitución por parte de la Administración, de un Consejo de incautación que organizará provisionalmente el servicio de la obra pública, ocupándose de su administración y explotación.

- Ley 1 de septiembre de 1939 (BOE del 7), que constituye la norma básica de aplicación vigente sobre intervención e incautación de empresas.

- Ley 24 de noviembre de 1939, de Ordenación y Defensa de la Industria, complementa la anterior. Derogada por Ley 21/1992m de 16 junio, de Industria (BOE 23 julio 1992)

- Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (BOE 17 diciembre 1954), cuyo art. 119 dice:

«1. Cuando, de acuerdo con la legislación vigente, el Estado decidiese, por razones de interés público, la intervención de una empresa mercantil que por cualquier causa hubiere cesado en el trabajo o por sanción gubernativa hubiere sido temporalmente clausurada, deberá indemnizarse a sus titulares el valor efectivo de los daños y deterioros extraordinarios sufridos por la maquinaria e instalaciones, siempre que tales daños se produzcan precisamente a causa de la intervención.

«2. Desaparecida la causa de la intervención, los titulares de la empresa podrán solicitar que cese la ocupación de la misma; pero si no encontrasen conveniente la continuación del negocio, lo manifestarán así a la Administración, que podrá decretar, si ello fuese oportuno, su expropiación, de acuerdo con los preceptos de esta Ley.»⁶⁶

- La Ley de Patrimonio del Estado⁶⁷ (art. 111 del Texto articulado, aprobado por Decreto 1022/1964 de 15 de abril⁶⁸) señalaba:

«Cuando el Gobierno acuerde la incautación e intervención de empresas, conforme a las leyes vigentes, el Ministerio de Hacienda controlará, a través de la Dirección General de Patrimonio del Estado, la correspondiente gestión, pudiendo proponer, en caso de permanencia de la misma superior a un año, la formalización social de la participación estatal o la conversión de la empresa incautada o intervenida en Empresa Nacional, siendo de aplicación a estos efectos el procedimiento de expropiación forzosa.»

⁶⁵. Más recientemente, véase arts. 70 a 79 Ley 10/2014, de 26 junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (BOE nº 156, de 27 junio 2014), que regula las medidas de intervención y sustitución de estas entidades.

⁶⁶. Véase art. 132 del Reglamento de Expropiación forzosa (Decreto de 26 abril 1957 –BOE 20 junio 1957–), que dice: «La indemnización prevista en el artículo 119 de la Ley será evaluada mediante Peritos designados por el beneficiario y el particular, elevándose en caso de discrepancias las respectivas tasaciones al Jurado Provincial de Expropiación».

⁶⁷. Modificada por Ley 7/2001, de 14 mayo (BOE de 15 mayo 2001)

⁶⁸. Derogado el 4 febrero 2004 por letra a) disposición derogatoria única de la Ley 33/2003, de 3 noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE 4 noviembre 2004).

El procedimiento de la intervención se inicia por Decreto del Consejo de Ministros⁶⁹, que lo decide procediendo al mismo tiempo al nombramiento de un Consejo de Incautación, en el que al menos el Presidente es de designación oficial.

Dado que la intervención se realiza a propuesta de un Tribunal de Justicia y para la salvaguarda de los derechos de los trabajadores, debería tenerse informado al Tribunal del desarrollo y finalización de esta intervención, así como incluir en el Consejo de Incautación la participación de los trabajadores a través de sus órganos representativos a nivel de la empresa.

Por otra parte, la intervención se entiende que tiene un carácter temporal, de forma que habría que acudir a la fórmula de la expropiación de la empresa, prevista en la Ley de Expropiación Forzosa, si se considera que la gestión de la empresa por su titular no garantiza los derechos de los trabajadores tras su acción infractora medioambiental.

Otras salidas a la intervención temporal de empresa, según la Ley de Patrimonio del Estado, si la intervención dura más de un año y resulte preciso para cumplir las finalidades de la intervención, son la transformación total de la empresa al sector público o bien la formalización social de la participación estatal, dándose en este caso lugar a fórmulas de Sociedad de economía mixta y resultando tanto en una situación como en otra de plena aplicación las medidas expropiatorias.

En la actualidad, no estamos ante una intervención administrativa de la empresa sino una intervención judicial en concepto de pena, por lo que su régimen jurídico viene diseñado básicamente en el propio CP en el art. 33.7 g) citado *ut supra*, al inicio de este trabajo.

En efecto, recordemos que el precepto dice lo siguiente:

«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.»

⁶⁹. El Decreto-Ley ha sido utilizado para declarar la intervención de alguna empresa, así se llevó a cabo mediante el Decreto-Ley 12/1982, de 27 agosto, por el que se regula la intervención del Estado en la Central Nuclear de Lemoniz (BOE núm. 210, de 2 septiembre 1982). También se realizó mediante el Real Decreto 3047/1979, de 21 diciembre, por el que se autoriza al Ministerio de Hacienda a proceder, en su caso, a la incautación de *Hytasa*; y el Real Decreto 341/1980, de 22 de febrero, por el que se acuerda la incautación de la empresa *Hilaturas y Tejidos Andaluces, S.A.* Fuente: AIZPURU SEGURA, ANA, *Enciclopedia jurídica La Ley*, Wolters Kluwer, Tomo 12, 2008-2009, pág. 6890.

Sobre esta intervención judicial, algún comentarista⁷⁰, con el que coincidimos, ha indicado que puede servir de modelo la intervención judicial en los procedimientos concursales⁷¹.

Ciertamente, el art. 33.7.g) CP/2010 sólo establece las líneas maestras de la intervención judicial de la empresa, que vendrán fijadas en el auto judicial (*vr. gr.* contenido de la intervención, designación del interventor o interventores y plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial) pero adolece de mayores precisiones, sobre el ejercicio de la función de interventor, su retribución o cualificación necesaria, que deberían regularse en un desarrollo reglamentario todavía inexistente, al margen de reconocer que el interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones⁷².

d) Las inhabilitaciones temporales

Si bien esta sanción pudiera no tener efectos laborales directos, consideramos que en la medida que se reducen los recursos económicos de las empresas cabe que ello afecte negativamente a los derechos de los trabajadores y sean necesarias medidas protectoras para los mismos.

El art. 33.7.f) CP recoge como sanción penal para las personas jurídicas la *Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años*.

Según la Circular FGE 1/2011, apartado V.6, «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».

⁷⁰ GARCÍA PÉREZ, JUAN JACINTO, en la obra coordinada por SÁNCHEZ MELGAR, JULIÁN, *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, 4ª edición, Sepín, 2016, pág. 367. Con anterioridad, ROCA DE AGAPITO (2014), *op. cit.*, págs. 399 y ss., sobre el contenido de esta pena, señaló que podía calificarse como una sanción en blanco, dada su escasa regulación, siendo partidario que se llamará «administración judicial» y que podría regirse por lo dispuesto en la Secc. 7ª del Cap. III del Tít. IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 630 y ss.), relativa a la «administración judicial». Añadía: «Dado que lo que se persigue principalmente con esa pena es “salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores”, lo correcto sería decretar la administración judicial de la empresa, que como es sabido, se trata de una forma de garantizar el embargo. Dicha garantía puede decretarse en los supuestos previstos en los arts. 630.2 y 622.2 y 3 LEC, pero también, y es lo que ahora interesa, cuando el embargo recaiga sobre empresas (art. 592.3 LEC), cuando “atendidas todas las circunstancias, resulte preferible el embargo de sus distintos elementos patrimoniales”. El art. 630.1 LEC detalla más dicha posibilidad y admite la construcción de una administración judicial “cuando se embargue alguna empresa o grupo de empresas o cuando se embargaren acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las empresas, o adscritos a su explotación».

⁷¹ Véase Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal (BOE núm. 164, de 10 julio 2003), Título II «De la administración concursal», arts. 26 a 39. Doctrinalmente, de interés para el objeto de este trabajo, ver MONTOYA MELGAR, ALFREDO, *Derecho laboral concursal (Estudios y Comentarios de Legislación)*, Civitas-Thomson-Reuters, 2015; y CANO MARCO, FRANCISCO, *Manual práctico de derecho laboral concursal*, 2ª edición, Wolters Kluwer, 2016.

⁷² La Circular FGE 1/2011, trata esta pena en el apartado V7. Señala: «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». Destaca la ausencia de regulación reglamentaria y refiere que «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 artículo 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».

ROCA DE AGAPITO (2014) destaca que en cuanto al objeto de esta inhabilitación hay que atender a la normativa específica que los regula sobre subvenciones y ayudas públicas, contratos del sector público⁷³ y beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social. En especial, este autor señala que «conviene poner de relieve que, con el objetivo de conseguir una mayor eficacia de estas inhabilitaciones, además de inscribirse en el Registro Central de Penados, la imposición de estas inhabilitaciones debe comunicarse también a la autoridad competente a efectos de su inscripción en la Base de Datos Nacional de Subvenciones y en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado y correlativos de las Comunidades Autónomas, así como informar de ello a la Agencia Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social. Se observa aquí, otra vez, cierto vacío legal en cuanto a la ejecución de las penas para las personas jurídicas»⁷⁴.

3. CONCLUSIONES: HACIA UNA PONDERACIÓN ENTRE EL *IUS PUNIENDI* DEL ESTADO Y LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS INFRACTORAS

Según VILLACORTA HERNÁNDEZ, M.A. (2016), «Con la entrada en vigor de esta reforma del Código Penal, aparecerán comportamientos de las empresas hasta ahora poco habituales, por ejemplo despidos de trabajadores ante una mera imputación de hecho delictivo a uno de ellos (lo cual puede estar conectado con las motivaciones empresariales a disminuir su plantilla en situaciones de crisis económica) [...]»⁷⁵.

Ciertamente, el autor citado se refiere a *efectos perversos* de la regulación de la RPPJ y cabe que ocurran en detrimento de los derechos de los trabajadores y en beneficio de empresarios desaprensivos que aprovechando los vericuetos de la nueva regulación de la RPPJ gocen de impunidad, recayendo toda la responsabilidad penal en la persona jurídica.

Si a ello se añade la dimensión laboral de las penas imponibles a las personas jurídicas a la que nos hemos referido, sucintamente, en este trabajo, debemos hacernos la siguiente pregunta: ¿a quién afecta más la actual regulación de la RPPJ, a los poderosos empresarios y sus directivos o a la parte más débil, es decir, a los trabajadores? Cada lector tendrá su respuesta pero, sin duda, en cualquier caso, la misma no puede dejar a nadie, con una mínima conciencia social, indiferente cuando descubra en realidad quiénes son los grandes beneficiados del sistema.

⁷³. Téngase en cuenta la nueva Ley de Contratos en el Sector Público, Ley 9/2017, de 8 noviembre (BOE nº 272, de 9 noviembre 2017), por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 febrero de 2014.

⁷⁴. *Op. cit.*, pág. 399.

⁷⁵. «Efectos perversos de la regulación sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», cit., 2016.

4. BIBLIOGRAFÍA

a) Sobre la RPPJ

Además de los trabajos doctrinales citados en los antecedentes históricos, véase, una selección más actual por orden cronológico:

- BACIGALUPO SAGGESE, SILVIA: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio sobre el sujeto del Derecho Penal*, editorial Bosch, noviembre 1998.
- JAÉN VALLEJO, M.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Canaria de Ciencias Penales*, 1998, pág. 69.
- ZUÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA: *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, noviembre 2000.
- HURTADO POZO, J., DEL ROSAL BLASCO, B., Y SIMONS VALLEJO, R.: *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.: «Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Díez Ripollés, J.L., et al. (eds.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 1153-1171.
- GUARDIOLA LAGO, M^a JESÚS: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal*, editorial Tirant lo Blanch, marzo 2004.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons/Ediciones jurídicas y sociales, Madrid/Barcelona, 2005.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: «La responsabilidad de la persona y de los administradores por la actuación en su nombre», en *Estudios de Derecho Judicial*, CGPJ, 2006.
- GALÁN MUÑOZ, A.: «¿Societas delinquere nec punire potest? Algunas consideraciones críticas sobre el artículo 31.2 CP (La Ley 3996/1995)», *Revista de Derecho Penal y Criminología* núm. 18, 2006, pp. 229 y ss.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: «Auto organización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista de ciencia penal y criminología*, núm. 8, 2006, págs. 1-26.
- GÓMEZ-JARA, C.: «¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Culpabilidad e imputabilidad empresarial en un verdadero derecho penal empresarial», en la *Revista Derecho penal contemporáneo*, *Revista Internacional*, núm. 15, 2006, págs. 5-34.
- GÓMEZ-JARA, C.: *La responsabilidad penal de las empresas en los EEUU*, Centro de Estudios Ramón Areces, Sevilla, 2006.
- MIRÓ LLINARES, F.: «Reflexiones sobre el principio *societas delinquere non potest* y artículo 129 del CP» (al hilo de su décimo aniversario y de su escasa aplicación jurisprudencial), en *Estudios de Derecho Judicial*, CGPJ, 2006.
- ROBLES PLANAS, R.: «¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la ley Austríaca de las agrupaciones por hechos delictivos», en *Indret*, *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2006.
- GRANADOS PÉREZ, C.: «Análisis jurisprudencial de la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal», en *Estudios de Derecho Judicial*, CGPJ, 2007, pág. 128.

- NIETO MARTÍN, ADÁN: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, editorial Iustel, enero 2008.
- REYES ALVARADO, Y: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Derecho Penal contemporáneo: Revista Internacional*, núm. 25, 2008, págs. 43-66.
- DE URBANO CASTRILLO, E.: «El impacto de la reforma del Código penal en relación con las personas jurídicas», en *Revista La Ley Penal, procesal y penitenciario*, núm. 61. 2009, págs. 2 y ss.
- ZUÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, editorial Thomson-Reuters Aranzadi, noviembre 2009.
- CARBONELL MATEU, J.C., Y MORALES PRATS, F.: «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coords.): *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 56-86.
- VAN WEEZEL, A.: «Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en la *Revista Electrónica de Políticas públicas en materias penales*, núm. 9, 2010, 142 págs.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del sistema», en *Abogados*, septiembre 2010, pág. 40.
- GÓMEZ TOMILLO, MANUEL: *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, noviembre 2010.
- MIRAS MARTÍN, R.: «El concepto de personas jurídicas penalmente responsables», en *Anales del Derecho*, núm. 28, 2010, págs. 219-235.
- ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L.: «El sistema de sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo I, Iustel, Madrid, 2010, págs. 313-327.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)», *Diario La Ley*, no 7561, 3 de febrero 2011, págs. 1-8.
- BANACLOCHE PALAO, JULIO, Y ZARZALEJOS NIETO, JESÚS: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Aspectos sustantivos y procesales*, editorial Wolters Kluwer-La Ley, abril 2011.
- FERRE MARTÍNEZ, CARLOS: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: biblioteca de práctica procesal*, nº 241, Editorial Bosch, abril 2011.
- DEL ROSAL BLASCO, B.: «Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa», en *La Ley*, año XXXII, núm. 7670, lunes, 11 de julio de 2011.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español (una visión crítica)», *Revista jurídica de Castilla y León*, no 25, septiembre, 2011, págs. 7-42.
- MARTÍNEZ PARDO, V.J.: «La Responsabilidad Penal de las personas jurídicas», *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, no 26, 2011, págs. 61-78.
- MORALES PRATS, F.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: líneas básicas de la reforma penal de 2010», en *Cuadernos Digitales de Formación*, CGPJ, 2011.
- MORILLAS CUEVA, L.: «La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Anales del Derecho*, 2011, núm. 29, págs. 1-33.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática», en *Otrosí*, n.o 6, abril-junio 2011, pág. 40.

- DOPICO GÓMEZ-ALLER, JACOBO: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009*, editorial Tirant lo Blanch, febrero 2012.
- BAJO, FELIJO Y GÓMEZ-JARA: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, editorial Civitas, 2012.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: «El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S., Y CALDERÓN CUADRADO, P. (coords.): *El Derecho Procesal español del siglo XX a golpe de tango*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 1033-1049.
- MOLINA MANSILLA, M^a DEL CARMEN Y LUIS: «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, su estatus procesal, especial consideración a las medidas cautelares», en *La Ley Penal*, no 96-97, 2012.
- NEILA NEILA, JOSÉ MARÍA: *Responsabilidad Penal ante Delitos Cometidos por Administradores Sociales y Personas Jurídicas*, editorial Bosch, julio 2012.
- ROMA VALDÉS, ANTONIO: *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, septiembre 2012.
- SÁNCHEZ MELGAR, J.: «Líneas jurídicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: un nuevo modelo de imputación», ponencia dentro del curso denominado «La responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal» celebrado en la sede del CGPJ los días 27 a 29 de febrero de 2012.
- URRUELA MORA, A.: «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de *lege data*», *Estudios penales y criminológicos*, vol. 32, 2012, págs. 413-468.
- ABASCAL JUNQUERA, A.: «Problemas y soluciones a la imputación de las personas jurídicas en el proceso penal. Perspectiva Legal y constitucional», en *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 36, 2013, págs. 115-134.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A.: «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 33, 2013, págs. 219-263.
- GARCÍA MOSQUERA, M.: «Empresas transnacionales y responsabilidad penal de las personas jurídicas: ámbito de aplicación subjetivo de la ley penal española en el contexto de la Unión Europea», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núms. 22, 2013, págs. 321-368.
- LARA ORTIZ, M.L.: «Responsabilidad civil derivada del delito, ¿base para la construcción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», documentos de trabajo, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Castilla-La Mancha (Cuenca), núm 4, 2013, págs. 1-79.
- PÉREZ MACHÍO, I.: «Modelos tradicionales de la imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas* (DE LA MATA BARRANCO, N.J., Y DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., coords.), 2013, págs. 21-48.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA BLANCA, Y ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL: *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Aranzadi, diciembre 2013.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS, Y DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, diciembre 2013.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Tirant lo Blanch, colección delitos, n. 95, 2013.

- SIEBER, U.: «Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica», en ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A. (directores): *El derecho penal económico en la era del compliance*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 63-110.
- ARANGÜENA FANEGO, C.: «Responsabilidad criminal de las personas jurídicas y medidas cautelares personales», en *REDEM*, octubre 2014.
- BARONA VILAR, SILVIA: *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, (Tratados, comentarios y prácticas procesales), editorial Tirant lo Blanch, enero 2014.
- GONZÁLEZ SIERRA, P.: *La imputación penal de las personas jurídicas: análisis del art. 31 bis CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- PÉREZ ARIAS, JACINTO: *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, editorial Dykinson, S.L., diciembre 2014.
- ROCA AGAPITO, L.: «Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», en ONTIVEROS ALONSO, M. (coord.): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.: «Regulación vigente: exigencias legales que permiten la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica y estructura de imputación (CP art. 31 bis (LA LEY 3996/1995) 1, 2 inciso 1.º y 5.º)», en JUANES PECES, Á. (dir.): *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, págs. 59-85.
- GIL NOBAJAS, M.S.: «El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo de pura competencia», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 35, 2015, págs. 567-624.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quáter y quinquies», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.): *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 151-210.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, RICARDO: «Regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho comparado, con especial referencia al derecho europeo», *La Ley Penal*, nº 112, Sección Artículos, Enero-Febrero 2015.
- SÁNCHEZ MELGAR, JULIÁN: «Los títulos de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas, tras la reforma penal de 2015», *SEPÍN práctica penal*, abril 2015, 2º semestre 2015, nº 79, págs. 24-30.
- CAMACHO, ANTONIO, Y URÍA, ÁNGELA: «El Impacto De La Ley Orgánica 1/2015 Por La Que Se Modifica El Código Penal En los sistemas de *corporate compliance* de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 19 mayo 2015.
- MOLINA MANSILLA, M.C.: «El estatus procesal de la persona jurídica como sujeto responsable del delito. Modificaciones producidas por la LO 5/2015, de 27 de abril», en *SEPÍN*, junio de 2015.
- GÓMEZ TOMILLO, MANUEL: *Introducción a la responsabilidad penal en las personas jurídicas*, editorial Thomson-Reuters, Aranzadi, julio 2015.
- GÓMEZ JARA, CARLOS: «El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aviso a navegantes judiciales», *Diario La Ley*, 26 octubre 2015.

- FARALDO CABANA, PATRICIA: «La obligatoria modulación de las multas penales impuestas a la persona jurídica y a la persona física», *La Ley Penal*, nº 115, Sección Estudios, Julio-Agosto 2015.
- ZUGALDIA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL: *Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas en Latinoamérica y en España*, Aranzadi, noviembre 2015.
- DOMÍNGUEZ DUEÑAS, M^a GUADALUPE: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», Foro FICP – Tribuna y Boletín de la FICP (www.ficp.es), nº 2015-3 (noviembre), págs. 221-236.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO: «La reforma del régimen de responsabilidad de las personas jurídicas», en *La reforma penal de 2015*, coordinado por el mismo autor, editorial Thomson-Aranzadi, 2015, págs. 77 y ss.
- AGUILAR SÁENZ, JESÚS LORENZO: *Manual de Defensa de Accionistas Minoritarios y Depositantes Bancarios frente a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en España*, prólogo de ANTONIO DEL MORAL, editorial Tébar Flores, diciembre 2015.
- VEGAS AGUILAR, JUAN CARLOS, HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, FRANCISCO E., E IZQUIERDO GARCÍA, FERNANDO: «Los programas de Prevención del Delito para las Personas Jurídicas a raíz de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal», *Diario La Ley*, nº 8664, Sección Tribuna, 14 diciembre 2015; de los mismos autores, «La figura del “Compliance Officer” y los “Programas de prevención de riesgos penales”», *Diario La Ley* 26 enero 2016.
- BELÉN LINARES, MARÍA: «Programas penales de cumplimiento en el seno de la persona jurídica tras la LO 1/2015», *La Ley Penal*, nº 118, Sección Legislación aplicada a la práctica, Enero-Febrero 2016.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, ELENA: «La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre personas jurídicas o el retorno a los ecos del pasado», *Diario La Ley semanal* 171, de 29 febrero al 6 marzo de 2016.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ: *El delito corporativo en el código penal español: cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, 2.^a edición, Civitas Thomson Reuters, 2016.
- QUINTERO OLIVARES, G.: «Artículo 31 bis; art. 31 ter; art. 31 quater; y, art. 31 quinquies», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentarios al Código Penal español. Vol. 1 (arts. 1 a 233)*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, págs. 375-411.
- VILLEGAS GARCÍA, M^a ÁNGELES: «Hacia un modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas. La STS (Pleno de la Sala de lo Penal) 154/2016, de 29 febrero», *Diario La Ley*, nº 8721, Sección Doctrina, 14 marzo 2016; misma autora: *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*, editorial Thomson Reuters-Aranzadi, febrero 2016.
- DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO: «Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado», *Diario La Ley*, nº 8732, Sección Doctrina, 1 abril 2016.
- NEIRA PENA, ANA MARÍA: «La aplicación jurisprudencial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Reflexiones sobre la STS 154/2016, de 29 de febrero, primera sentencia de condena del TS frente a una persona jurídica», *Diario La Ley*, nº 8736, de 7 abril 2016.

- PONCELA GARCÍA, J.A.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *La reforma del Código Penal a debate*, Cuadernos penales José María Lidón, no 12, Bilbao, 2016.
- SANZ DÍAZ-PALACIOS, JOSÉ ALBERTO: «El derecho de las personas jurídicas a no autoinculparse por delito fiscal (Reflexiones a raíz de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, y de las Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016 y 221/2016)», *Diario La Ley*, nº 8737, de 8 abril 2016.
- CARRETERO SÁNCHEZ, SANTIAGO: «El papel de los Principios Generales del Derecho en la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, nº 8751, Sección Doctrina, 28 abril 2016.
- OSUNA MARTÍNEZ-BONÉ, FERNANDO: «Estatuto procesal de la persona jurídica investigada», *Diario La Ley*, nº 8754, de 4 de mayo de 2016.
- GÓMEZ TOMILLO, MANUEL: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016, de 29 febrero, ponente José Manuel Maza Martín», *Diario La Ley semanal* 179, 25 abril al 1 mayo 2016.
- ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL: «Modelos dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas (A propósito de las SSTS de 2 septiembre 2015 y 16 marzo 2016)», *La Ley Penal*, nº 119, Sección de Jurisprudencia aplicada a la práctica, Marzo-Abril 2016, editorial La Ley.
- MAZO LLERA, RAÚL: «Sociedades insolventes y responsabilidad de los administradores», *La Ley Penal*, nº 120, Sección Estudios, 1 mayo al 1 junio 2016.
- RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS: «Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas (Al hilo de las SSTS 514/2015, 154 y 221/2016)», *Diario La Ley*, nº 8766, de 20 mayo 2016.
- VILLACORTA HERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL: «Efectos perversos de la regulación sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Contable*, Nº 44, Sección Tribuna, Mayo 2016, Editorial Wolters Kluwer España.
- RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS: «Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas (Al hilo de las SSTS 514/2015, 154 y 221/2016)», *Diario La Ley*, nº 8766, Sección Doctrina, 20 de mayo de 2016.
- SÁNCHEZ PÉREZ, JOSÉ ANTONIO: «La designación de profesionales de oficio y la asistencia jurídica gratuita a consecuencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *La Ley Penal*, nº 120, Sección Práctica penal, del 1 mayo al 1 junio 2016.
- VERCHER NOGUERA, ANTONIO: «Algunas notas sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica en el contexto penal ambiental comunitario», *Diario La Ley*, nº 8805, de 18 julio 2016.
- GÓMEZ JARA, CARLOS: «Delito corporativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas: un desarrollo coherente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, nº 8830, Sección Doctrina, 23 septiembre 2016.
- VERCHER NOGUERA, ANTONIO: «La persona jurídica y el sistema de compliance en el Código Penal. Su aplicación en el contexto ambiental», *Diario La Ley*, nº 8833, Sección Doctrina, 28 septiembre 2016.
- GRANADOS SÁNCHEZ, JESÚS: «Crowdfunding: La nueva forma de Financiación analizada desde la perspectiva de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas», *Diario La Ley*, nº 8832, Sección Tribuna, 27 septiembre 2016.

- PÉREZ BES, FRANCISCO: «Las medidas de cumplimiento en los sistema de compliance (cumplimiento normativo)», www.abogacia.es/2016/09/26.
- BONATTI, FRANCISCO: *Compliance Penal: una teoría del delito para las personas jurídicas*, LeFebvre El Derecho, 2016.
- GÓMEZ TOMILLO, MANUEL: «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y carga de la prueba de la idoneidad de los programas de cumplimiento», *Diario La Ley*, nº 8861, Sección Tribuna, 11 noviembre 2016.
- VELASCO NUÑEZ, ELOY, Y SAURA ALBERDI, BEATRIZ: *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y Compliance*, editorial Thomson-Reuters, Aranzadi, 2016.
- BAJO, FELIJOO Y GÓMEZ-JARA: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, editorial Thomson-Reuters, Aranzadi, 2016.
- GARCÍA VALERO, MARÍA VICTORIA: *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, ediciones Roble, S.L., enero 2017.
- MAGRO SERVET, VICENTE: *Guía práctica sobre responsabilidad penal de empresas y planes de prevención (compliance)*, editorial Wolters Kluwer, febrero 2017.
- OBSERVATORIO DE DERECHO PENAL Y DELITOS ECONÓMICOS 2016, Cátedra de Investigación Financiera y Forense de la Universidad Rey Juan Carlos-KPMG: «La culpabilidad de la persona jurídica en su régimen de responsabilidad penal en aplicación de la eximente contemplada en el apartado dos del artículo 31 bis del Código Penal», *Diario La Ley*, nº 8915, Sección Tribuna, 6 febrero 2017
- GOENA VIVES, BEATRIZ, Y SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica (Derecho penal y Criminología)*, editorial Marcial Pons, S.A., marzo 2017.
- NEIRA PENA, ANA M^a, Y PÉREZ-CRUZ MARTÍN, JESÚS: *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, 2017.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS: *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*, Editorial Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, 170 págs.
- MOLINA MANSILLA, M^a DEL CARMEN Y LUIS: «La nueva regulación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la modificación de la LO 1/2015, de 30 marzo. Especial atención a la Circular 1/2016 FGE y a la última tendencia jurisprudencial», *La Ley Penal*, nº 125, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, Marzo-Abril 2017.
- FERNÁNDEZ PERALES, FRANCISCO: «La aplicación de eximentes y atenuantes a las personas jurídicas mediante analogía *in bonam partem*», *Diario La Ley*, nº 9020, Sección Doctrina, 13 julio 2017.
- CASABÓ ORTÍ, LUCÍA: «Mediación penal y la persona jurídica», *Diario La Ley*, nº 9053, Sección Doctrina, 3 de octubre 2017.
- GONZÁLEZ JIMÉNEZ, CARMEN ELISA, ET ALIUS: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Plan de prevención de riesgos penales y código ético de conducta (Gran Tratado)*, Editorial Thomson Reuters-Aranzadi, noviembre 2017.
- GALÁN MUÑOZ, ALFONSO: *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN: *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal (Derecho penal y Criminología)*, editorial Marcial Pons, noviembre 2017.

- FERNÁNDEZ CASTEJÓN, ELENA: *Individualización penal por la actividad empresarial en EE.UU.: ¿Un modelo para el Derecho penal español?*, J.M. Bosch (editor), diciembre 2017.
- LEÓN ALAPONT, JOSÉ: «La primera imputación de un partido político en España ex artículo 31 bis del Código Penal», *Diario La Ley*, nº 9107, Sección Tribuna, 27 diciembre 2017.
- ECHEVARRÍA BERECIARTUA, ENEKO: «Aspectos básicos de los planes “compliance”», *Diario La Ley*, nº 9191, de 7 mayo de 2018.
- PÉREZ MACHIO, ANA ISABEL: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español: A propósito de los programas de cumplimiento normativo como instrumentos idóneos para un sistema de justicia penal preventiva*, editorial Comares, Granada, 2018.
- RIBERA PONT, MARÍA LUISA: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas Compliance*, Independently published, 2018.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS: *Autorregulación y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Olejnik, 2018.
- MAZA MARTÍN, JOSÉ MANUEL: *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos*, editorial Wolters Kluwer, abril 2018 (Tesis doctoral), 502 págs.

b) Del autor

- «Sobre el estatuto penal de la persona jurídica como sujeto responsable. A propósito de la Circular de la FGE 1/2011», publicado en el *Diario La Ley*, nº 7665, de 4 julio 2011.
- Comentarios a la Jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo:
- STS –2ª– nº 514/2015, de 2 septiembre (Marchena): Responsabilidad penal de las personas jurídicas: efecto extintivo al ser absuelta por inexistencia de delito la persona física o representante que ha actuado en nombre de la sociedad, publicado en el *Diario La Ley*, nº 8661 de 9 diciembre 2015.
 - STS –Pleno 2ª– nº 154/2016, de 29 febrero (Maza): Primera sentencia condenatoria con doctrina general sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Análisis de los requisitos del artículo 31 bis CP/2015. Organización criminal que opera a través de mercantiles dedicadas a la exportación e importación internacional de maquinaria con droga oculta en su interior. Votos discrepantes, publicado en el *Diario La Ley*, nº 8796, de 5 julio 2016.
 - STS –2ª– nº 221/2016, de 16 marzo (Marchena): ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas *versus* Delito corporativo?, publicado en el *Diario La Ley*, nº 8856, de 4 noviembre 2016.

UNA VISIÓN GENERAL DEL ESTATUTO PROCESAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS RESPONSABLES PENALES

Rafael Escobar Jiménez
Fiscal del Tribunal Supremo

SUMARIO

Introducción.

I. IDEAS GENERALES. 1. Características de la reforma procesal.

2. Posición de la persona jurídica en el proceso.

3. Intervención en el proceso. 3.1. Posiciones doctrinales. 3.2. Mención del anteproyecto y tramitación parlamentaria. 3.3. Sistema adoptado.

II. REGULACIÓN PROCESAL. Una advertencia terminológica.

1. Procedimiento aplicable y Órgano de enjuiciamiento. 2. Representación procesal y especial de la persona jurídica imputada o acusada y su defensa. 2.1. Representación procesal. 2.2. Defensa. 2.3. Representación física. 3. Referencia a los derechos procesales de la persona jurídica. 4. La imputación de la persona jurídica. 5. Interrogatorio de la persona jurídica.

5.1. Aspectos formales. 5.2. Objeciones a la declaración del representante especial.

6. Práctica de otras diligencias de instrucción. 7. Medidas cautelares.

8. La rebeldía de la persona jurídica. 9. El juicio oral: cuestiones que plantea.

9.1. Crítica de la ubicación sistemática de la normativa. 9.2. Representación procesal y defensa. 9.3. Designación del representante especial y su intervención en el juicio oral.

9.3.1. Persona física que puede designarse. 9.3.2. Quién puede proponer el interrogatorio y momento procesal para la designación. 9.3.3. Declaración del representante de la persona jurídica. 9.3.4. La incomparecencia al juicio del representante especial.

9.4. La conformidad de la persona jurídica. 9.5. La cuestión de la carga de la prueba sobre los programas de cumplimiento (*corporate compliance*).

RESUMEN

La afirmación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas demandó, desde la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 5/2010, la inclusión en nuestra Ley ritual de una suerte de estatuto procesal que regulara su presencia como investigada en el proceso penal y su actuación en el mismo. Dicha laguna fue solventada con la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal que, entre otros extremos, incluyó determinados preceptos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La aludida implantación normativa, criticable en algunos de sus aspectos, se centró en temas de competencia, imputación, modo de declaración en la instrucción y en el acto del juicio oral, derechos procesales, medidas cautelares, presencia y ausencia en el procedimiento y sus efectos y conformidad de las personas jurídicas. El presente trabajo pretende ofrecer una panorámica general de esta regulación procesal.

INTRODUCCIÓN

Seguramente, la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, pasará a la historia de nuestro Derecho como la introductora en el Código Penal de 1995 de la normativa reguladora de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a pesar de que la mencionada Ley también modificó numerosos preceptos e incluyó muchos otros que, del mismo modo, supusieron importantes innovaciones. Y, a los solos efectos de afirmar la mencionada responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que hizo aquella Ley es establecer en el Libro I del Código Penal los presupuestos necesarios para ello y, en el Libro II, la indicación del delito en el que pueda declararse y la pena susceptible de imponerse. No obstante, conviene advertir que la reforma que conllevó la LO 5/2010, en lo que se refiere a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no fue novedosa por completo. Para determinados delitos (por ejemplo, tráfico de drogas, art. 369.2 CP –derogado por la LO 5/2010–; falsificación de moneda, art. 386.2 CP –derogado por LO 1/2015–; delitos contra los derechos de los trabajadores, art. 318 CP –redacción LO 11/2003–), se establecían supuestos de imposición de pena, medida o consecuencias a entidades o sociedades (*vid.* art. 129 CP en su redacción anterior a LO 5/2010).

Y, todo lo expuesto, es decir, la legalidad entonces existente y la agregada con la LO 5/2010, quedó incorporada a nuestro Ordenamiento jurídico sin que al tiempo se incluyera, en consonancia con la misma, una normativa que regulara la actuación, en el proceso penal, de la persona jurídica que se pretenda declarar su responsabilidad penal. Patente resultó el olvido del legislador pues la nueva regulación penal provocaba que fuera diferente la intervención de las personas jurídicas en el proceso penal frente a la que tenían con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 5/2010. Ya no se trataba de persona jurídica como mero responsable civil o, en su caso, destinataria de una medida de seguridad. La reseñada laguna quedó cubierta con las disposiciones contenidas en la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, que modificó determinados preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

No pasa desapercibido el alto grado de complejidad que padece esta materia en general y, paralelamente, las soluciones, múltiples en ocasiones, que doctrina y tribunales ofrecen sobre parcelas concretas. Tan es así que la propia Sala II (STS nº 221/2016, de 16-3) es partidaria de no interpretar algunas de las soluciones proclamadas como respuestas cerradas, ajenas a un proceso ulterior de matización y, también, de no responder con un repertorio cerrado y excluyente de soluciones; apostilla aquella resolución que «[...] el cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre una novedad tan radical referida a los sujetos de la imputación penal, sólo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a nuestra consideración uno u otro problema».

I. IDEAS GENERALES

1. Características de la reforma procesal

Los preceptos introducidos por la Ley 37/2011 no conforman un proceso especial. Se limitan a agregar, en la normativa existente, previsiones específicas que en la mayor parte de las ocasiones

incorporan un singular orden de proceder o tratamiento procesal respecto del existente para las personas físicas. Desde esta perspectiva, la regulación procesal es por completo fragmentaria.

Sin pretensiones exhaustivas, pueden enumerarse algunas características de esta regulación: 1º) En general, se observa una incidencia de la construcción penal en el regulado proceder respecto de las personas jurídicas. No corresponde, en este lugar, analizar el contenido de los arts. 31 bis a 31 quinquies CP¹ (legalidad vigente tras la LO 1/2015, de 30-3), pero sí es conveniente puntualizar, a la hora de estudiar la regulación procesal, que el hecho constitutivo del concreto delito de que se trate (estafa, daños informáticos, tráfico de drogas, etc.), en ningún caso va a ser materialmente cometido por la persona jurídica sino por la persona física que guarde, con aquélla, las relaciones que describe el art. 31 bis CP². Se trata de una responsabilidad vicaria. Como se irá exponiendo en estas líneas y se recalca en el comentario sobre la carga de la prueba y los programas de cumplimiento (*corporate compliance*), semejante construcción va a incidir en el diseño y ejecución de los actos procesales ahora establecidos para las personas jurídicas cuya responsabilidad penal se declare por los delitos cometidos por las personas físicas. 2º) Consecuentemente, la construcción que vertebra el art. 31 bis CP para declarar la responsabilidad penal de las personas jurídicas habrá de verse proyectada en escritos importantes (*v. gr.* escrito de acusación) o en resoluciones judiciales trascendentes como el auto de procesamiento del art. 384 (procedimiento ordinario), auto del art. 779.1.4ª LECrim (procedimiento abreviado), auto de hechos justiciables y objeto del veredicto de los arts. 37 y 52 LOTJ (procedimiento del Tribunal del Jurado) y sentencia que se pronuncie en cualquiera de ellos. El relato fáctico deberá contener la descripción del hecho delictivo cometido por la persona física y las acciones del representante, administrador, autorizado, facultado o empleado que permitan basar la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica. 3º) La competencia para enjuiciar a la persona jurídica vendrá determinada por el delito cometido por la persona física. 4º) Para enjuiciar a la persona jurídica no será preciso que esté concretada o identificada la persona física autora del delito ni que el procedimiento esté tramitándose contra ésta. 5º) La imputación tiene lugar en una comparecencia ante el Juez de instrucción. Sin embargo, dicho acto procesal presenta ciertas peculiaridades pues, dado el tenor del art. 31 bis CP, el contenido de la imputación no se ceñirá a atribuir la comisión de un hecho que reviste caracteres de delito sino que habrá de abarcar los presupuestos fácticos que permitan determinar su responsabilidad penal. 6º) Es obligado para la persona jurídica estar representada por procurador y defendida por abogado en el procedimiento. El requerimiento a la persona jurídica para que designe tales profesionales se hará con ocasión de la citación para proceder a su imputación (art. 119). Caso de no designarlos, se les nombrará de oficio. 7º) La visualización de la persona jurídica en el procedimiento se consigue a través de un representante especial que la misma puede designar a tal fin. Sin embargo, no es obligatorio para la persona jurídica nombrar

¹ Véanse los comentarios a los arts. 31 bis y siguientes (DEL MORAL GRACIA, A.) en *Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia*. VVAA, editorial Comares, Granada, 2018.

² Por esta razón, es muy discutible la posición doctrinal que asegura que ha caído el principio *societas delinquere non potest* pues la persona jurídica continúa sin ser sujeto activo del delito o, si se quiere, autor del mismo. Lo único que la Ley proclama es la responsabilidad penal de aquélla. Por ello, más correcta me parece la expresión *societas puniri potest, sed delinquere non potest* preconizada por DEL MORAL GARCÍA en sus múltiples publicaciones sobre la materia (por ejemplo, *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, 4ª edición, editorial Comares, Granada 2018, comentarios a los arts. 31 bis y siguientes del CP, o «Responsabilidad penal de personas jurídicas: notas con ocasión de la reforma de 2015» en *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 0, 2015, o «La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», Capítulo II de la obra colectiva *Proceso Penal y Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas* (director, Pérez-Cruz Martín, A.; coordinadora, Neira Pena, A.), págs. 50 y ss., edit. Thomson Reuters Aranzadi).

dicho representante (la sustanciación del procedimiento continuará con el abogado y procurador designado) y, si es nombrado aquél, su incomparecencia al correspondiente acto procesal no suspenderá la celebración del mismo. 8º) Expresamente se reconocen a la persona jurídica los derechos a la defensa, a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable, así como el de ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio. Alguno de ellos, como el derecho al silencio, no aparece debidamente delimitado por la Ley frente a las peculiaridades que presenta la persona jurídica como sujeto pasivo en el proceso penal. Por otro lado, es evidente que la persona jurídica goza de otros derechos importantes que posteriormente se indicarán. 9º) Para que sea posible acordar ciertas medidas cautelares contra la persona jurídica es precisa la celebración de una vista y la solicitud de parte (art. 544 quáter). 10º) Se define el espacio que constituye el domicilio de las personas jurídicas a los efectos de la diligencia de entrada y registro. 11º) Parece incorrecta la ubicación de preceptos relativos al juicio oral en la regulación del procedimiento abreviado (Título II del Libro IV LECrim), en concreto, en los arts. 786 bis y 787.8, pues obliga a acudir a la aplicación analógica cuando el juicio oral o la conformidad se celebre según las normas del procedimiento ordinario o de la LO 5/1995 del Tribunal del Jurado. 12º) La incomparecencia de la persona física designada por la persona jurídica como representante especial no suspenderá en ningún caso el juicio oral (art. 786 bis). 13º) Es posible la conformidad de la persona jurídica con la acusación contra ella formulada una vez se dé cumplimiento a determinados presupuestos. 14º) Se regula expresamente la declaración de rebeldía de la persona jurídica imputada (art. 839 bis). 15º) Sin embargo, la Ley 37/2011 se ha olvidado de efectuar alguna indicación respecto de los sujetos colectivos que menciona el art. 129 CP, es decir, empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de dicho Código. Por analogía, habrá que estar a la regulación procesal prevista para las personas jurídicas siempre que el concreto precepto sea susceptible de aplicación.

2. Posición de la persona jurídica en el proceso

La proclamación legal de la responsabilidad penal de la persona jurídica determina la atribución del *status* de parte en el proceso penal. Y como es susceptible de ostentar la condición de investigada/imputada, procesada —si se trata de procedimiento ordinario—, acusada o condenada, la persona jurídica está pasivamente legitimada para ejercer su derecho de defensa.

Esta aventura procesal puede ser sufrida por la persona jurídica en solitario o acompañando a la persona física que cometió el delito. Recuérdese, en este punto, que conforme al art. 31 ter CP, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es exigible aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. En otras palabras, bastará con que se haya cometido por la persona física un delito de los señalados en el Libro II CP que determinan la responsabilidad penal de la persona jurídica y queden cumplidos el resto de los presupuestos establecidos en el art. 31 bis y siguientes, para que una persona jurídica pueda ser imputada, se tramite el correspondiente procedimiento contra ella y sea enjuiciada aunque la persona física autora del delito no se conozca o no sea posible, por cualquier causa, incluida la muerte, dirigir el procedimiento contra ella. Ahora bien, obvio es decirlo, estas hipótesis procesales no implican

ni determinan que la persona física y la jurídica hayan de comparecer e intervenir bajo una misma representación procesal y dirección técnica.

El *status* de parte en el proceso penal de la persona jurídica suscita la cuestión de articular su intervención en el proceso, sobre todo, respecto de determinados actos procesales y diligencias. Dicho de otro modo, cómo se organiza a esta nueva parte, desde la perspectiva procesal, con el material normativo que nos aporta la reforma de la Ley 37/2011.

3. Intervención en el proceso

Uno de las iniciales dificultades que encuentra el tratamiento procesal de la persona jurídica responsable penal es definir y trazar su intervención en el proceso penal. Sin embargo, para entender el criterio seguido por el legislador es conveniente, con carácter previo, aludir a las posiciones doctrinales que se sostuvieron sobre el particular.

3.1. Posiciones doctrinales

Fundamentalmente, con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 37/2011, se apuntaron dos maneras posibles de canalizar la intervención de las personas jurídicas en el proceso penal, sin perjuicio de que cada una de ellas despliegue, a su vez, múltiples posibilidades: a) mimetizar la persona jurídica, como si fuera una persona física, para así trasponer toda la regulación procesal que concierne a ésta, o, b) contemplarla como una presencia procesal distinta, a la que se puede otorgar un tratamiento diferente del que se confiere a la persona física.

a) En términos muy generales, los partidarios de la que, podemos denominar, teoría de la mimetización, entienden que debe visualizarse a la persona jurídica imputada o acusada en todo caso y esa visualización se consigue con la presencia de una persona física (entre otros, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO y JUANES PECES, HERNÁNDEZ GARCÍA). Propugnan trasvasar, a la persona jurídica, toda la normativa existente para la persona física en lo esencial. Se prescinde de lo que resulte incompatible y las lagunas quedan cubiertas con los preceptos relativos a las personas jurídicas responsables civilmente y, en lo que sea aplicable, por mor del art. 4 LEC, las disposiciones de la LEC.

Como ya se ha adelantado, semejante planteamiento no es posible sin una hominización de la persona jurídica. Es la propuesta, por ejemplo, de HERNÁNDEZ GARCÍA³ y GONZÁLEZ CUÉLLAR-JUANES PECES⁴ que, a grandes rasgos, sugieren la presencia de una persona física que actúe en nombre de la persona jurídica, no como mandatario o procurador, sino como sujeto procesal subrogado para el ejercicio de los derechos que asisten a aquélla, rol que asumirá la persona que ostenta la representación legal del ente colectivo, ya sea por designación de los órganos de dirección o por los órganos societarios que tienen dicha facultad. Y, en el caso de que tal representante esté también imputado o cuando surja, o sea susceptible de surgir, un conflicto de intereses defensivos, podrá requerir a los órganos de dirección o de decisión del ente imputado que designe la persona que le representará en el proceso, o, si no la designa por cualquier causa, el nombramiento por el juez de instrucción, con carácter previo a la

³ HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: «Problemas alrededor del Estatuto Procesal de las personas jurídicas penalmente responsables», *Diario La Ley*, nº 7427, 18 de junio de 2010.

⁴ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., y JUANES PECES, A.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor», *Diario La Ley*, nº 7501, 3 Nov. 2010.

comparecencia de inculpación, de una suerte de defensor judicial, próximo a la figura del administrador concursal (arts. 27 y ss. Ley Concursal). Esta solución la sigue el proceso francés (art. 706.43)⁵ mediante la figura del *mandataire de justice* (véase a DEL MORAL GARCÍA).

b) Frente a la expuesta posición, se encuentra la que defiende que la aludida mimetización no es posible. Defendida con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma de la LO 5/2010 por DEL MORAL GARCÍA⁶, ofrece una razón tan simple como contundente: la persona jurídica no es una persona física y, sobre ella, no tiene sentido realizar muchos de los actos procesales que se llevan a cabo sobre la persona física. Si la persona moral no es persona física, su presencia no ha de ser física, sino también moral o «jurídica». Estas afirmaciones, con las que coincido plenamente, provocan que el tratamiento procesal debiera ser diferente. Como señala el mencionado autor, «los derechos de defensa y garantías procesales pueden quedar plenamente cubiertos con la presencia de una dirección letrada técnica y una representación procesal que, en virtud de los deberes propios de su función, estén en comunicación y relación estrecha con los órganos directivos de la sociedad o ente colectivo y sigan fielmente sus instrucciones».

3.2. Mención del anteproyecto y tramitación parlamentaria

En principio, el anteproyecto de Ley de Medidas de Agilización Procesal quedó enfocado en el sentido expuesto en esta última posición doctrinal pues declaraba no aplicables a las personas jurídicas imputadas las disposiciones que fueran incompatibles con su especial naturaleza. En particular, a) las disposiciones relativas a la declaración de imputado, que no procederá en ningún caso sin perjuicio de las alegaciones por escrito que se puedan presentar por el abogado defensor o de cuantas declaraciones de testigos o de personas físicas imputadas sean propuestas por el mismo. b) Las relativas a la declaración del acusado y al ejercicio del derecho a la última palabra en el acto del juicio oral, sin perjuicio de cuanto pueda manifestar el letrado de la entidad en defensa de la misma en su informe final. c) Las relativas a las medidas cautelares de carácter personal.

3.3. Sistema adoptado

No obstante, la tramitación parlamentaria dio un giro copernicano a la idea inicial. Como seguidamente se expondrá, la reforma tomó un camino intermedio, lejano de la construcción inicial, que era buena, y poco práctico a los fines procesales. Podría decirse que acoge la teoría de la mimetización pero descafeinada. Así, es posible visualizar a la persona jurídica imputada a través de un representante que la misma designe, que asistirá a la comparecencia de imputación y a quien se podrá interrogar tanto en este acto procesal como en el plenario. Sin embargo, no es obligatorio para la persona jurídica realizar dicha designación y, por otro lado, si designa al representante y no comparece al acto procesal para el que ha sido citado (*v. gr.* comparecencia de imputación o juicio oral), este no se suspenderá y se llevará a cabo con la presencia del abogado de la persona jurídica.

⁵ GIMENO BEVIÁ, J.: *El proceso penal de las personas jurídicas*, edit. Thomson Reuters Aranzadi, págs. 36 y siguientes, ofrece una panorámica de la regulación de este aspecto en el derecho comparado. Igualmente, GASCÓN INCHAUSTI, *Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal* en la obra colectiva "Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal", Aranzadi, 2010, Cizur Menor, coord. GASCÓN INCHAUSTI, págs. 19 y ss.

⁶ Véase DEL MORAL GARCÍA, A.: *Aspectos procesales derivados de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, publicado en un curso on line del Colegio de Abogados de Madrid e, igualmente, presentado en texto mecanografiado de la ponencia expuesta en un curso organizado por el Consejo General del Poder Judicial, septiembre de 2011). También en *El juicio oral en el proceso penal (especial referencia al procedimiento abreviado)*, VVAA, 2ª edición, editorial Comares, Granada 2010.

II. REGULACIÓN PROCESAL

Una advertencia terminológica. A excepción del art. 120 LECrim, la *Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*, no incluye, en la enumeración que acomete el apartado 21 de su Artículo Único, a propósito de la sustitución del término «imputado» por «investigado», precepto alguno más regulador de algún aspecto procesal concerniente a la persona jurídica. Semejante omisión permite entender que el Legislador no tiene inconveniente en mantener el vocablo «imputado» para las personas jurídicas sujetas a procedimiento penal por mor de los arts. 31 bis y siguientes del CP. En consonancia con ello, fiel al texto vigente, el presente trabajo mantendrá el término «imputado» respecto de la persona jurídica en los apartados que corresponda.

1. Procedimiento aplicable y Órgano de enjuiciamiento

La formulación contenida en los arts. 31 bis y siguientes del CP se proyecta, en materia de competencia, en el incorporado art. 14 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Establece dicho precepto: «Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior el conocimiento y fallo de una causa por delito dependa de la gravedad de la pena señalada a éste por la ley se atenderá en todo caso a la pena legalmente prevista para la persona física, aun cuando el procedimiento se dirija exclusivamente contra una persona jurídica».

Así pues, según la previsión legal, la competencia para conocer del delito cometido por la persona física arrastrará a la del enjuiciamiento de la persona jurídica también responsable. Ha de advertirse que la referencia «a lo dispuesto en el artículo anterior» provoca que no sólo sea el art. 14 el que haya de atenderse pues también deberá contarse con el art. 757 LECrim e, incluso, con la normativa de la LO del Tribunal del Jurado.

Por consiguiente, como principio general, salvo algunas excepciones que ahora se apuntarán, por mor de los criterios contenidos en los indicados arts. 14 y 757 LECrim, la pena establecida para el delito cometido por la persona física, se juzgue o no a ésta, será la que determine el Órgano competente e, igualmente, el procedimiento en el que se dilucidará la responsabilidad penal de la persona jurídica. Y, se insiste, la expuesta regla tendrá aplicación, incluso, cuando se enjuicie, únicamente, a la persona jurídica, posibilidad procesal que autoriza el art. 31 ter CP. Recuérdese, en este punto, la vigencia del Acuerdo de la Sala II de 2-10-1992 que señala la «pena abstracta fijada en el tipo» como parámetro para fijar la competencia, sin que deba estarse a la que resulte del juego de las reglas de aplicación de la pena, sea por imperfección delictiva, por el grado de perfección o por la naturaleza de las circunstancias concurrentes⁷.

Es claro que el procedimiento abreviado será el empleado con más frecuencia, dados los límites que establecen aquellos preceptos, si bien, el consiguiente enjuiciamiento corresponderá al Juez de lo Penal o a la Audiencia Provincial según la pena señalada al delito cometido por la persona física: a) si la pena es de hasta 5 años de prisión o es de distinta naturaleza a la privativa de libertad de duración inferior a 10 años, la competencia corresponderá al Juez de lo Penal.

⁷ GRANADOS PÉREZ, C.: *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del TS para unificación de la jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, pág. 198.

b) Cuando la pena sea de prisión superior a 5 años e inferior a 9 años, o cuando se trate de pena de distinta naturaleza a la privativa de libertad de duración superior a 10 años, la persona jurídica será juzgada por la Audiencia Provincial.

Sin embargo, existen supuestos, como los delitos de tráfico ilegal de órganos humanos si éstos son principales (art. 156 bis CP), radiaciones ionizantes (art. 343 CP), o terrorismo (art. 576 CP), cuyas respectivas penas abstractas superan, para la persona física autora de los mismos, los 9 años de prisión, lo cual, determinará que el procedimiento a seguir sea el ordinario (art. 14.3 y 4 en relación con el art. 757 LECrim) y la Audiencia Provincial el órgano de enjuiciamiento.

Y la expuesta formulación general cuenta con una excepción en los delitos de cohecho (art. 427 bis CP) y tráfico de influencias (art. 430 CP) pues respecto de éstos, por mor del art. 1.2 LO 5/95 del Tribunal de Jurado, se seguirá, en todo caso, el llamado procedimiento del Tribunal del Jurado.

Resta por apuntar, en lo que a esta temática se refiere, que respecto del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (art. 795 LECrim), aunque hay delitos que en teoría admitirían dicha tramitación (propiedad intelectual, daños informáticos, etc.), la relativa complejidad procesal que introduce y acompaña la incorporación de la persona jurídica al proceso torna en muy remota, por no decir inverosímil, la posibilidad de su tramitación por el mismo.

2. Representación procesal y especial de la persona jurídica imputada o acusada y su defensa

La Ley 37/2011 adosó un contenido al hasta entonces vacío art. 119 que distingue, por un lado, la representación procesal y defensa de la persona jurídica y, por otro, la representación especial, esto es, la persona que va a materializar la presencia de la persona jurídica en el procedimiento. No obstante, es conveniente exponer las posibilidades procesales que pueden darse en relación con estas figuras.

2.1. Representación procesal

La representación procesal de la persona jurídica corresponde al procurador y su defensa al abogado. Y la designación de dichos profesionales se realizará, según el art. 119.1.a) LECrim, con ocasión de la citación de la persona jurídica para la comparecencia de imputación. Téngase en cuenta que el art. 118, párrafo 3º, LECrim impone la representación procesal y defensa de las personas investigada, en todo caso, cuando la causa llegue a estado que fuere necesaria su intervención, previsión que, obviamente, es extensible a la persona jurídica. Además, del tenor del art. 119 se desprende que dicha designación es forzosa para la persona jurídica puesto que, si no la hiciere, aquéllos serán designados de oficio [art. 119.1.a), inciso final].

La actuación del procurador de la persona jurídica está diseñada dentro del marco típico de la representación procesal. A dicho profesional la Ley asigna funciones que persiguen un ágil sistema operativo de comunicación procesal. Según el art. 119.1.d), «La designación del Procurador sustituirá a la indicación del domicilio a efectos de notificaciones, practicándose con el Procurador designado todos los actos de comunicación posteriores, incluidos aquellos a los que esta Ley asigna carácter personal. Si el Procurador ha sido nombrado de oficio se comunicará su identidad a la persona jurídica imputada».

2.2. Defensa

Respecto del abogado de la persona jurídica, las previsiones que la nueva normativa contiene para reglar su intervención no se centran de manera exclusiva en la defensa de aquélla. El momento procesal para su designación es, como se ha adelantado, el mismo que el establecido para el procurador –art. 119.1.a)–. Por su lado, la presencia del abogado está expresamente prevista en la comparecencia de imputación –art. 119.1.b)–, en las diligencias de investigación o de prueba anticipada que requieran la presencia del investigado/imputado –art. 120–, y en el acto del juicio oral –art. 786 bis.2–. Sin embargo, se le otorga un rol de garante procesal de la persona jurídica para el caso que el representante expresamente designado por ella no comparezca a la faz judicial.

2.3. Representación física

En cuanto al representante físico, la reforma de la Ley 37/2011 ha creado una figura singular sin precedentes en nuestra legislación procesal penal. Es denominada *representante especial de la persona jurídica* y quiere la Ley que constituya la visualización, la presencia física o, si se prefiere, la materialización de la persona jurídica encausada en el procedimiento penal. El art. 119.1.a) prevé que en la citación de la comparecencia de imputación se requiera a la persona jurídica para que proceda a la designación de un representante que desempeñaría el papel que acaba de mencionarse, el cual, recibirá del Juez la información de los hechos que se imputan a la persona jurídica –art. 119.1.c)–, podrá acudir a las diligencias de investigación o de prueba anticipada que se acuerden –art. 120– y declarar como si fuera la personificación viviente de la persona jurídica imputada o acusada, sea durante la instrucción –art. 409 bis– o en el acto del juicio oral –art. 786 bis–. No obstante, ha de tenerse presente que de los preceptos procesales incorporados a la Ley de Enjuiciamiento Criminal se desprende que la designación de dicho representante se ofrece como una opción para la persona jurídica que puede ser renunciada o, simplemente, desatendida y también que, designado, su inasistencia a alguno de los indicados actos procesales en modo alguno va a determinar su suspensión: «La falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el Abogado y Procurador designado» –art. 119.1.a), inciso final–. Por otro lado, la Ley procesal deja claro en varios preceptos que la no asistencia de dicho representante al acto procesal no impedirá la celebración de éste (cfr. arts. 119, 120, 409 bis, 786 bis).

Incluso, de la lectura de los arts. 119 y 786 bis cabe colegir que no tiene que ser, necesariamente, la persona física designada por la persona jurídica para la instrucción la misma que actúe como representante especial en el juicio oral. La persona jurídica puede nombrar a otra distinta. Y, en cualquier caso, el nombramiento puede recaer en cualquier clase de persona, pertenezca o no al entramado de la persona jurídica. Hasta el propio abogado encargado de la defensa podría ser designado como representante –no hay precepto que lo prohíba– aunque esta posibilidad ofrece serios inconvenientes que aforarían no solo en el momento del interrogatorio de la persona jurídica, pues el abogado sería el interrogado, sino, en general, con la actuación que una defensa técnica ha de desplegar en el plenario.

Una última reflexión sobre las posibilidades procesales de actuación que tiene este representante especial. En principio, salvo que este compareciere con un poder especial de la persona jurídica, su intervención no será otra que la expresamente diseñada en los indicados preceptos siempre referidos a la asistencia a actos procesales (comparecencia de imputación, práctica de

diligencias de investigación o de prueba anticipada, etc.), o a erigirse en protagonista del medio de prueba (ser el interrogado). No podrá, por ejemplo, careciendo de poder al efecto, solicitar nueva declaración de la persona jurídica imputada o cualquier otra diligencia o dirigir preguntas a otros imputados, acusados, testigos o peritos.

La STS 154/2016, de 29-2, ponente MAZA MARTÍN, J.M., tras señalar que es cuestión no resuelta por la Ley 37/201, se plantea cuál ha de ser el régimen para designar la persona física que deba actuar en representación de la persona jurídica en el procedimiento en el que se enjuicie su posible responsabilidad penal y no sólo en el ejercicio de la estricta función representativa sino también, lo que tiene mayor importancia, a la hora de dirigir y adoptar las decisiones oportunas en orden a la estrategia de defensa a seguir como más adecuada para los intereses propios de la representada. Para la mencionada Sentencia, «[...] la cuestión lógicamente se suscita especialmente en aquellos supuestos en los que pudiera existir un conflicto de intereses procesales entre los de quienes, en principio, estarían legalmente llamados a llevar a cabo tales funciones representativas (representantes y administradores) y los propios e independientes de la persona jurídica, que a su vez pudieren incluso afectar a los derechos de terceros, como sus trabajadores, acreedores, accionistas minoritarios, etc. Más en concreto aún, cuando aquel a quien se encomiende tal tarea fuere, a su vez, posible responsable de la infracción que da origen a la condena de la representada, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que su actuación se extiende también a las decisiones relativas a la estrategia de defensa a seguir, que incluirán la posibilidad de optar por un camino de colaboración con las autoridades encargadas de la persecución y castigo del delito cometido por la persona física en el seno de la colectiva, aportando datos y pruebas sobre la identidad de su autor y los hechos por él cometidos, con el fin de obtener para la persona jurídica los beneficios punitivos derivados de esa opción como consecuencia de la aplicación de la correspondiente atenuante (vid. art. 31.quáter.b) CP)».

La mencionada STS 154/2016 descarta la designación en pro de quien se sabe autor del delito originario pues, por las razones que aduce, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, y ofrece como solución: «Semejante cuestión, de tanta trascendencia procesal como puede advertirse y que es resuelta en otros ordenamientos con distintas fórmulas, como la designación a estos efectos por el órgano jurisdiccional correspondiente de una especie de “defensor judicial” de la persona jurídica, la asignación de tales responsabilidades a un órgano colegiado compuesto por personas independientes junto con otras en representación de los intereses de terceros afectados por las posibles consecuencias sancionadoras derivadas del ilícito de la persona jurídica, etc. o como lo era también en nuestro propio país en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 (art. 51.1) mediante la atribución de esas funciones de defensa, con carácter prioritario, al “director del sistema de control interno de la entidad” (el denominado también como “oficial de cumplimiento”), evidentemente no puede ser resuelta, con carácter general, por esta Sala. Sin embargo nada impediría, sino todo lo contrario, el que, en un caso en el cual efectivamente se apreciase en concreto la posible conculcación efectiva del derecho de defensa de la persona jurídica al haber sido representada en juicio, y a lo largo de todo el procedimiento, por una persona física objeto ella misma de acusación y con intereses distintos y contrapuestos a los de aquella, se pudiera proceder a la estimación de un motivo en la línea del presente, disponiendo la repetición, cuando menos, del Juicio oral, en lo que al enjuiciamiento de la persona jurídica se refiere, a fin de que la

misma fuera representada, con las amplias funciones ya descritas, por alguien ajeno a cualquier posible conflicto de intereses procesales con los de la entidad, que debería en este caso ser designado, si ello fuera posible, por los órganos de representación, sin intervención en tal decisión de quienes fueran a ser juzgados en las mismas actuaciones».

3. Referencia a los derechos procesales de la persona jurídica

Ya se dijo que la proclamación de la responsabilidad penal de la persona jurídica determina, en el proceso penal, la atribución del *status* de parte. La imputación de la persona jurídica le lleva a estar pasivamente legitimada para ejercer su derecho de defensa. Por consiguiente, el problema que se plantea con las personas jurídicas responsables penalmente no es tanto el reconocimiento de los derechos procesales, innegables a cualquier sujeto susceptible de ser condenado en un procedimiento penal, sino la extensión o alcance que haya de darse a algunos de ellos.

La reforma introducida por la Ley 37/2011 reconoce expresamente los derechos de defensa y a la asistencia letrada, a guardar silencio, a no declarar contra sí misma, a no confesarse culpable y a ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio. Entre éstos, los de no declarar contra sí misma o no confesarse culpable, ambos afluentes del derecho a la no autoincriminación, gozarán de cierta relevancia pues, en su virtud, la persona jurídica imputada no podrá ser obligada a aportar determinada documentación o a exhibir sus libros y documentos, sin perjuicio de que dicha actitud provoque la reacción del órgano jurisdiccional en la búsqueda de la prueba⁸.

Por lo demás, en términos generales, las distintas situaciones en las que puede verse la persona jurídica en el proceso penal, esto es, investigada/imputada, procesada, acusada o condenada, determinan que le sea reconocido el consabido conjunto de garantías y derechos de índole procesal aunque, con relación a alguno de ellos, deba introducirse alguna matización o precisión. Ello con independencia de otros derechos que igualmente asisten a la persona jurídica, ínsitos en preceptos procesales ya existentes, y que la propia reforma declarara aplicables.

Respecto del derecho a la presunción de inocencia que prevé el art. 24 CE, es cierto que, en principio, aparece reconocido para las personas físicas o, al menos, el legislador constitucional, al redactarlo, no estaba pensando en las personas jurídicas. Sin embargo, su proclamación respecto de estas últimas es indiscutible. Es más, cuando se trata de declarar su responsabilidad penal en el proceso han de acreditarse los hechos exigidos por la legislación del ramo (arts. 31 bis y siguientes y correspondiente precepto del Libro II del CP) y, en este sentido, no existen diferentes intensidades, sea persona física o jurídica, en la exigencia de la prueba para afirmar aquella. En otras palabras, no será posible la condena de la persona jurídica mientras no se acrediten los hechos que determinan su responsabilidad. Señaló la STS 154/2016, de 29-2, que «... derechos y garantías constitucionales [...] como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al Juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc., sin perjuicio de su concreta titularidad [...] ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones en lo que a ella respecta».

⁸ Trata ampliamente esta cuestión NEIRA PENA, A., en *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2017.

Por su lado, el proclamado derecho al silencio de la persona jurídica plantea algunos interrogantes, no en cuanto a su reconocimiento pues es obvio que ha de otorgársele, sino de la perspectiva de la delimitación de su alcance. Así, cabe que el representante especialmente designado por la persona jurídica, sea en la instrucción o en el juicio oral, haga uso del derecho al silencio reconocido a aquélla. Pero en la instrucción o en el juicio oral pueden comparecer otras personas físicas que forman parte integrante de la persona jurídica o que están directamente relacionadas con ella (administradores, representantes legales u orgánicos, socios, empleados, etc.). La cuestión es que, en puridad, estas personas, salvo que tengan la condición de investigados, acusados o responsables civiles, únicamente pueden comparecer como testigos con toda la normativa que a éstos le es aplicable y, en consecuencia, se verían obligados a revelar determinados extremos de manera que devendría inoperante el derecho al silencio reconocido a la persona jurídica.

DEL MORAL GARCÍA⁹ trata con profundidad esta cuestión para concluir que, al menos, a los miembros de los órganos directivos alcanzaría el derecho de no autoincriminación de las personas jurídicas imputadas o acusadas. Del mismo modo se pronuncia respecto de otras personas relacionadas con la persona jurídica que ocupen puestos en el entramado organizativo, aunque no sean directivos ni miembros o socios del ente. Concluye que el art. 418 de la LECrim puede proporcionar, por vía de analogía, una muy modesta ayuda para discriminar casos y casos y matizar las soluciones cuando no se trata de la declaración de un representante legal.

En mi opinión, con la legalidad vigente, no es posible otorgar el derecho al silencio al que, por su *status* procesal, no le corresponde. No existe base normativa para reconocerlo. Extender el derecho al silencio a las personas que de un modo u otro están integrados o tienen relación con la persona jurídica (administrador, representante orgánico, socio, algunos autores mencionan, incluso, a los meros empleados) supone descontextualizar dicho derecho al silencio pues éste es atributo, único y exclusivo, del investigado o acusado. Dicho derecho debe detenerse en la persona para el que está establecido: la persona física y, ahora también, para la persona jurídica investigada/imputada o acusada. Y, al igual que se reconoce una dispensa para declarar a determinados parientes del investigado o acusado que son llamados como testigos (véase art. 416 LECrim) de *lege ferenda* cabría reconocer una similar dispensa para declarar a los representantes o administradores de la persona jurídica respecto de aquellos hechos que pudieran constituir la base de la afirmación de responsabilidad penal de aquélla.

Finalmente, hay que indicar que ha sido objeto de tratamiento jurisprudencial el derecho a la última palabra de la persona jurídica. La STS 583/2017, de 19-07, señala al respecto que «Desde el punto de vista material o de fondo, es decir desde la necesidad de indagar en qué medida puede anudarse algún género de indefensión a esa supuesta omisión (un trámite formal de última palabra a una persona jurídica que estaba defendida por letrado, cuyos titulares reales eran parte en el juicio, y que no había designado a nadie diferente para ostentar su representación, designación que en todo caso correspondía a esos propietarios reales también partes en el proceso y que por tanto lo conocían de sobra su existencia y vicisitudes), las conclusiones no pueden ser más contundentes: ninguna indefensión ha podido producirse». Y añade, «Frente a la jurisprudencia más antigua que consideraba que la desnuda constatación de la ausencia de ofrecimiento al acusado

⁹ DEL MORAL GARCÍA, A.: *Aspectos procesales derivados de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, op. cit.

del derecho a manifestar lo que conviniera al término del juicio bastaba para provocar la nulidad (STS 891/2004, entre otras) es doctrina común hoy que solo cuando esa omisión ha supuesto una efectiva privación de un medio de defensa con contenido real será planteable un desenlace anulatorio...», citando en su apoyo argumental la STC 258/2007, de 18-12, («Solo habrá indefensión material con relevancia cuando no sea descartable que el trámite omitido hubiera sido decisivo en términos de defensa, en el sentido de que hubiera podido determinar un fallo diferente»), y la STS 490/2014, de 17-6 («Para que el motivo pudiese tener alguna viabilidad tendría que alegarse en qué hubiese variado su defensa de haber contado con esa difícilmente posible traducción “simultánea”. Nada se dice al respecto. Solo se sugiere que no pudo hacer uso con eficacia de su derecho a la última palabra [...] La nulidad exige una efectiva indefensión que ni se precupa de intentar justificar»).

4. La imputación de la persona jurídica

En apariencia, el diseño de la imputación de la persona jurídica no parece diferente al confeccionado para la persona física, a salvo, la particularidad de los hechos delictivos en los que expresamente esté prevista su responsabilidad penal. De hecho, el art. 119 LECrim ordena que se practique la comparecencia prevista en el art. 775. Sin embargo, la incidencia que inevitablemente ejerce sobre dicho acto procesal el contenido de los arts. 31 bis y siguientes del Código Penal y las particularidades que incorpora el propio art. 119 LECrim, convierten a la misma en una imputación singular.

Como sucede con la persona física, la imputación de la persona jurídica se lleva a cabo en una comparecencia (art. 119.1) a la que la persona jurídica debe ser citada, en su domicilio social, para que asista a la misma [art. 119.1.a)]. La citación presenta como peculiaridad el contener un requerimiento a la persona jurídica para que designe a un representante así como abogado y procurador. Dicha citación deberá también contener la advertencia de que, en caso de no hacerlo, se procederá a la designación de oficio de estos dos últimos. Sin embargo, como ya se adelantó, no es imprescindible para que el procedimiento continúe su curso que se designe al representante pues dispone expresamente el art. 119.1 a) que «la falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el abogado y procurador designado». Por otro lado, cuando no haya sido posible la citación de la persona jurídica para el acto de primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido, el art. 839 bis LECrim impone su llamamiento mediante requisitoria.

Por lo demás, el art. 119 contiene otras particularidades importantes que habrán de observarse en la comparecencia de imputación de la persona jurídica:

- El representante especialmente designado por la persona jurídica imputada asistirá a la comparecencia de imputación acompañado del abogado de aquélla.
- El Juez informará al representante de los hechos que se imputan a la persona jurídica. Según el art. 119.1.c), inciso segundo, dicha información se facilitará a la persona jurídica por escrito o mediante entrega de una copia de la denuncia o querrela presentada. En este punto, conviene no olvidar que el contenido de la imputación estará integrado por los hechos que se atribuyen a la persona jurídica. Por consiguiente, atendidos los arts. 31 bis y siguientes del CP, la imputación habrá de abarcar los hechos delictivos cometidos por la persona física y los hechos que permiten afirmar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

- Finalmente, no está de más insistir, como hace el art. 119.1.b) y otros preceptos para otras actuaciones procesales, que la inasistencia a la comparecencia de imputación del representante designado por la persona jurídica no impedirá su celebración y se practicará la imputación con el abogado de la entidad, lo cual, quiere decir que tendrá lugar con éste la información de los hechos que se imputan a la persona jurídica en el sentido visto.

5. Interrogatorio de la persona jurídica

Ya quedaron esbozadas las objeciones que encuentra optar por una visualización de la persona jurídica en actos procesales que están diseñados, exclusivamente, para personas físicas o que sólo tienen sentido realizarlos con estas últimas. La Ley procesal, no obstante, quiere que exista un interrogatorio de la persona jurídica y, como ello es materialmente imposible por ser aquélla una ficción del Derecho, acude a la figura del representante especial.

Ha de subrayarse, no obstante, que los reparos que se objetan al criterio seguido por el Legislador no provienen de las formalidades que deben observarse en el interrogatorio de la persona jurídica imputada. Como se expondrá en el segundo apartado de este epígrafe, la turbulencia procesal reside en que se recibe declaración a una persona que, aunque la representa, no es el investigado. Por consiguiente, el representante no declara por hechos propios sino por hechos de otro, la persona jurídica. Ello tiene que repercutir, necesariamente, en aspectos tan trascendentes como los concernientes a la valoración de dicha declaración.

En este contexto, el presente apartado suscita dos cuestiones. Una tiene que ver con las formalidades que acompañan al acto procesal del interrogatorio. La otra, atañe a la eficacia o aportación práctica del interrogatorio del representante especialmente designado por la persona jurídica.

5.1. Aspectos formales

El interrogatorio de la persona jurídica únicamente puede tener lugar a través del representante especialmente designado que comparecerá asistido del abogado de aquélla (art. 409 bis). Si el designado como representante no compareciere, el Juez no puede interrogar al abogado que únicamente ostenta la defensa técnica de la persona jurídica.

Dispone el art. 409 bis que, a dicha declaración, «le será de aplicación lo dispuesto en los preceptos del presente capítulo en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza...». El capítulo al que se refiere es el Capítulo IV del Título V del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dedicado a las declaraciones de los procesados.

El acto del interrogatorio en sí no debe presentar dificultades siempre que se tenga en cuenta que se pregunta al representante por los hechos imputados a la persona jurídica y no por hechos realizados por el propio representante. La expuesta reflexión plantea la cuestión de si la persona jurídica puede designar como representante a una persona física que también esté investigada en el mismo procedimiento. No existe precepto que lo prohíba y, tampoco, un escollo procesal lo suficientemente intenso que lo haga incompatible. El art. 785 bis, respecto del juicio oral, únicamente prohíbe designar como representante para ser interrogado en el mismo a quien haya de declarar en el juicio como testigo. Nada dice respecto de las personas físicas que, junto a la persona jurídica, estén también acusadas. Distinta cuestión será la oportunidad o conveniencia de proceder de dicho modo, sobre todo, en el momento de formular las

preguntas o emitir contestaciones, cuando haya de separarse o distinguir los hechos referidos a una (persona física) o a otra (persona jurídica). Considero que existen más inconvenientes prácticos que ventajas en la analizada posibilidad aunque no una prohibición legal.

Para la realización del interrogatorio de la persona jurídica, el art. 409 bis ordena que se tome declaración «al representante especialmente designado por ella, asistido de su Abogado». El abogado al que se está refiriendo el precepto es el de la persona jurídica previamente imputada, no el de la persona física que comparece como representante para ser oído en declaración. Dicho representante, al no estar investigado ni declarar sobre hechos propios, no tiene porqué estar asistido de abogado.

El indicado art. 409 bis establece también que «la declaración irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización». Esboza así la Ley procesal los objetivos del interrogatorio, similares a los que establece el art. 389 LECrim para la declaración de los procesados, los cuales, constituirán, al mismo tiempo, el marco en el que quedará delimitada la pertinencia procesal de las preguntas a formular.

Dada la remisión que se efectúa a los arts. 385 y siguientes, conforme al art. 400 LECrim la persona jurídica imputada podrá declarar cuantas veces quiera. No obstante, ya se puso de manifiesto en el epígrafe dedicado al representante designado por la persona jurídica que, salvo que presentare un poder al efecto, carece de apoyo normativo para solicitarlo. Por otro lado, es también de observar el art. 405 LECrim según el cual, «Si en las declaraciones posteriores se pusiere el procesado en contradicción con sus declaraciones primeras o retractare sus confesiones anteriores, deberá ser interrogado sobre el móvil de sus contradicciones y sobre las causas de su retractación».

El art. 409 bis, con ocasión del interrogatorio de la persona jurídica, garantiza los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable. No hay que olvidar que tales derechos se reconocen a la persona jurídica, no a la persona física que como representante de aquélla está declarando. En teoría, como ya se ha indicado, la declaración persigue averiguar los hechos, la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización. Respecto de todos estos extremos fácticos concernientes a la persona jurídica, la persona física representante de la misma podrá ejercitar aquellos derechos. Únicamente, la persona física que interviene como representante de la persona jurídica podrá guardar silencio por derecho propio, y no por ejercitar el de la persona jurídica, cuando se le formulen preguntas cuya respuesta pueda suponer la confesión de su participación en la comisión de algún acto punible y, ello, por aplicación directa del art. 24 CE.

Finalmente, la Ley vuelve a recordar que la práctica del interrogatorio de la persona jurídica no constituye un acto necesario para la instrucción de las diligencias penales. Señala el párrafo 2º del art. 409 bis: «No obstante, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación determinará que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar». Sin perjuicio de lo que se ha dicho *supra* en otro apartado sobre el derecho al silencio, quizá la Ley se ha excedido, en este punto, respecto de la presunción que incorpora, pues, una cosa es que se dé por celebrado el acto del interrogatorio en el sentido de que no es necesario volver a citar a la persona jurídica para tal

menester y pueda continuarse la tramitación del procedimiento y otra, muy distinta, es añadir que la persona jurídica se acoge al derecho a no declarar pues, como es sabido, del ejercicio del derecho al silencio pueden desprenderse ciertas consecuencias. Si nos atenemos a la doctrina del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, en principio, como señalan las SSTs 20-7-2001 y 29-1-2008, no puede llevar a una valoración negativa del ejercicio del derecho al silencio. En este sentido, proclamó la STS 15-11-2000: «... Tampoco es valorable como indicio el ejercicio por el acusado en el plenario de su derecho a no declarar. El acusado que mantiene silencio y se niega a dar una explicación alternativa a la que en principio se deduce del cúmulo de indicios concurrentes sobre su intervención en el delito, ejercita un derecho constitucional a no declarar del que no puede resultar por tanto la prueba de su culpabilidad. La participación criminal no puede deducirse de la falta de explicaciones por parte de quien está amparado por la presunción de inocencia, sino del resultado de un proceso lógico cuyo punto de arranque se sitúa en el conjunto de hechos base llamados indicios, con capacidad para conducir por vía deductiva, y de modo lógico, a una conclusión llamada hecho consecuencia. De este mecanismo el silencio del acusado no forma parte porque no es premisa de la conclusión ni un elemento incorporable al proceso lógico como un indicio más entre otros...». Sin embargo, como apunta, por todas, la STS 29-1-2008: «... Cuestión distinta es el alcance que en determinados supuestos pueda el Tribunal conceder al silencio del acusado que se enfrenta a una serie de indicios acreditados en su contra, en tanto en cuanto omite la posibilidad de ofrecer otra explicación diferente al razonamiento deductivo llevado a cabo por el órgano sentenciador a través de tal conjunto indiciario, supuesto contemplado por el TEDH, caso Murray, S. 8-6-96, y caso Landrove, S. 2-5-2000, y en las que previo advertir que “los Tribunales internos deberán mostrarse especialmente prudentes antes de utilizar el silencio del acusado en su contra” ya que “sería incompatible con el derecho a guardar silencio fundamentar una condena exclusivamente o esencialmente en el silencio del inculcado o en su negativa a responder a preguntas o a declarar”, ciertamente admiten que ello no impediría “tener en cuenta el silencio del interesado, en situaciones que requiriesen una explicación por su parte para apreciar la fuerza persuasiva de las pruebas de cargo”, doctrina de la que se ha hecho eco el Tribunal Constitucional SS. 137/98 de 7-7 y 202/2000 de 24-7, entre otras y que precisa que ello “solo podría seguir al examen de las circunstancias propias del caso, en función de las cuales puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas inculpativas objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación [...] no puede afirmarse que la decisión de un acusado de permanecer en silencio en el proceso penal no puede tener implicación alguna en la valoración de las pruebas por el Tribunal que le juzga. Bien al contrario, se puede decir que dicha decisión o la inconsistencia de la versión de los hechos que aporta el acusado habrían de ser siempre tenidas en cuenta por el órgano judicial [...] como corroboración de lo que ya está probado [...] es situación que reclama claramente una explicación del acusado en virtud de las pruebas de cargo aportadas [...] de modo que el sentido común dicta que su ausencia (la omisión de declarar) equivale a que no hay explicación posible”. De esta misma Sala Segunda podemos citar las SSTs 554/2000 de 27-3, 24-5-2000, 20-9-2000, 23-12-2003 y 358/2004 de 16-3, y 29-3-99 que explica: “El silencio es en realidad la ausencia de una explicación que precisamente porque no existe en nada afecta a la racionalidad de la inferencia obtenida de los indicios; una racionalidad en la deducción que, si fluye de los propios

indicios, y discurre a través de las reglas de la lógica y de la experiencia, el solo silencio del acusado por sí mismo no destruye ni atenúa. No se condena por no explicar. Se condena por unos indicios suficientes para construir racionalmente una deducción, es decir, por la existencia de una prueba indiciaria, que como tal no encuentra a su vez en el silencio del acusado otra prueba que neutralice su capacidad demostrativa”. En definitiva y como señala la STS 24-5-2000, el silencio del acusado en ejercicio de un derecho, puede ser objeto de valoración cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclama una explicación por su parte acerca de los hechos. Por ello el silencio del acusado sí puede entenderse como contradicción a los efectos del art. 714 LECrim, pues en principio hay que entender que en el concepto de contradicción, en lo que al acusado se refiere, se extiende a toda conducta que jurídicamente pueda ser considerada contraria a su referente sumarial. De lo que se infiere que cuando obran en el sumario declaraciones judiciales autoinculporatorias del acusado, el silencio del mismo en el juicio oral ha de ser considerado como una “contradicción” a los efectos del art. 714 LECrim...». Otros pronunciamientos de interés sobre esta cuestión se encuentran en la STC 24-7-2000 y las SSTS 29-3-99; 24-5-2000; 20-12-2006 y 679/2013, de 25-7, entre otras muchas.

5.2. Objeciones a la declaración del representante especial

Al margen de lo expuesto en la ya transcrita STS 154/2016, de 29-2, son muchos los reparos que se presentan a la hora de pretender dotar de algún tipo de eficacia práctica al interrogatorio de la persona jurídica, tal y como aparece regulado. Para empezar, porque la persona jurídica carece de conciencia propia o, si se prefiere, de mente criminal, cualidad aquélla que es propia y exclusiva de los seres humanos. Debe recordarse que la persona jurídica, en tanto que es una ficción creada por el Derecho, no actúa por sí misma ni puede atribuírsele una voluntad, sino que precisa de la acción de una persona física. No se le puede interrogar sobre sus intenciones o sus propósitos. Además, el representante especialmente designado por la persona jurídica no declara sobre hechos propios sino sobre hechos de la persona jurídica. En consecuencia, el representante que comparezca ante el Juez de instrucción para ser interrogado –o en el acto del juicio oral– ofrecerá su particular visión o interpretación de los hechos pero no puede expresar el sentir de la persona jurídica, precisamente, porque ésta carece de él y, tampoco, puede declarar por hechos propios de la persona jurídica porque no los ha ejecutado. En el plano de la investigación criminal o en el del enjuiciamiento, lo que realmente interesa al juez de instrucción o al juzgador es la declaración de la persona física presuntamente responsable penal y no la de un tercero por muy amplio que sea el poder de representación de la persona jurídica que le autorice.

Desprovista de su razón de ser, la declaración del representante especial se presenta con pocas posibilidades de tener un contenido valorable como prueba a la hora de dictar sentencia, precisamente, porque únicamente se está expresando el sentir o voluntad de una persona física, el de sí mismo, se insiste, por muy representante voluntario o mandatario que sea de la persona jurídica o por muy variadas y delimitadas que sean las instrucciones que le hubieren dado.

6. Práctica de otras diligencias de instrucción

Aprovecha el legislador que el art. 120 se encontraba sin contenido para establecer en él que la persona jurídica pueda *visualizarse* o *materializarse* en aquellos actos de instrucción y de prueba anticipada que, según las normas generales, precisen o autoricen la presencia del investigado.

Según el art. 120 LECrim: 1. «Las disposiciones de esta Ley que requieren o autorizan la presencia del investigado en la práctica de diligencias de investigación o de prueba anticipada se entenderán siempre referidas al representante especialmente designado por la entidad, que podrá asistir acompañado del letrado encargado de la defensa de ésta. 2. La incomparecencia de la persona especialmente designada no impedirá la celebración del acto de investigación o de prueba anticipada que se sustanciará con el Abogado defensor».

Sobre lo dispuesto en el transcrito art. 120 LECrim pueden apuntarse algunas consideraciones:

1º) En lo que se refiere a las diligencias de investigación, habrá que citar al representante especial de la persona jurídica siempre que aquél estuviera designado por ésta pues, recuérdese, no es obligado para la persona jurídica designar el representante especial a que se refiere la Ley. Lo dicho puede tener trascendencia respecto de algunos actos de instrucción como la entrada y registro en el domicilio de la persona jurídica. La Ley 37/2011 añadió un nuevo apartado al artículo 554, con el ordinal 4º, que recoge los espacios que reputa domicilio a los efectos, precisamente, de la entrada y registro: «Tratándose de personas jurídicas imputadas, el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros».

2º) Es presupuesto indispensable para la citación del representante especial que la norma procesal establezca que la diligencia de instrucción haya de practicarse con la presencia del investigado. Existen actuaciones en la instrucción que en ningún caso podrán llevarse a cabo con la persona jurídica y, del mismo modo, hay otros que la imposibilidad sólo es aparente. Es el caso del reconocimiento en rueda del administrador o empleado de la persona jurídica por los actos que uno de aquéllos hubiera podido llevar a cabo. Es claro que, en este caso, ha de citarse al representante para que asista al mismo.

3º) Aunque el art. 120 LECrim alude textualmente a la *prueba anticipada*, dado que menciona al investigado, y no al acusado, la expresión deberá entenderse referida a la prueba preconstituida que siempre se practica ante el Juez de instrucción. Sin embargo, no existe inconveniente para que el precepto se observe también para la prueba anticipada que en rigor tiene lugar (no obstante algunas puntualizaciones observadas en sentencia del Tribunal Constitucional y un sector de la doctrina que pueden llevar a confusiones en los conceptos de prueba preconstituida y anticipada) con anterioridad a la celebración del juicio oral y ante el Juez o Tribunal enjuiciador¹⁰.

4º) Finalmente, como se establece para la comparecencia de imputación o celebración del juicio oral, la no asistencia del representante especial designado por la persona jurídica (o, en los casos que ésta no lo hubiere designado) no será motivo de suspensión del acto de investigación o de prueba anticipada (o preconstituida) que se celebrará con la presencia del abogado defensor. Se vuelve a insistir, en este lugar, que el abogado defensor de la persona jurídica, a menos que hubiera sido designado representante especial de la misma, no es el sustituto o suplente del representante especial de la persona jurídica. Por tanto, ante la incomparecencia de éste último, el abogado ha de ajustar su intervención a la defensa técnica de la persona jurídica en el acto de investigación instructorio o de prueba preconstituida o anticipada.

¹⁰. Un correcto análisis sobre prueba preconstituida y anticipada puede verse en la STS 96/2009, de 10-3.

7. Medidas cautelares

Un precepto específico, introducido por la Ley 37/2011, contiene las formalidades necesarias para que puedan acordarse medidas cautelares contra las personas jurídicas. Según el art. 544 quáter: «1. Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente previstas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. 2. La medida se acordará previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas. El auto que decida sobre la medida cautelar será recurrible en apelación, cuya tramitación tendrá carácter preferente».

En el plano procesal, para acordar una de las medidas cautelares a las que se refiere el art. 544 quáter contra la persona jurídica es preciso, en primer lugar, que ésta tenga la condición de investigada/imputada. En segundo término, el Juez o Tribunal no puede adoptar de oficio dicha medida cautelar; necesita, como ordena el precepto, la previa petición de parte. Y, como es necesaria la celebración de vista, lo normal es que el Juez o Tribunal no convoque a dicha vista mientras no tenga la petición de parte solicitando la adopción de la medida. A esta vista deberá ser citado, además del abogado de la persona jurídica, el representante especial si está designado por la persona jurídica.

Según la Circular 1/2011 FGE, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del CP efectuada por LO 5/2010, «en ausencia de otras previsiones específicas, resultará necesario para su adopción que concurra *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»¹¹.

La resolución en que se acuerda la medida cautelar requiere la forma de auto. Contra éste cabe interponer recurso de apelación cuya tramitación habrá de acomodarse, caso de procedimiento ordinario o del Tribunal del Jurado, a los arts. 222 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, si se tratara de procedimiento abreviado, al art. 766 de la misma. Sin embargo, no se acierta a entender bien la razón de que haya de darse carácter preferente a la tramitación del recurso de apelación.

En el plano material, preceptúa el art. 544 quáter que «las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente previstas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal». Y éstas se recogen en el art. 33.7 CP, a cuyo tenor, «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».

Similar previsión efectúa el art. 129.3 CP para 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 artículo 31 bis de este Código. Así, establece: «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 artículo 33.7».

¹¹ VELASCO NUÑEZ, E., en «Medidas cautelares sobre las personas jurídicas», Capítulo VII de la obra colectiva *Proceso Penal y Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas* (director, Pérez-Cruz Martín, A.; coordinadora, Neira Pena, A.), *op. cit.*, págs. 157 y ss., analiza estos presupuestos y otros aspectos de las medidas cautelares.

Ahora bien, lo establecido en el apartado 1 del art. 544 quáter debe matizarse pues, aparentemente, parece que a la persona jurídica imputada únicamente pueden imponérsele las medidas expresamente previstas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Y no es así. La ubicación sistemática que el Legislador ha encontrado para esta previsión no es casual: el art. 544 quáter queda situado en el Título VII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que regula parte de las medidas cautelares de carácter personal. Y así pretende el art. 544 quáter que se trate a las medidas expresamente previstas en la Ley Orgánica 10/1995, ya mencionadas. Por tal razón, de manera similar a lo regulado para la prisión provisional, el precepto prevé que se celebre una vista o comparecencia y exista previa petición de parte. Pero ello no impide que puedan adoptarse medidas cautelares reales sobre la persona jurídica; fianzas, embargos, prohibiciones de disponer, etc., podrán acordarse sin necesidad de vista pues para su adopción no rigen las exigencias del art. 544 quáter sino otros preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (*cf.* art. 614) o de la Ley de Enjuiciamiento Civil por mor de lo establecido en su art. 4.

8. La rebeldía de la persona jurídica

El llamamiento mediante requisitoria de la persona jurídica imputada cuando no haya sido posible su citación para el acto de primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido y la declaración de rebeldía de la misma vienen contempladas en el art. 839 bis LECrim: «1. La persona jurídica imputada únicamente será llamada mediante requisitoria cuando no haya sido posible su citación para el acto de primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido. 2. En la requisitoria de la persona jurídica se harán constar los datos identificativos de la entidad, el delito que se le imputa y su obligación de comparecer en el plazo que se haya fijado, con Abogado y Procurador, ante el Juez que conoce de la causa. 3. La requisitoria de la persona jurídica se publicará en el Boletín Oficial del Estado y, en su caso, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o en cualquier otro periódico o diario oficial relacionado con la naturaleza, el objeto social o las actividades del ente imputado. 4. Transcurrido el plazo fijado sin haber comparecido la persona jurídica, se la declarará rebelde, continuando los trámites procesales hasta su conclusión».

El transcrito art. 839 bis es introducido por la Ley 37/2011 en el Título VII del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, intitulado «Del procedimiento contra reos ausentes». Con carácter previo conviene apuntar que el mencionado momento procesal que se ha escogido para que proceda declarar la rebeldía de la persona jurídica encierra cierta incorrección técnica si se observa el previsto para la persona física, sea conforme al indicado Título VII para el procedimiento ordinario, sea según la regulación específica del procedimiento abreviado, lo cual, aboca a un tratamiento procesal muy diferente que no encuentra mucha justificación. En efecto, mientras que en el procedimiento ordinario es necesario, para la declaración de rebeldía, que haya recaído auto de procesamiento pues los preceptos del indicado Título VII siempre aluden al procesado, y, en el procedimiento abreviado, conforme a lo prevenido en el art. 784.4 LECrim, es preciso que se haya dictado el auto de apertura del juicio oral, para las personas jurídicas la declaración de rebeldía no tiene que esperar a los reseñados momentos procesales pues puede realizarse a partir de que hayan sido imputadas. El referente para la búsqueda por requisitoria de la persona jurídica se sitúa en el momento en que no haya sido posible su citación para el acto de primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido.

Por otro lado, la expuesta discordancia respecto del momento procesal para declarar la rebeldía de la persona jurídica suscita la cuestión que seguidamente se analiza. Una vez declarada la rebeldía de la persona jurídica, el art. 839 bis.4 LECrim ordena «*continuar los trámites procesales hasta su conclusión*», expresión ésta que ha generado opiniones dispares en los tratadistas¹². En mi opinión, como cualquier acusado, la persona jurídica no puede ser juzgada en rebeldía. Otro entendimiento lastraría el derecho a un juicio justo con todas las garantías que se reconoce a la persona jurídica. *Item* más, ningún precepto impide que le sean aplicables a aquélla los arts. 840 a 842 LECrim. En consecuencia, la «conclusión» a la que alude el precepto no es la del procedimiento en su totalidad sino la de las diligencias que se estuvieren instruyendo de modo que si se trata de la fase de instrucción, se continuarán los trámites hasta que se declare terminada la misma. No ofrece dificultad el caso del procedimiento ordinario cuya instrucción finaliza con el auto de conclusión del sumario. Cuando se trata de procedimiento abreviado, dado que el art. 839 bis.4 adelanta sobremanera, frente a la previsión del art. 784.4 LECrim, el momento procesal para declarar la rebeldía de la persona jurídica, la única solución respetuosa con sus derechos procesales pasa por el pronunciamiento de una resolución que suspenda la tramitación del procedimiento para la persona jurídica imputada cuando, respecto de ella, se hayan practicado todas las diligencias de instrucción procedentes. Por último, aunque es hipótesis menos probable, entendiendo que a la persona jurídica le es también aplicable el art. 786 LECrim que ordena la citación del acusado para el juicio oral, si la rebeldía de aquélla fuera declarada pendiente el juicio oral, se suspenderá éste respecto de la misma continuándose, en su caso, para los acusados que estén a disposición del tribunal.

9. El juicio oral: cuestiones que plantea

9.1. Crítica de la ubicación sistemática de la normativa

En el plano procesal, no hay un juicio oral diferente porque la persona jurídica aparezca acusada como responsable penal, que no autora, de un delito de los previstos en el Código Penal con tal posibilidad. Sobre la base de los preceptos que regulan el juicio oral, la reforma operada por la Ley 37/2011 introdujo algunas especialidades. Sin embargo, no se acierta a entender la razón de que dichas especialidades (*v. gr.* arts. 786 bis y 787.8) se hayan ubicado en la disposiciones específicas del procedimiento abreviado (Título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y no en las generales de dicha Ley que regulan el procedimiento ordinario pues, con independencia de que, como *ut supra* se apuntó, existen delitos respecto de los que cabe declarar la responsabilidad penal de las personas jurídicas que habrán de ser enjuiciados por los trámites de este procedimiento, el art. 758 LECrim remite expresamente, como normativa supletoria del procedimiento abreviado, a las normas generales que contiene la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Lo mismo sucede en el procedimiento de la LO 5/95 del Tribunal del Jurado (*cfr.* art. 24.2 LOTJ).

¹² RENEDO ARENAL, A., en «La imputación de la persona jurídica», Capítulo IV de la obra colectiva *Proceso Penal y Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas* (director, Pérez-Cruz Martín, A.; coordinadora, Neira Pena, A.), *op. cit.*, págs. 108 y ss., sostiene que el tenor de art. 893 bis.4 es tanto como decir que en cualquier caso se podrá juzgar a la persona jurídica en ausencia habiendo sido declarada en rebeldía. Echa en falta esta autora, siguiendo a PORTAL MANRUBIA, J. («El enjuiciamiento penal de la persona jurídica», *Diario La Ley*, nº 7769, 4-1-2012), un precepto que prevea la suspensión del curso del procedimiento, tal y como se hace para la persona física. Por su parte, SAGÜILLO TEJERINA, E., «Algunos aspectos relevantes sobre el proceso penal contra la persona jurídica», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2/2015, Tomo XXVII, desliza la posibilidad de entender que la expresión legal quiere ofrecer un efecto similar al de la rebeldía civil que permite la continuación del procedimiento hasta la celebración del juicio y la sentencia, lo que casaría mejor —apunta— con la previsión expresada en el art. 119 para el supuesto de que una persona jurídica no lleve a comparecer teniendo domicilio conocido.

Incluso, el legislador parece actuar al revés pues con ocasión del párrafo final que la reforma incluye en el art. 746, que enumera las causas de suspensión del juicio oral, establece que «se estará a lo dispuesto en el artículo 786 bis de esta Ley».

Así las cosas, cuando se trate de juicios orales en los que se ventile la responsabilidad penal de la persona jurídica por los trámites del procedimiento ordinario, o de la LO del Tribunal del Jurado, habrá que acudir al art. 786 bis por vía analógica pues la normativa que regula estos dos procedimientos carece de preceptos que dispongan que determinados artículos propios del procedimiento abreviado actúan, en los mismos, como disposiciones supletorias.

9.2. Representación procesal y defensa

Es evidente que los preceptos introducidos por la Ley 37/2011 reconocen con plenitud el derecho de defensa a la persona jurídica. El art. 786 bis impone la presencia en el juicio oral del abogado y procurador de aquélla. Y, aunque el indicado precepto únicamente trata de la presencia de estos dos profesionales con ocasión de la incomparecencia al juicio oral del representante especialmente designado, entiendo que del contexto del art. 786 bis cabe colegir que es preceptivo, para el abogado de la persona jurídica, su concurrencia al acto del juicio oral. Recuérdese que el ordinal cuarto del art. 746 prevé la suspensión del juicio oral cuando enfermase el defensor de cualquiera de las partes. Respecto del procurador, el *usus fori* que autoriza su falta de presencia en la vista oral no debiera modificarse porque el acusado sea persona jurídica.

Ahora bien, al igual que sucede en la instrucción, la intervención del procurador y abogado ha de limitarse a la función que le es propia a cada uno de ellos, esto es, la representación procesal del primero y la defensa técnica de la persona jurídica acusada del segundo. Sin embargo, como se dijo anteriormente, no existe precepto que prohíba que la persona jurídica designe al propio abogado (o al procurador) como representante especial aunque, como también se apuntó, son más los inconvenientes que las ventajas que encuentra esta opción, los cuales, se multiplican cuando se trata de intervenir en el juicio oral.

9.3. Designación del representante especial y su intervención en el juicio oral

Veamos algunas de las cuestiones que se plantean con ocasión de estos actos.

9.3.1. Persona física que puede designarse

Al igual que en el trámite de imputación, el art. 786 bis ofrece a la persona jurídica la posibilidad de designar un representante especial, dice, «para un mejor ejercicio del derecho de defensa». Dicha designación no es obligatoria para la persona jurídica que podrá optar, incluso, por omitir el nombramiento. Por otro lado, si tiene lugar la designación de la persona física, ésta únicamente podrá tener dicho cometido y no otro.

Cabe indicar que la Ley no exige que el designado sea la misma persona que compareció con tal calidad en la instrucción por lo que la persona jurídica puede elegir otra distinta. Del mismo modo, no se encuentra obstáculo legal, aunque sí muchos inconvenientes funcionales, a que se nomine como tal al procurador o abogado que, respectivamente, ejercen la representación procesal y defensa de la persona jurídica. En cualquier caso, establece el art. 786 bis LE-Crim que el representante deberá ocupar «en la Sala el lugar reservado a los acusados (y) podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba».

Por consiguiente, el primer paso es la designación por parte de la persona jurídica de la persona física que la representará declarando en su nombre en el acto del juicio oral. Y si dice esto porque, en rigor, en el ámbito procesal, entiendo que no es admisible proponer, sin más, de modo genérico, el interrogatorio del representante ignorándose cuál sea la persona física que va a desempeñar dicho papel.

9.3.2. Quién puede proponer el interrogatorio y momento procesal para la designación

Las incertidumbres surgen cuando la Ley se limita a contemplar que el representante declarará si se hubiera propuesto y admitido esa prueba pues, por un lado, no aclara si la prueba puede ser propuesta también por la acusación y, por otro, no señala el momento en que la persona jurídica ha de realizar dicha designación.

En teoría, aunque sólo sea por el principio de igualdad de armas, el interrogatorio del representante también puede ser propuesto como prueba por el Fiscal y/o la acusación particular aunque, eso sí, la persona jurídica podría dejar sin contenido aquella posibilidad no designando representante. Por otro lado, si el Ministerio Fiscal o la acusación particular se disponen a proponer tal prueba debieran conocer la identidad de la persona física que va a ser interrogada. Paralelamente, como se ha advertido, la defensa de la persona jurídica no puede proponer en su escrito de defensa la declaración del representante sin tener designada la persona física aunque nada impide, pues no existe respecto de ello precepto que lo regule, que la designación se realice en el propio escrito de defensa. La cuestión se eriza aun más si se tiene en cuenta la única prohibición que al respecto establece el art. 786 bis: «no se podrá designar a estos efectos a quien haya de declarar en el juicio como testigo». Este inciso del precepto no deja lugar a dudas pues otorga prevalencia a la proposición del testigo ya que la persona física que comparezca en tal calidad no podrá ser designada representante. En el caso de recaer en la misma persona la proposición como testigo y la designación como representante, debe ser admitido como testigo e invitada la persona jurídica a que nomine otra persona física. Con ello se evita que la persona jurídica pueda silenciar a un testigo relevante para la acusación nombrándolo representante especial. Y, entiendo, que la prohibición del art. 786 bis rige para todas las partes, incluida, la defensa de la persona jurídica, pues ésta no podrá proponer como representante especial y como testigo a la misma persona física.

Ya se ha dicho que la Ley no prevé el momento procesal para realizar tal designación. Parece que el más conveniente es el existente tras el emplazamiento o la notificación del auto de apertura del juicio oral, si se trata de procedimiento abreviado (art. 784), o traslado de los escritos de conclusiones provisionales del Fiscal y, en su caso, acusación particular, si se están siguiendo los trámites del procedimiento ordinario (art. 652) o del Tribunal del Jurado (art. 29 LOTJ). Y se dice el más conveniente ante la prohibición ya indicada del art. 786 bis de no poderse designar como representante a quien haya de declarar en el juicio como testigo. Por tanto, si las acusaciones han propuesto como testigo a quien la persona jurídica tenía previsto designar representante, ésta ya no podrá hacerlo. Y lo más sensato es esperar a la proposición probatoria de las acusaciones.

Ello, no obstante, no salva el supuesto de que el Fiscal o la acusación particular quisieran proponer directamente el interrogatorio del representante especial. La solución procesal que se me ocurre es que se reserven, en sus respectivos escritos de acusación, aquella proposición

y, hecha la designación por la persona jurídica, se les ofrezca la oportunidad procesal de proponer igualmente su interrogatorio.

En cualquier caso, como ordena el art. 786 bis, la prueba consistente en el interrogatorio del representante especial designado por la persona jurídica ha de ser admitida por el Juez o Tribunal. Y nótese que tal admisión debe referirse tanto al interrogatorio en sí como a la persona física nominada por la persona jurídica pues puede ocurrir que se admita la prueba de interrogatorio y se otorgue a la persona jurídica un trámite de subsanación por haber nombrado a una persona física que, a su vez, está propuesta ya como testigo por cualquiera de las partes.

La persona jurídica cuenta con otra oportunidad procesal para designar el representante especial. Conforme al art. 786.2 (también art. 45 LOTJ), puede proponer, como prueba para practicar en el acto, el interrogatorio de la persona física y a tal fin, presentando el oportuno poder, interesar que se tenga por designado representante especial de la persona jurídica la persona que se propone. Y esta posibilidad cabría también en el procedimiento ordinario pues si el legislador quiere que en éste se observe el art. 786 bis, no hay inconveniente para que también se aplique el art. 786.2 respecto de la designación del representante especial y proposición de su interrogatorio¹³.

Y con independencia de lo anterior, surge una última hipótesis respecto de la prohibición del art. 786 bis de designar a la persona física que haya de declarar en el juicio como testigo y el trámite del art. 786.2. Y la misma pudiera acontecer, para el procedimiento abreviado (art. 786.2) y procedimiento de la LO del Tribunal del Jurado (art. 45), con ocasión del trámite existente al inicio del juicio oral para proponer prueba para practicar en el acto. Si las acusaciones, en tal momento procesal, proponen como testigo al que está designado como representante especial de la persona jurídica, la respuesta, en principio, del Órgano de enjuiciamiento debe ser negativa pues las acusaciones cuentan con suficientes herramientas procesales que les proporciona la instrucción para conocer con antelación la identidad de los testigos de cargo. No obstante, el rechazo a semejante proposición no puede afirmarse en todo caso, al menos, a efectos teóricos, pues puede suceder que se descubra que la persona física, por su relación con los hechos enjuiciados, sea susceptible de tenerse por un testigo importante, trascendencia y relevancia que la acusación habrá de exponer al Juez o Tribunal, en cuyo caso es posible que éste admita la proposición e invite a la persona jurídica a que designe nuevo representante.

9.3.3. Declaración del representante de la persona jurídica

En el aspecto formal, la declaración del representante especial designado por la persona jurídica acusada en un procedimiento no es distinta a la de un acusado persona física. El problema es que la Ley de Enjuiciamiento Criminal nada prevé sobre esta cuestión. Sea respecto del acusado persona física y, ahora, respecto del representante especial de la persona jurídica acusada, nuestra Ley de ritos guarda silencio sobre cuándo ha de celebrarse el interrogatorio y qué parte ha de interrogar en primer lugar.

Nada aporta el art. 788.1, para el procedimiento abreviado, que sólo establece que «*la práctica de la prueba se realizará concentradamente*». Debe acudir, entonces, al soporte que brinda el art. 701, párrafo 5º, LECrim que prevé que las pruebas se practiquen «*según el orden con que*

¹³. Cierta base para ello se ofrece en las SSTs 26-1-2007 y 465/2011, de 31-5 y las en ellas citadas.

hayan sido propuestas en el escrito correspondiente». El *usus fori* ya nos ofrece un referente pues el Ministerio Fiscal siempre sitúa, en primer lugar, el interrogatorio del acusado al proponer las pruebas para el juicio oral. No obstante, pueden encontrarse más asideros normativos. Así, puestos en relación los párrafos 4º y 5º del art. 701 con los arts. 688 y siguientes, que imponen al Presidente (si se pide pena correccional, esto es, que no exceda de seis años de prisión), que pregunte al acusado si se confiesa reo del delito, parece que lo más lógico y coherente es que el acusado declare en primer lugar. Y también la lógica procesal aconseja que el interrogatorio del representante especial de la persona jurídica acusada se produzca tras el interrogatorio de la persona física acusada por el delito.

Sin embargo, ya se ha apuntado que la Ley no prevé quién ha de comenzar el interrogatorio del representante de la persona jurídica. La reforma operada por la Ley 37/2011 omite cualquier indicación al respecto y tampoco establece una preferencia especial para la defensa de la persona jurídica. La única solución pasa por acudir al art. 701, párrafo 3º, el cual, aunque no menciona expresamente el interrogatorio del acusado, ordena que «acto continuo se pasará a la práctica de las diligencias de prueba... empezando por la que hubiere ofrecido el Ministerio Fiscal, continuando con la propuesta por los demás actores y, por último, con la de los procesados», al art. 701, párrafo 4º, que ordena que se empiece por las pruebas «que hubiere ofrecido el Ministerio Fiscal, continuando con la propuesta por los demás actores y, por último, con la de los procesados», y al art. 701, párrafo 5º, ya indicado, que dispone que las pruebas se practiquen «según el orden con que hayan sido propuestas en el escrito correspondiente».

Por consiguiente, si el Ministerio Fiscal y todas las partes propusieron el interrogatorio del representante debe observarse el orden establecido para el resto de las pruebas cuando están propuestas por todas las partes, es decir, interrogará primero el Ministerio Fiscal, luego las otras acusaciones, después la defensa de la persona jurídica y, por último, el resto de las defensas. Si estuviera propuesto por la acusación particular y las defensas, interrogará primero aquélla, después el Ministerio Fiscal y, por último, las defensas en el orden dicho. Finalmente, si estuviera propuesto únicamente por la defensa de la persona jurídica, interrogará primero ésta, luego el resto de las defensas, a continuación el Fiscal y, en último lugar, la acusación particular.

Expresamente establece el art. 786 bis que la persona jurídica tiene derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio. Todos estos derechos, podrán ser ejercitados en el juicio oral, en nombre de la persona jurídica, por la persona física designada representante especial. Me remito a lo expuesto anteriormente respecto del estos derechos.

Ya se ha dicho que no existen formalidades distintas o, si se quiere, expresamente previstas para el interrogatorio del representante especial. Sin embargo, las diversas posibilidades que maneja la persona jurídica al designar al representante especial sí pueden suscitar cuestiones procesales. Así, por ejemplo, si la persona física designada por la persona jurídica para la declaración en la fase de instrucción es la misma que la nombrada para el juicio oral, no habrá inconveniente para acudir al expediente del art. 714 LECrim cuando su declaración en el plenario no sea conforme con la emitida en la instrucción. Empero, el panorama cambia cuando son distintas las personas físicas designadas en una y otra fase o cuando, como hemos visto, el nombramiento del representante especial recayó en una persona igualmente imputada y,

respectivamente, son contradictorias las declaraciones que efectuó una y otra o las que emitió como representante de la persona jurídica imputada y en calidad de imputado en el procedimiento. En teoría, dado el tenor del texto legal, no procedería la confrontación que autoriza el art. 714 (tampoco la del art. 405 LECrim) puesto que se trata de declaraciones de «personas distintas», en un caso, de diferente identidad y, en otro, la jurídica y la física. Ello no impide, lógicamente, que sin acudir al expediente de los arts. 405 o 714, puedan formularse preguntas sobre dicho particular.

9.3.4. La incomparecencia al juicio del representante especial

La Ley 37/2011 no consideró presupuesto ineludible la designación, por la persona jurídica, de la persona física que intervenga como representante especial. Por consiguiente, la persona jurídica puede prescindir, también para el juicio oral, de dicho nombramiento.

Y el expuesto criterio es manejado, igualmente, para el caso de que la persona jurídica haya nombrado representante especial. Establece el art. 786 bis, en su apartado 2: «No obstante lo anterior, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación no impedirá en ningún caso la celebración de la vista, que se llevará a cabo con la presencia del Abogado y el Procurador de ésta». En consecuencia, tratándose de procedimiento abreviado, no rige el párrafo 2º del art. 786.1 LECrim que regula el juicio en ausencia. Y si se ha seguido el procedimiento ordinario o el de la LO del Tribunal del Jurado, tampoco será causa de suspensión la incomparecencia del representante especial de la persona jurídica. Recuérdesse que, conforme al párrafo final del art. 746, introducido por la Ley 37/2011, «Cuando el procesado sea una persona jurídica, se estará a lo dispuesto en el artículo 786 bis de esta Ley». Por tanto, únicamente es imprescindible, cualquiera que sea el procedimiento que se tramite, la presencia del abogado (y la del procurador) de la persona jurídica que, por otra parte, es exigida no solo por el art. 786 bis sino también por otros preceptos rituarios (las normas contenidas en el Título II del Libro III, art. 786.1 LECrim y art. 44 LOTJ).

Finalmente, es conveniente apuntar que si la persona jurídica no ha designado representante especial o, nombrado, éste no ha comparecido al juicio oral, la intervención del abogado de la persona jurídica se ciñe a la defensa técnica de la misma sin que pueda ser interrogado.

9.4. La conformidad de la persona jurídica

La Ley 37/2001 incorporó un nuevo apartado, el número 8, en el art. 787, con el siguiente tenor: «Cuando el acusado sea una persona jurídica, la conformidad deberá prestarla su representante especialmente designado, siempre que cuente con poder especial. Dicha conformidad, que se sujetará a los requisitos enunciados en los apartados anteriores, podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos».

Esta regulación de la conformidad para las personas jurídicas invita a realizar las siguientes consideraciones:

1ª) En rigor, es necesario que la persona jurídica tenga previamente designado un representante especial. No obstante, es posible que amparándose en el art. 786.2 o, a los solos efectos de la conformidad, se admita la designación del representante especial y la conformidad que

éste preste. En cualquier caso, el designado como representante habrá de comparecer con poder especial para que la conformidad sea válida.

2ª) Al establecer el nuevo apartado 8 del art. 787 que la conformidad podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, se introduce una excepción a la regla general establecida en el art. 697 LECrim. En consecuencia, si la persona jurídica se conforma y no lo hacen las personas físicas acusadas, se seguirá el juicio respecto de estas últimas y se tendrá por conformada a la persona jurídica. No obstante, el indicado art. 697 LECrim seguirá rigiendo para los acusados personas físicas cualquiera que sea el procedimiento que se tramite: de ser más de uno los acusados, es preciso que la conformidad se preste por todos ellos; bastará que uno no se conforme para que el juicio continúe respecto de todos¹⁴.

3ª) Por otro lado, la conformidad de la persona jurídica, prestada como ordena el art. 787.8 LECrim, no vincula en el juicio que se celebre con el resto de los acusados personas físicas, lo que quiere decir que la eventual sentencia condenatoria que se dicte contra estos últimos habrá de basarse en las pruebas practicadas y no en la conformidad de la persona jurídica.

En cualquier caso, no obstante la regulación expuesta, en materia de conformidad siempre existirá el matiz diferenciador entre la prestada por el acusado persona física y el acusado persona jurídica pues, en el primer caso, la conformidad se produce sobre hechos propios o confesándose el acusado reo del delito mientras que la que realiza el representante con poder especial no puede sino consistir en asumir hechos ajenos, esto es, los que constituyan el objeto de acusación contra la persona jurídica y sean determinantes de su responsabilidad penal.

4º) Ya se han ofrecido las razones por las cuales no está acertado el Legislador al introducir la regulación de la conformidad de la persona jurídica en la normativa del procedimiento abreviado en lugar de hacerlo en la general de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Aunque la reforma de la Ley 37/2011 no lo mencione expresamente, es obvio que la conformidad procesal de la persona jurídica, cumpliendo las exigencias prevenidas en el art. 787.8, puede tener lugar con ocasión del trámite de calificación previsto en los arts. 655 (procedimiento ordinario), 784.3 (procedimiento abreviado), o al inicio del juicio oral en el procedimiento ordinario (arts. 688 y ss.), o procedimiento del Tribunal del Jurado (art. 50 LOTJ).

Igualmente, es aplicable, respecto de la persona jurídica, lo dispuesto en el art. 779.1.5ª con ocasión del procedimiento abreviado: «Si, en cualquier momento anterior, el imputado asistido de su abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y estos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el artículo 801, mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los artículos 800 y 801».

La actuación conforme a lo dispuesto en el art. 779.1.5ª permitirá llegar a la llamada conformidad premial que prevé el art. 801 LECrim con ocasión del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos. Para que el art. 779.1.5ª sea aplicable a la persona jurídica será preciso el cumplimiento de una triple exigencia: a) que ésta dé cumplimiento al art.

¹⁴. Véase, en este sentido, por todas, STS 713/2017, de 30-10.

787.8 en el sentido de que tenga designado un representante especial para que pueda prestar la conformidad, el cual, deberá contar con poder especial; b) que se actúe según lo previsto en el art. 779.1.5ª LECrim; y c) que concurran los presupuestos establecidos en el art. 801 LECrim.

9.5. La cuestión de la carga de la prueba sobre los programas de cumplimiento (*corporate compliance*)

Ríos de tinta ha merecido, en la dogmática¹⁵, esta importante cuestión procesal que en absoluto puede considerarse resuelta o, al menos, dotada de una solución mayoritariamente aceptada. Continuamente emergen enconadas y, a veces, antagónicas discrepancias acerca, sobre todo, del modelo de responsabilidad y del contenido de los apartados 2 y 4 del art. 31 bis CP. Que la Ley determine una responsabilidad por el hecho propio (autorresponsabilidad) o heterorresponsabilidad o el criterio que se adopte sobre la naturaleza jurídica de la figura que contienen aquellos apartados, constituyen aspectos que incidirán por completo en el tratamiento procesal de la carga de la prueba.

La divergencia llegó también a la praxis. La FGE, en su Circular 1/2016, se inclinó por precisar (Conclusión 20) que se trata de una excusa absolutoria, «cuya carga probatoria incumbe a la persona jurídica, que deberá acreditar que los modelos de organización y gestión cumplan las condiciones y requisitos legales». Por su parte, aquella discrepancia se hizo tan patente en los tribunales que una de las primeras sentencias de la Sala II del TS sobre la materia (nº 154/2016, de 29-2) se vio difuminada en los parámetros interpretativos que ofrecía por el voto particular de un llamativo número de magistrados (siete). Como antes se recordó, la STS 221/2016, de 16-3, reconoció la complejidad del tema abordado y la conveniencia de no interpretar algunas de las soluciones proclamadas como respuestas cerradas, ajenas a un proceso ulterior de matización. Sin embargo, lo cierto es que la primera de las indicadas resoluciones (nº 154/2016)¹⁶ y, sobre todo, la segunda, por proclamarlo con nitidez (la propia STS nº 221/16)¹⁷, se decantan por atribuir a la acusación la carga de la prueba de la ausencia de medidas eficaces de prevención del delito y semejante cometido lo afirma esta última «sí o sí», prescindiendo, por no creerlo necesario, del modelo de responsabilidad o la concepción que se tenga sobre los apartados 2 y 4 del art. 31 bis CP.

En efecto, la STS 221/2016 introduce, a modo de axiomas, como pórtico de sus conclusiones hermenéuticas, unos criterios más que discutibles: «En efecto, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de

¹⁵ DEL MORAL GARCÍA, *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia... op. cit.*, también en un Capítulo de la obra colectiva *Compliance Penal* dirigida por JUANES PECES (Memento Experto, Francis Lefebvre, 2017), y, por ejemplo en ponencia presentada CGPJ, *A vueltas con los programas de cumplimiento y su trascendencia penal*. SAGÜILLO TEJERINA, E.: «Algunos aspectos relevantes sobre el proceso penal contra la persona jurídica», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, op. cit.* NEIRA PENA, A.: «La prueba en el proceso penal frente a las personas jurídicas», Capítulo XI, dentro de la obra *Proceso Penal y Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas*, ya citada. También, en la misma obra, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A., en Capítulo X intitulado, *Las respuestas de la Sala II del TS a algunas cuestiones procesales en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*.

¹⁶ Coincido con el tenor del voto particular que advierte en claro *obiter dicta* al pronunciarse «sobre una materia que no ha sido objeto de debate durante el procedimiento, y que no se utiliza como *ratio decidendi* del fallo confirmatorio de la condena impuesta a las personas jurídicas recurrentes».

¹⁷ Se pronuncia sin ambages por el modelo de autorresponsabilidad.

acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015. La Sala no puede identificarse –insistimos, con independencia del criterio que en el plano dogmático se suscriba respecto del carácter vicarial o de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica– con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción *iuris tantum* de que ha existido un defecto organizativo [...] La Sala no puede identificarse con la tesis de que en el sistema español puede hablarse de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no de un delito de las personas jurídicas. No hay responsabilidad penal sin delito precedente. Lo contrario abriría una peligrosísima vía con efectos irreversibles en los fundamentos mismos del sistema penal. La imposición de penas a las personas jurídicas como la multa, la disolución y pérdida definitiva de su personalidad jurídica, la suspensión, la clausura de sus locales y establecimientos, la inhabilitación y, en fin, la intervención judicial (art. 33.7 del CP), exige del Fiscal, como representante del *ius puniendi* del Estado, el mismo esfuerzo probatorio que le es requerido para justificar la procedencia de cualquier otra pena cuando ésta tenga como destinataria a una persona física. El proceso penal es incompatible con una doble vía probatoria, aquella por la que discurre la prueba de la acción de la persona física y aquella otra por la que transita la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica».

Más adelante, acomete la cuestión en torno a los programas de cumplimiento: «[...] Pero sin adentrarnos en debates que desbordarían el objeto del presente recurso, lo que debería estar fuera de dudas es que el estatuto procesal de la persona jurídica, como venimos insistiendo, no puede dibujarse con distinto trazo en función del anticipado criterio que se suscriba respecto de la naturaleza de su responsabilidad penal o, incluso, en relación con las causas que harían excluir esa responsabilidad y a las que se refieren los apartados 2 y 3 del art. 31 bis. En efecto, ya se califiquen esas causas obstativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como *subsistema de circunstancias eximentes*, ya se predique de ellas la condición de *excusas absolutorias*, de *causas de exclusión de la culpabilidad* o, como ha llegado a sostenerse, *elementos negativos del tipo*, la controversia sobre la etiqueta dogmática no puede condicionar el estatuto procesal de las personas colectivas como sujeto singular y diferenciado de la imputación penal [...] En efecto, de hacerlo así se estaría olvidando que, sea cual fuere el criterio doctrinal mediante el que pretenda explicarse la responsabilidad de los entes colectivos, ésta no puede afirmarse a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física. La persona jurídica no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas a que se refiere el art. 31 bis 1 b). Sólo responde cuando se hayan “... *incumplido gravemente de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso*”. [...] En definitiva, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se

valga de los medios probatorios que estime oportunos –pericial, documental, testifical– para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad».

Al margen que en algunas ocasiones, como la presente, es más importante el desarrollo conceptual que las denominaciones, en mi opinión, la Sala II equivoca su discurso cuando con una sola expresión retórica (*Pero [...] lo que debería estar fuera de dudas es que el estatuto procesal de la persona jurídica, como venimos insistiendo, no puede dibujarse con distinto trazo en función del anticipado criterio que se suscriba respecto de la naturaleza de su responsabilidad penal o, incluso, en relación con las causas que harían excluir esa responsabilidad y a las que se refieren los apartados 2 y 3 del art. 31 bis [...] la controversia sobre la etiqueta dogmática no puede condicionar el estatuto procesal de las personas colectivas como sujeto singular y diferenciado de la imputación penal*), asegura que el diseño del estatuto procesal de la persona jurídica puede trazarse sin tener en cuenta los dos importantes aspectos que menciona.

En absoluto ello está fuera de dudas. Dicho diseño procesal, en lo que a la prueba se refiere, debiera tener como necesario referente un delimitado concepto penal al mostrarse condicionado por él. Es el único modo de conocer qué ha de probarse. Y, en el terreno sustantivo, en rigor, no existe delito corporativo porque, atendido el tenor de los arts. 31 bis y siguientes del CP, la persona jurídica no ejecuta una acción típica, antijurídica, culpable y punible. Es la persona física quien lleva a cabo la acción delictiva con todos esos elementos o componentes. Y, ahora sí, cometándose el delito con la concurrencia de ciertos condicionantes –éstos innecesarios para la comisión del delito por la persona física– la Ley anuda y proclama la responsabilidad penal de la persona jurídica. La Ley ha elaborado y dado forma a una responsabilidad penal *sui generis*. Se sostenga lo que se sostenga, lo cierto es que sin el delito cometido por la persona física es imposible predicar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Por ello, ésta nunca comete materialmente delito alguno. La Ley, sin más, la convierte en responsable penal concurriendo el delito de la persona física y los presupuestos del art. 31 bis. Salvo que otra cosa se legisle en el futuro, su responsabilidad penal es vicaria porque precisa y depende de la comisión del delito por la persona física, si bien, aparece singularizada porque basta la producción del delito aunque se ignore su autor.

Por otro lado, la STS nº 221/2016, para alcanzar su conclusión procesal sobre la atribución de la carga de la prueba, parifica uno de los presupuestos exigidos en el art. 31 bis CP para afirmar la responsabilidad penal de la persona jurídica (el empleado ha podido realizar los hechos por haberse *incumplido gravemente de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso*) con la circunstancia que impone la exención de aquélla por haber «*adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*».

Con semejante hermenéutica se añade, a mi juicio indebidamente, un presupuesto más para declarar la responsabilidad penal que no es tal. Si se parte de que la persona jurídica no comete delito (de hecho, al margen de ficciones o asideros virtuales, es imposible que lo ejecute), tampoco es dable hablar, en la búsqueda de una respuesta a los apartados 2 y 4 del art. 31 bis CP, de negación de la culpabilidad, eximente o excusa absolutoria, al no existir, en la formulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, elemento del delito sobre el que incidir. Aquellos apartados prevén una causa de exclusión de esa responsabilidad penal que es

tan singular como la propia responsabilidad penal que se establece. Por ello, la acusación habrá de acreditar, en lo que aquí interesa, que el empleado realizó el hecho delictivo por haberse incumplido gravemente por las personas mencionadas en la letra a) del art. 31 bis.1 los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. Empero, la carga probatoria no alcanza a acreditar la no adopción o no ejecución eficaz, por parte de la persona jurídica, de un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. No es tanto la existencia de un programa de *compliance* o su teórica vulnerabilidad lo que corresponde probar a la acusación sino los episodios que contiene las letras a) y b) del art. 31 bis.1 CP.

BASES PARA UN MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS A LA ESPAÑOLA

Reflexiones a partir de la tesis de José Manuel Maza «*Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos*»¹

Bernardo Feijoo Sánchez
Catedrático de Derecho Penal

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA TESIS DE JOSÉ MANUEL MAZA Y DE LA STS 154/2016, DE 29 DE FEBRERO. III. ¿DEFECTO DE ORGANIZACIÓN? IV. EL DELITO COMO HECHO DE LA ORGANIZACIÓN. V. LA FALTA DE CULTURA DE CUMPLIMIENTO DE LA LEGALIDAD O CUMPLIMIENTO NORMATIVO COMO EL AUTÉNTICO FUNDAMENTO DE LA RPPJ. VI. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD. VII. ALGUNAS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS.

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante, RPPJ) tiene una tradición mayor en países donde la pena se fundamenta instrumentalmente en la obtención de determinados fines sin mayores trabas. En este contexto jurídico si la pena como mal es necesaria para determinados fines o es útil porque con ella se consiguen determinados fines la pena es legítima. Se trata de culturas jurídicas donde el Derecho Penal no está impregnado por la máxima kantiana de que la pena, antes de ser necesaria, debe ser merecida o justa².

En el año 2010 el legislador español se sumó a la creciente tendencia en Derecho comparado a favor de contemplar este tipo de responsabilidad. A pesar de lo que dijera la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 que introdujo este cambio estructural, España no se vio obligada en su decisión por la Unión Europea ni ninguna organización internacional³ por lo que no debemos entender esta decisión político-criminal como un «peaje a pagar» para poder entrar en determinadas organizaciones internacionales, sino como parte integrante de un «clima político-criminal a nivel global»⁴. Este clima nunca debe ser olvidado para entender los

¹ Madrid, 2018. A partir de aquí las citas a MAZA MARTÍN deben entenderse a esta publicación que recoge la tesis que defendió en la Universidad Autónoma de Madrid, y a la que el Tribunal del que tuve el honor de formar parte, presidido por mi maestro Gonzalo Rodríguez Mourullo, otorgó la máxima calificación.

² Sobre las fundamentaciones de la RPPJ más basadas en la equidad (distribución equitativa de costes, reparto equitativo de costes y beneficios, ahorro de costes) que en la justicia o el merecimiento FEIJOO SÁNCHEZ: «El fundamento de la responsabilidad penal de las empresas y otras personas jurídicas: un debate interminable», *Orden socioeconómico y delito*, Madrid y otras, 2016, págs. 169 y ss.

³ MAZA MARTÍN, págs. 166 y ss., 175, con ulteriores referencias.

⁴ FEIJOO SÁNCHEZ: *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, 2ª ed., NAVARRA, 2016, págs. 29 y s.

grandes objetivos político-criminales de la reforma, pero tampoco debemos importar –en muchos casos de forma fragmentaria– planteamientos que resultan extraños a nuestro sistema, nuestra cultura y nuestra tradición jurídica.

Siendo esto así, hay que partir de que la reforma obedecería –de forma más o menos inconsciente– al convencimiento de que en determinadas situaciones la infracción de la norma penal por parte de un individuo no sólo es responsabilidad suya (aunque siga siendo el máximo protagonista), sino que también es responsabilidad de alguna manera de la persona jurídica en beneficio de la cual ha cometido el hecho delictivo. De ello deriva la idea de que para la estabilización de la norma (prevención general), además de la pena al individuo o los individuos que han cometido el delito, también hace falta o aporta algo que el Estado reaccione con una consecuencia jurídica complementaria frente a dicha persona jurídica. A partir del año 2010 ya no se puede sostener que esas consecuencias jurídicas accesorias tengan en exclusiva una finalidad preventivo-especial (posición tradicionalmente dominante de la que yo mismo formaba parte), sino que la única pena que se impone siempre⁵, la multa, tiene fines preventivo-generales complementarios de la pena a las personas físicas. Hablo de fines complementarios porque ningún ordenamiento del mundo, ni siquiera el español, ha optado por una responsabilidad penal excluyente de las personas jurídicas o que haya robado el protagonismo a las personas físicas (aunque en Estados Unidos haya preocupación por una praxis en este sentido).

Un sector importante de la doctrina viene intentando sostener que, después de la reforma operada mediante la LO 5/2010, que entró en vigor el 23 de diciembre, este modelo no ha cambiado sustancialmente salvo que ahora se contempla adicionalmente la pena de multa que tendría sólo fines de compensación económica de un beneficio o enriquecimiento indebido o injusto o bien meramente confiscatorios.

Esta idea creo que no se sostiene, entre otras, por las siguientes razones:

- a) A partir del modelo creado en el año 2010 y profundizado en el 2015 se pretende hacer responsables a las personas jurídicas del hecho delictivo. No asumen el pago de la multa a la persona física de forma solidaria o como una sanción accesoria derivada de la pena de la persona física, sino que la multa se impone en proporción a la gravedad del hecho y de la responsabilidad de la persona jurídica por ese hecho. Hasta ese momento las sanciones eran en su totalidad potestativas, mientras ahora la multa es obligatoria si se constata la responsabilidad. Desde el año 2010 se responsabiliza a las personas jurídicas por el hecho delictivo y se les castiga siempre que sean responsables al menos con una multa –esto no es potestativo para el juez– sin perjuicio de que, además, se puedan imponer otras sanciones. En coherencia con esta idea, cuanto mejor sea la cultura de cumplimiento de legalidad de la empresa –no de la persona física– o mayores los esfuerzos en este sentido más se atenuará la pena. Es decir, las personas jurídicas después de 2010 sufren sanciones penales porque se les imputan hechos con relevancia delictiva y la pena es proporcional a su responsabilidad por dichos hechos.
- b) Las diversas responsabilidades –de personas físicas por un lado y personas jurídicas por otro– son autónomas y los criterios de responsabilidad son diferenciados entre personas físicas y personas jurídicas, con eximentes y atenuantes peculiares para cada caso. Desde la

⁵ Con la excepción del art. 570 *quáter* CP, donde la prevención especial (inocuidación) basada en la peligrosidad organizativa o instrumental ocupa un lugar primordial.

reforma mediante la LO 1/2015, no sólo las atenuantes son diferentes, sino también expresamente las exclusiones de la responsabilidad.

Puede responder una persona física por un delito cometido en beneficio de una persona jurídica, pero no ésta si no se constata su responsabilidad. Pero también puede responder una persona jurídica, aunque no se haya podido averiguar qué persona física puede ser hecha responsable. En el ordenamiento español no hace falta condenar o constatar la culpabilidad de una persona física concreta para condenar a una persona jurídica⁶, lo cual dificulta entender el modelo como de transferencia. Es cierto que hace falta que alguna persona física cometa un delito, pero como se trata de responsabilidades autónomas e independientes, se puede condenar a la persona jurídica, aunque se desconozca la identidad de la persona física que ha cometido el delito, por tanto, con independencia de que haya constatación de una culpabilidad individual que se pueda transferir.

- c) La reforma procesal (Ley 37/2011, de 10 de octubre) a que dio lugar la reforma mediante la LO 5/2010 pretende igualar *mutatis mutandis* la situación procesal de las personas jurídicas a las personas físicas, con un reconocimiento similar de derechos. Casa mal esta iniciativa legislativa con la idea de que las personas jurídicas sólo son tratadas por el ordenamiento jurídico-penal como patrimonios, objetos o instrumentos peligrosos.

Si analizamos lo sucedido en estos últimos ocho años, mientras un sector de la doctrina nada desdeñable se aferra a que no ha habido cambios sustanciales en esta materia, las empresas más importantes de este país tienen programas, sistemas o políticas de gestión del *compliance* penal o –en castellano– de cumplimiento de la legalidad penal, que incluyen, entre otros, instrumentos como Códigos Éticos o de Conducta, la elaboración de mapas o matrices de riesgos penales, canales de denuncia, investigaciones específicas para descubrir las posibles infracciones penales u órganos y personal de Alta Dirección encargados específicamente del cumplimiento de la legalidad por parte de esas empresas. Mediante estándares como la UNE 19601 –en el que JOSÉ MANUEL MAZA tuvo un papel decisivo⁷– en la línea de estándares internacionales como las ISO 19600 o 37001 la sociedad ha entendido los cambios que ha introducido el Código Penal español mediante la regulación de la RPPJ a partir del año 2010. La realidad social es que la reforma de 2010 –y sobre todo la de 2015– ha conseguido parte de los efectos político-criminales que pretendía en empresas y restantes personas jurídicas (fundaciones, partidos políticos, etc.). Es difícil que todo esto obedezca a una mera casualidad.

En conclusión, es esencial para entender el modelo español que el castigo mediante la multa (ya que no tiene sentido enviar a las personas jurídicas a prisión) es proporcional a la gravedad del hecho –cuanto más grave el hecho más se castiga a la persona jurídica– y al grado de la responsabilidad propia de la persona jurídica (no del individuo que comete el delito como, por ejemplo, en la ley de contravenciones –OWiG– alemana), pudiendo verse exonerada o atenuada tal responsabilidad en caso de implantación eficaz de políticas de cumplimiento de la legalidad. En este caso el fundamento de la atenuación tiene que ver con la menor

⁶ No es mera teoría o hipótesis de algo que difícilmente sucederá: SAP Barcelona (Sección 8ª) de 14 de diciembre de 2016, en el conocido caso de condena por defraudación tributaria al FC Barcelona con relación al fichaje del futbolista Neymar.

⁷ Vid. prólogo a *Compliance penal normalizado. El estándar UNE 19601*, Navarra, 2017 de ALAIN CASANOVAS YSLA. Me remito a MAZA, págs. 282 y ss., con amplias referencias.

responsabilidad por el hecho y no sólo con una menor necesidad preventiva como sucede con las atenuantes postdelictivas («*con posterioridad a la comisión del delito*») del art. 31 *quater*.

Con esto quiero decir que si a una empresa del IBEX 35 se le impone una multa de 9 millones de euros por conseguir contratos mediante corrupción, se le está haciendo responsable de lo sucedido, no sólo se le está obligando a sufrir la multa de las personas físicas que realizaron los sobornos (como hacía el derogado en el 2010 art. 31.2 CP) ni la decisión de intervenir se basa exclusivamente en criterios preventivo-especiales sobre la necesidad de combatir la peligrosidad instrumental, organizativa u objetiva o de reestructurarla. Esta ponderación de necesidades preventivo-especiales es un juicio adicional en el marco de la determinación de la sanción a imponer.

Creo que esta es la decisión político-criminal esencial que adoptó el ordenamiento español en el año 2010⁸. Si a los juristas nos preocupa que se convierta en un Caballo de Troya deberemos esforzarnos en construir entre todos un modelo dogmático que nos permita fundamentar cuándo una persona jurídica se ha ganado que la respuesta tradicional exclusiva contra individuos sea insuficiente y, en consecuencia, identificar cuándo una persona jurídica no puede ser hecha responsable de la comisión de un hecho delictivo. En este esfuerzo siempre me he encontrado –bien– acompañado por el querido JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN a cuya memoria están dedicadas estas páginas sobre un tema que a los dos nos ha apasionado tanto.

Comparto la encendida defensa que el homenajeado llevó a cabo en su obra póstuma «*Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos*» de que el sistema español es un modelo de auto-responsabilidad y no de hetero-responsabilidad (vicarial o de transferencia). Sus tesis tienen especial trascendencia porque fueron trasladadas como ponente a la conocida STS 154/2016, de 29 de febrero⁹, aportándonos un maravilloso ejemplo de cómo una tesis universitaria se convierte en una resolución y acaba transformado de alguna manera la realidad.

JOSÉ MANUEL es muy sincero y honesto a lo largo de la exposición de su obra y manifiesta con claridad cuáles son sus objetivos: utilizar la RPPJ con el fin político-criminal de facilitar la persecución de delitos, pero sin dejar a las personas jurídicas indefensas frente a la intervención penal. El objetivo de este pequeño trabajo es realizar algunas reflexiones sobre el modelo de RPPJ en España llevado de la mano de la obra de JOSÉ MANUEL, por lo que me centraré en aquellas cuestiones que más le preocuparon. Estoy seguro de que al dejarme llevar por la obra de alguien que recorrió todos los niveles de la Administración de Justicia y llegó a Fiscal General del Estado las cuestiones a tratar guardarán la necesaria toma de tierra con la realidad forense que precisa el tratamiento de la RPPJ.

Un sector numeroso de la doctrina y las Circulares 1/2011 y 1/2016 –elaboradas por la Fiscalía General del Estado antes de la llegada de JOSÉ MANUEL MAZA a su último cargo de servicio

⁸. Mis críticas al sector doctrinal que no lo entiende así en (nota 4), págs. 33 y ss.

⁹. Se trata de una sentencia de Pleno que contó con un Voto Particular en contra de 7 de los 15 magistrados. Mis críticas a esta sentencia en FEIJOO SÁNCHEZ (nota 4), págs. 97 y ss. La sentencia ha tenido un amplio tratamiento doctrinal: DEL ROSAL BLASCO: «Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía general del Estado», *Diario La Ley* Nº 8732, 1 de abril de 2016 (versión electrónica); GÓMEZ TOMILLO: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín», *Diario La Ley* Nº 8747, 22 de abril de 2016 (versión electrónica); GÓMEZ-JARA DÍEZ: *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Navarra, 2017, págs. 49 y ss.; HORMAZÁBAL MALARÉE: «Teoría del delito y responsabilidad de las personas jurídicas», *Diario La Ley* Nº 9178, 16 de abril de 2018 (versión electrónica).

público— han defendido un sistema vicarial, es decir, de hetero-responsabilidad¹⁰. Si con ello se quiere decir que la responsabilidad de la persona jurídica está construida con relación al delito de una persona física no estamos más que ante una obviedad. Si lo que se quiere decir es que el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica reside exclusivamente en la acción antijurídica y culpable del individuo o los individuos que cometen el delito la solución es inadmisibile. No sólo carecería político-criminalmente de sentido¹¹, sino que habría que declarar los arts. 31 *bis* y siguientes y los artículos correspondientes del Código Penal inconstitucionales. La responsabilidad penal de las personas jurídicas sería totalmente ilegítima si no se trata más que de trasladar al ámbito penal los criterios de imputación del Derecho Privado. No es extraño, por ello, que quienes parten de meros criterios iusprivatistas de imputación¹² se resistan a la *voluntas legis* y fuercen interpretaciones para eludirla y tratar la multa como una pena.

Si los preceptos relativos a la RPPJ sólo se pudieran interpretar en clave vicarial (el representante como *alter ego* con su acción genera la responsabilidad de su principal: lo que hace la persona física es como si lo hiciera la persona jurídica y esta responde por la acción u omisión, dolo o imprudencia y culpabilidad de la persona jurídica) no hay trabajo dogmático posible. Esta ha sido la opción de un sector doctrinal, que en este sentido resulta comprensible.

El Derecho Penal ha sido entendido siempre como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, lo que conlleva que se trate de la rama del ordenamiento que permite injerencias más gravosas en la vida de los ciudadanos dentro del funcionamiento normal de un Estado de Derecho. Si bien no siempre las mayores multas para personas jurídicas están en el Código Penal¹³, las restantes posibilidades de intervención como las sanciones interdictivas, que se pueden imponer incluso cautelarmente, nos obligan a intentar embridar este tipo de responsabilidad. Tenemos hoy en día ejemplos significativos como los de DEFEX, cuya imputación penal ha desembocado en su liquidación y desaparición, incluso mucho antes de que pudiera existir una eventual sentencia condenatoria.

Ejemplos como este nos deben poner sobre aviso. No es conveniente «diluir» el aspecto aflictivo que tienen la multa y las restantes consecuencias que el Código Penal contempla para personas jurídicas. Tanto (i) para que quede claro el mensaje cuando se castiga a una persona jurídica de que la entidad no es inocente con respecto a lo que ha pasado como también (ii) para respetar las garantías propias del Derecho Penal. Si no camuflamos o diluimos la responsabilidad penal no caben, por ejemplo, aplicaciones retroactivas o analógicas en contra de la persona jurídica ni la vulneración de garantías procesales. Como ya he dicho en alguna otra ocasión, no podemos esconder el lobo del *ius puniendi* del Estado bajo la piel de cordero de lo «formalmente penal». La dogmática sólo tiene sentido para colaborar a un correcto funcionamiento

¹⁰ Un análisis crítico de estas Circulares en FEIJOO SÁNCHEZ (*nota 4*), págs. 88 y ss.

¹¹ En los modelos vicariales o de hetero-responsabilidad la RPPJ llega a los mismos lugares a los que llega la responsabilidad individual. Por tanto, si no hay culpabilidad individual no se puede castigar en ningún caso y, existiendo responsabilidad individual, la consecuencia automática es que a la sanción individual se suma sin más la de la persona jurídica, sin que ésta pueda alegar nada o tenga opciones (salvo en los sistemas vicariales imperfectos buscar, en todo caso, una atenuación de esa responsabilidad).

¹² En mi opinión esto es lo que se quiere decir cuando se habla de «modelo de transferencia» o «modelo de imputación».

¹³ En el momento en el que escribo estas páginas el Anteproyecto de la reforma de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo recientemente aprobado por el Consejo de Ministros, en caso de infracciones muy graves contempla en el art. 56 que la multa para el sujeto obligado puede llegar al 10 % del volumen de negocios anual del sujeto obligado, el doble del contenido económico de la operación, el quintuplo de los beneficios derivados de la infracción, cuando dichos beneficios puedan determinarse o 5 millones de euros. En el caso del tipo básico de blanqueo la pena de multa para la persona jurídica no puede superar en ningún caso los 3.600.000 euros.

del Estado de Derecho, con lo cual tiene que esforzarse para conseguir una aplicación razonable de una decisión político-criminal democrática (guste más o guste menos). Esto es especialmente importante cuando la legislación resulta tan deficiente como la vigente.

Siendo esto así, sólo queda una opción, que es la que intentó JOSÉ MANUEL en su tesis, que consiste en adentrarse en la hermenéutica de la auto-responsabilidad y con base en ella ir resolviendo todas las cuestiones que han ido surgiendo y –sin duda– seguirán apareciendo. Su investigación, como no podía ser de otra forma, tuvo una clara vocación práctica, pero resulta de enorme utilidad para enfrentarse a las cuestiones dogmáticas esenciales que plantea el desarrollo de un modelo de auto-responsabilidad para las personas jurídicas. Se aprende mucho de alguien que siempre tiene presente la práctica forense. Analizaré en primer lugar las ideas esenciales de la tesis de JOSÉ MANUEL y lo haré en el sentido crítico que él tanto agradecería (infra II). En segundo lugar, intentaré exponer cómo se puede llegar a los mismos resultados que perseguía JOSÉ MANUEL con sus tesis matizando alguno de sus puntos de partida (infra III a VI), para abordar algunas cuestiones prácticas por las que mostró una especial preocupación (infra VII). Estas páginas se deben entender como una continuación de ciertas cuestiones que debatimos personalmente antes de su triste fallecimiento con el deseo de contribuir humildemente a que su presencia entre nosotros trascienda los límites de lo meramente biológico y permanezca en el tiempo. Personas como JOSÉ MANUEL MAZA se merecen el esfuerzo de intentar mantener vivas sus ideas y, sobre todo, sus preocupaciones como jurista.

II. LA TESIS DE JOSÉ MANUEL MAZA Y DE LA STS 154/2016, DE 29 DE FEBRERO

II.1. La ausencia de controles preventivos como injusto tipificado

La tesis esencial del homenajeado sobre el fundamento de la RPPJ se encuentra en la conclusión nº 5 de su tesis recientemente publicada: «El fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica no puede ser otro que el de su ausencia de cultura de respeto por la Ley y el Derecho, que se manifiesta en la inexistencia de suficientes y eficaces instrumentos de control preventivo, tendentes a evitar la comisión de delitos en su seno o a facilitar la investigación y sanción de los que pudieran llegar a cometerse»¹⁴.

Lo más peculiar de esta tesis reside en entender el art. 31 bis CP como una figura delictiva específica o tipo penal autónomo que podemos definir –para entendernos– como un *crimen culpae* para personas jurídicas. Se trata de una opción hermenéutica que consiste en entender que lo que hizo el Código Penal en 2010 es introducir un tipo penal para personas jurídicas que obliga a la prevención de delitos¹⁵. La norma de conducta dirigida a las personas jurídicas sería algo así como: gestiona cuidadosamente la organización o los riesgos de la organización de la que eres titular. Mejor dicho, controla a los integrantes de tu organización. En este sentido se deben entender expresiones de su tesis recientemente publicada como «la **ausencia de controles preventivos** tendentes a evitar la comisión del delito por parte de las personas físicas integrantes de la organización

¹⁴. *Responsabilidad penal partidos políticos*, pág. 477.

¹⁵. Similar previamente GONZÁLEZ SIERRA: *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Valencia, 2014, págs. 218 ss.

constituye el elemento esencial de la conducta típica de la persona jurídica y, por ende, el objeto de acreditación y valoración a la hora de establecer su responsabilidad culpable»¹⁶ o «el injusto típico de la persona jurídica, por el que ésta responde, es el de la **omisión de los mecanismos de control** necesarios y razonablemente eficaces para prevenir la comisión, en su seno y por parte de las personas físicas que la integran, de ciertos delitos»¹⁷. No es nada oscuro JOSÉ MANUEL MAZA cuando manifiesta con toda rotundidad que «la interpretación más adecuada en este extremo capital, para la dogmática y la práctica interpretativa del enjuiciamiento de la conducta de la persona jurídica, es la de considerar que el «tipo» que describe realmente la acción delictiva de ésta, del que habremos de partir para el correcto entendimiento de su responsabilidad penal, no puede ser otro, a pesar de las indudables dificultades que la sistemática y la dicción literal de la norma provocan, que el descrito en el propio art. 31 bis»¹⁸. De tal manera que «la persona jurídica no comete la estafa o el delito contra el medio ambiente, sino el delito consistente en la ausencia de «control» exigible, que hace posible la comisión, por la persona física, del delito concreto tipificado en la Parte Especial del CP, que pasaría a convertirse en un simple requisito, o presupuesto».

En este entendimiento, disponer antes de la comisión del delito de un modelo eficaz «de organización y gestión que incluya las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos»¹⁹ o de «medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica»²⁰ operaría, en palabras del propio MAZA, como una especie de «elemento negativo del tipo»²¹; es decir, si la norma le dice a la persona jurídica: sé diligente en el control de los integrantes de tu organización, el reverso de este mandato es que no hay delito de la persona jurídica si realmente fue diligente y estableció «protocolos solventes de prevención de conductas delictivas».

Una de las consecuencias de este modelo es que la acusación tenga que probar la falta de diligencia o la ausencia de controles preventivos (defecto de control)²², mientras el delito concreto (el soborno, la estafa, el uso de información privilegiada, etc.) opera como una especie de condición objetiva de punibilidad. El *crimen culpae* de la persona jurídica no se puede castigar hasta que no ocurre el evento delictivo.

El Voto Particular de la STS 154/2016, de 29 de febrero ya puso de manifiesto ciertos problemas de esta concepción. Yo mismo en un trabajo previo, comentando esta sentencia, expuse la incompatibilidad de esta tesis hermenéutica con el tenor literal o gramatical del Código Penal. JOSÉ MANUEL MAZA reconoció con la honradez que le caracterizaba estos inconvenientes²³, pero siguió sosteniendo esta idea en su creencia de que representaba el mejor recurso dogmático para respetar las garantías propias del Estado de Derecho. Yo creo que con la STS 221/2016, de 16 de marzo (Manuel Marchena Gómez) el Tribunal Supremo ha adoptado un rumbo distinto que

¹⁶ Pág. 477.

¹⁷ Pág. 478.

¹⁸ Pág. 232.

¹⁹ Art. 31 bis 2.1ª CP.

²⁰ Art. 31 quater d) CP.

²¹ Págs. 243 ss.

²² Págs. 222 y 245 en contra de los criterios expuestos en las Circulares de la FGE antes de pasar a ocupar el tal cargo.

²³ Págs. 232 y s., 277 («a pesar de las indudables dificultades que la sistemática y la dicción literal de la norma provocan»).

todavía está por diseñar en sus detalles, pero que consigue los mismos objetivos y aporta las mismas garantías procesales que tanto preocupaban a JOSÉ MANUEL MAZA. Sobre ello incidiré más adelante. Pero los loables propósitos de su trabajo se pueden conseguir por diversas vías.

En todo caso, en lo que interesa aquí, el problema esencial es que si estamos ante una figura delictiva específica para personas jurídicas al estilo del nonato art. 286.6 previsto en el Proyecto para la reforma penal del año 2015 las grandes preguntas tradicionales de la responsabilidad penal quedan sin responder: ¿Cómo se dirige esa norma a una construcción jurídica como la persona jurídica? ¿Quién es el destinatario real de esa norma? ¿Cuál es el fundamento de su responsabilidad? ¿Cómo se organiza la persona jurídica conforme a Derecho? Dejando ya de lado los problemas de concreción de este tipo específico de injusto de la parte general absolutamente indeterminado²⁴, nos faltaría una explicación de cómo la persona jurídica comete dicho delito. Si estamos ante un delito que consiste en esencia en una omisión de controles hay que explicar cómo la persona jurídica infringe el mandato y podría haber realizado lo que le prescribe la norma. Al final, hay que determinar en qué consiste la omisión o la falta de cuidado porque bien la omisión de controles preventivos o falta de cuidado no es más que pura responsabilidad objetiva (constatación de la ausencia objetiva de control) o bien corresponde a las personas físicas, por lo que volvemos al sistema vicarial o de transferencia que JOSÉ MANUEL pretendía eludir. Aunque se quiera recurrir a una *actio u omissio libera in sua causa*²⁵, siempre necesitaríamos una *actio u omissio* de la persona jurídica. Seguimos así sin poder responder a las cuestiones esenciales que plantea la RPPJ. JOSÉ MANUEL MAZA agotó todas las posibilidades argumentativas a su alcance hasta que terminó asumiendo que, en última instancia, las acciones u omisiones concretas correspondían a las personas físicas. En todo caso su contribución debe ser alabada porque, como decía Edison, «No puedo encontrar lo que funciona mejor hasta que no encuentro lo que no funciona». Lo que hay que aprender es que dogmáticamente querer tratar una persona jurídica como una persona física convirtiendo el art. 31 *bis* en un delito autónomo no acaba de funcionar dogmáticamente²⁶. Es cierto que lo relevante de la acción es su significado con relación a la norma, pero ello nos obliga a identificar la infracción o la conducta infractora. Y el recurso a una «acción o intencionalidad colectiva» en contextos organizativos tampoco resuelve dogmáticamente la cuestión²⁷ ya que quien sufre la pena es una persona jurídica, no un colectivo.

II.2. La culpabilidad de la persona jurídica como defecto de organización por ausencia de una cultura de fidelidad al «cumplimiento de la norma»

Al enfrentarse a la cuestión relativa a la culpabilidad de la persona jurídica MAZA parte en su tesis de la siguiente afirmación: «resulta imprescindible, en especial a causa de la caracterización

²⁴ Entre otras cuestiones faltaría concretar cuál es el bien jurídico protegido ya que ya no podría ser el del delito de referencia (¿Prevención de la criminalidad?) o si se trata de un delito de peligro abstracto o de un tipo penal en blanco o necesitado de integración judicial.

²⁵ Págs. 236 y ss.

²⁶ Por otro lado, lo que podemos denominar la tesis de la parte especial tampoco explica requisitos como el de la actuación en beneficio de la persona jurídica. Como insiste el propio MAZA se trata actualmente de un elemento esencial para exigir responsabilidad penal de la persona jurídica. Por eso no es extraño que en pág. 479 afirme que «no debe dejar de sorprender la incorporación de este requisito en un régimen en el que lo importante es promover la colaboración de la persona jurídica en las finalidades de política criminal del Estado, independientemente de las consecuencias provechosas que pudiere generar el ilícito cometido por la persona física». En todo caso hay un sector doctrinal que discute la conveniencia de mantener la referencia al beneficio. *Vid.* por todos, un monografista destacado como RAGUÉS I VALLÈS: *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal*, Madrid y otras, 2017, págs. 154 y ss., con ulteriores referencias.

²⁷ Mis críticas a este tipo de fundamentaciones en FEIJOO SÁNCHEZ (*nota 4*), págs. 65 y ss.

y fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica por la que suele optar la mayoría de la doctrina (sobre todo GÓMEZ-JARA, coherente con su concepto “constructivista” de la responsabilidad penal de las personas jurídicas) y que no es otra que la del “defecto de organización”²⁸. A partir de este punto de partida se lanza a los sugerentes brazos dogmáticos de la propuesta de GÓMEZ-JARA²⁹ entendiendo que el fundamento dogmático de la culpabilidad residiría en la «cultura de cumplimiento de la norma».

El concepto de culpabilidad de la tesis que defendió JOSÉ MANUEL MAZA en la Universidad Autónoma de Madrid es: defecto de organización por ausencia de una cultura de fidelidad al «cumplimiento de la norma»³⁰. La defensa de tal modelo se basa estrictamente en necesidades preventivas³¹.

II.3. Conclusión crítica

El punto de partida de la tesis de JOSÉ MANUEL es que sólo a partir de un tipo específico para las personas jurídicas sería posible construir un hecho propio sobre el que edificar la responsabilidad de la persona jurídica. Esta creo que es la idea-fuerza que arrastra toda su construcción. Su propuesta obedece a la idea de que la única manera de construir un hecho propio parte de hacer responder a la persona jurídica de un tipo o hecho típico propio distinto a los tipos penales por los que responden las personas físicas³². JOSÉ MANUEL MAZA objeta a la tesis contraria de la doctrina dominante como «otra posible interpretación, como la seguida por gran parte de la doctrina a la que ya hemos hecho reiterada referencia, en el sentido de que la conducta típica de la persona jurídica sería la contenida en cada uno de los supuestos de la parte especial, materialmente cometidos por la persona física y relacionada con una forma de participación delictiva de la persona jurídica: la descrita en el art. 31 bis, resultaría incapaz de integrar elemento tan esencial como el de la necesaria “acción” ilícita, impensable en relación con las figuras concretas típicas del catálogo generador de responsabilidad penal de la persona jurídica»³³. En conclusión, entiende que sólo sería dogmáticamente legítimo un modelo de autorresponsabilidad puro en el que la RPPJ no se encuentre condicionada por un hecho típico y antijurídico de un individuo como requisito o presupuesto.

La respuesta lógica es que no se entiende por qué si la acción ilícita es impensable en relación con las concretas figuras delictivas de la parte especial, no se presenta el mismo problema con respecto al art. 31 *bis* CP como tipo penal abierto e indeterminado absolutamente necesitado de integración judicial. Ello nos demuestra que lo que diferencia el hecho de la persona física del hecho de la persona jurídica no es el hecho típico que se le imputa, sino el sustrato de dicha imputación. En el caso de las personas físicas exigimos una acción defectuosa (un uso ilegítimo de la libertad de actuación), mientras en las personas jurídicas no podemos pasar de exigir una organización defectuosa. Sólo el defecto de la organización de la que es titular la persona

²⁸ Pág. 261.

²⁹ Sobre mis críticas a esta propuesta, FEIJOO SÁNCHEZ, (*nota 4*), págs. 51 y ss.

³⁰ Pág. 272.

³¹ Pág. 270.

³² Pág. 276.

³³ Págs. 234 y s.

jurídica puede ser el sustrato de la RPPJ. Las personas físicas responden penalmente en virtud de una acción que contradice la norma, mientras las personas jurídicas sólo responden en la medida en que esa contradicción de la norma representa un defecto de la organización de la que es titular de tal manera que el injusto individual se convierte en un hecho de la organización (en este sentido habría que entender expresiones como injusto de la organización). Entidades de naturaleza distinta (sistemas psicofísicos o biológicos y construcciones sociales) precisan un sustrato diferente de valoración jurídico-penal.

Una interpretación sistemática del Código Penal nos indica que las personas jurídicas son hechas responsables de un concreto hecho delictivo y la pena que se les impone depende de la gravedad de tal hecho delictivo (no se castiga igual un delito fiscal en modalidad agravada que un delito contable). Si la pena legal es una medida de desvalor, los sistemas de gestión de *compliance penal* deben centrar su atención y establecer más controles en aquellos riesgos penales que, en función de su probabilidad de ocurrencia, sean valorados como más graves. La diferenciación de gravedad entre tipos penales tiene, por consiguiente, un papel importante en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas. Puede ser más tolerable cierto fallo de control ante infracciones de escasa gravedad poco probables que ante infracciones de mayor gravedad con la misma probabilidad de ocurrencia.

Como ya ha resuelto correctamente el Tribunal Supremo, la persona jurídica no realiza su propia ejecución o tentativa del hecho, sino que responde con relación a la ejecución o tentativa de la persona física³⁴.

El sistema español de RPPJ es complementario de la responsabilidad individual, pero ello no significa necesariamente que se traslade o transfiera la responsabilidad de la persona física a la persona jurídica. En muchos casos el debate ha pecado de enfrentamiento entre extremos. Si bien es cierto que una de las características esenciales del modelo español es que debe existir un delito de una persona física en provecho de la persona jurídica, ello no significa que se esté fundamentando la RPPJ en el injusto y la culpabilidad de esa persona física. En general, que la responsabilidad de un sujeto se encuentre relacionada con el hecho típico de otro no significa necesariamente que se tenga que responder por un injusto y una culpabilidad ajenos. El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas se caracteriza por ser un sistema de **responsabilidad directa** que se acumula a la de las personas físicas (no son excluyentes una de la otra³⁵), si bien son **independientes o autónomas** (no es necesaria una doble condena).

En definitiva, el modelo español de RPPJ se caracteriza por ser un **modelo de co-responsabilidad** en el que cada uno de los responsables –individuo o persona jurídica– del mismo hecho lo son por razones normativas distintas. Esa es la razón por la que tanto la exclusión como la atenuación de dicha RPPJ se rige por parámetros diferentes que la responsabilidad individual. En mi opinión, la mejor manera de definir el modelo vigente es como un modelo de co-responsabilidad por el hecho con una fundamentación propia, autónoma y diferenciada de

³⁴ STS 827/2016, de 3 de noviembre. Si se trata de un delito autónomo debería carecer de relevancia si responde en relación con una autoría o participación o el hecho de la persona física ha sido consumado. Vid. también SAP de Barcelona (Sección 5ª) 113/2018, de 11 de febrero (dos tentativas de delito de defraudación tributaria) y Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 4 de Valencia 73/2017, de 20 de febrero, que condena a una persona jurídica como cooperadora necesaria de un delito de insolvencia punible con aplicación de la atenuante del art. 65.3 CP.

³⁵ SILVA SÁNCHEZ: «La exigente de “modelos de prevención de delitos. Fundamento y bases para una dogmática», *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid, 2016, pág. 675, define el art. 31 *bis* 1 como «una regla de imputación acumulativa de responsabilidad a un ente (la persona jurídica)».

la responsabilidad para personas físicas por un lado y personas jurídicas por otro que, en todo caso, responden del mismo hecho (descubrimiento de un secreto, manipulación de mercado, infracción contable, etc.).

Si bien a las personas físicas y a las personas jurídicas se les imputa el mismo hecho (soborno, estafa, insolvencia, vertido contaminante, etc.), las razones por las que responden son distintas. Son como dos caminos que tienen un origen común pero se bifurcan. A partir de ahí la responsabilidad de las personas jurídicas presenta características y criterios de imputación diferentes a los conocidos para las personas físicas. Siguiendo con el símil de los caminos, discurren por territorios distintos (el territorio de la responsabilidad por la infracción de la norma de conducta y el territorio de la responsabilidad por un defecto organizativo-estructural).

Es cierto que el debate se ha centrado sobre si el modelo español es de auto-responsabilidad o hetero-responsabilidad. Yo siempre he defendido desde el 2010 que nuestro ordenamiento sólo permite la primera opción, y el «co-» de co-responsabilidad significa que, si bien se trata de responsabilidades complementarias, presentan fundamentos autónomos e independientes. Ni a la persona física se transfiere la responsabilidad de la persona jurídica ni, a la inversa, a ésta se transfiere la de aquélla.

Los extremos suelen acabar teniendo puntos de contacto. Es curioso que José Manuel incurriera en lo que podemos denominar una tesis extrema de la auto-responsabilidad³⁶ partiendo de una idea similar a la de un sector de la doctrina y la Circular FGE del 2016, que entienden que un modelo que no prescinde totalmente de la imputación del delito individual o de un delito protagonizado por una persona física como presupuesto de la RPPJ no puede ser considerado un modelo de autorresponsabilidad.

En mi opinión, esto es un error, al menos formulado con tal radicalidad. Que la fuente de la responsabilidad de la persona jurídica se encuentre en un injusto cometido por un individuo sólo significa que no estamos ante un modelo puro de autorresponsabilidad totalmente ajeno al «factor humano». Ello sólo significa que el sistema de RPPJ es complementario de la responsabilidad individual, pero lo relevante es que no se trata de un modelo en el que se traslade o transfiera la responsabilidad de la persona física a la persona jurídica.

Si bien es cierto que una de las características esenciales del modelo español es que debe existir un delito de una persona física en provecho de la persona jurídica, ello no significa que se pueda fundamentar la RPPJ en el injusto y la culpabilidad de la persona física. Que la responsabilidad de un sujeto se encuentre relacionada con el hecho típico de otro no significa necesariamente que se tenga que responder por un injusto y una culpabilidad ajenos. Esto se aprecia muy bien con unos sencillos ejemplos: Que el padre que no interviene cuando su hijo menor de edad le está abriendo la cabeza a pedradas a otro niño o el enfermero que no evita –pudiendo hacerlo– la agresión de un enfermo a otro en un centro psiquiátrico respondan como garantes en relación al hecho injusto de otro, no significa que no haya que constatar su propio injusto (vinculado a su posición de garantía) y que la declaración de culpabilidad no sea independiente de la de los que llevan a cabo directamente la agresión. El Derecho Penal conoce

³⁶ No existe ningún subsistema penal (menores, inimputables, consecuencias accesorias para entidades, etc.) que tenga un sistema diferenciado de tipos penales. Todas las modalidades de responsabilidad que nuestro ordenamiento define como penal parte de los tipos penales recogidos en el Libro II del Código Penal o de las leyes penales especiales. Esta idea no debería quebrarse con la RPPJ. Sobre todo habría que explicar a qué obedecen las diferencias entre los arts. 31 *bis* y 129 CP (ya que este último precepto no parece poder definirse como un tipo penal autónomo).

multitud de supuestos de responsabilidad propia con relación a la acción de otros a través de instituciones dogmáticas como la comisión por omisión o la participación delictiva. Pero no son modalidades de responsabilidad por el hecho de otro, sino normativamente vinculadas al hecho de otro.

Es cierto que el Código Penal español exige una determinada conexión con un delito individual. Sin embargo, ello no significa que para la RPPJ no sean necesarios requisitos propios adicionales que son los que en realidad legitiman la intervención punitiva frente a la persona jurídica como titular de la empresa u organización. La RPPJ parte en nuestro ordenamiento del hecho cometido por una persona física, pero el fundamento de dicha responsabilidad es totalmente independiente del de dicha persona física. Precisamente por esa razón las exclusiones de la responsabilidad penal obedecen a razones distintas.

Entiendo que no es cierto que la persona jurídica devenga responsable *por* los delitos cometidos por otros, sino, mejor dicho, *en relación con* los delitos cometidos por otros. Así dice, por ejemplo, el art. 2.6. de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de contrabando, que «las personas jurídicas serán penalmente responsables en relación con los delitos tipificados en los apartados anteriores cuando en la acción u omisión en ellos descritas concurren las circunstancias previstas en el artículo 31 bis de la Ley Orgánica 19/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal y en las condiciones en él establecidas». Las circunstancias y condiciones son propias de la persona jurídica, no de las personas físicas.

La consecuencia de todo esto es que si nos tomamos en serio la idea de autorresponsabilidad deberíamos castigar a la persona jurídica cuando el hecho delictivo individual no es casualidad para la entidad porque existen **razones organizativo-estructurales** que, junto a la infracción individual, explican el hecho delictivo.

En un modelo no puro de autorresponsabilidad como el que aquí se propone, los elementos básicos para poder imputar un delito a una persona jurídica serían

- a) que se pueda entender el delito individual como un hecho de la organización;
- b) establecer los criterios por los que ese hecho organizativo es responsabilidad de la persona jurídica adicionalmente a la responsabilidad individual.

Asumir que el modelo español no es un modelo puro de auto-responsabilidad no implica que estemos abocados a un indeseable modelo vicarial o de hetero-responsabilidad. La cuestión decisiva creo que es otra: si la responsabilidad de la persona jurídica se basa en un modelo de transferencia de los elementos de la responsabilidad individual (dolo o imprudencia, conocimiento de la antijuridicidad, etc.) o la pena de multa tiene como presupuesto la constatación de una responsabilidad propia, autónoma o ajena a la responsabilidad individual. Mi interpretación del Código Penal aboga por esta última tesis y, sin duda, en este punto esencial estaría de acuerdo con JOSÉ MANUEL MAZA.

III. ¿DEFECTO DE ORGANIZACIÓN?

Como es de sobra sabido, el concepto de «culpabilidad por defecto de organización» tiene su origen en TIEDEMANN como propuesta para construir un modelo de RPPJ³⁷. La propuesta ha tenido tanto éxito que hoy en día resulta difícil saber exactamente a qué se refieren los autores que utilizan este concepto. Sobre todo si tenemos en cuenta que no existen organizaciones perfectas, por lo que todas tienen en mayor o menor medida defectos. En todo caso la propuesta de MAZA recuerda a ciertos planteamientos de TIEDEMANN, para el que el «defecto de organización» consiste en la omisión previa de los preparativos necesarios para evitar los hechos individuales que en realidad lesionan o atentan directamente contra el bien jurídico, de tal manera que el «delito» de la persona jurídica consiste en la inexistencia de medidas de control, organización o vigilancia. La doctrina española que se basa en esta construcción de TIEDEMANN suele entender que la RPPJ se basa en la constatación de un «hecho de conexión» entre persona física y jurídica y la responsabilidad tendría su fundamento dogmático en un defecto de organización si la persona jurídica no puede probar la adopción de ciertas medidas preventivas y de control³⁸.

En realidad lo interesante de la propuesta del autor alemán no es que ofrezca un fundamento dogmático válido para legitimar la imposición de una pena, sino que puso un especial énfasis en la idea de que en este ámbito la responsabilidad se debe construir con base en un defecto organizativo como alternativa al sistema vicarial tradicional en el ámbito anglosajón. Dicho de forma tajante, la teoría tradicional de la acción debe quedar sustituida en este ámbito por una «teoría del defecto organizativo». Esto significa que la responsabilidad de la persona jurídica no se puede construir sobre una acción de una persona concreta o de una acción colectiva si ello no representa un defecto de la organización de la que la persona jurídica es titular. Sin embargo, no son asumibles las posiciones que se quedan a medio camino y entienden que el delito individual representa una presunción *iuris et de iure* (esta era la posición original de TIEDEMANN) de un defecto organizativo; pero tampoco los matices introducidos posteriormente de que se trata de una presunción *iuris tantum*³⁹. Si nos quedamos a medio camino el fundamento de la responsabilidad sigue estando en la acción individual por lo que se mantiene una excesiva identificación entre individuo y organización. Una perspectiva más organizativa exige que el delito individual pueda ser entendido y probado como un hecho de la organización; de no ser así falta el presupuesto sobre

³⁷ En sentido crítico FEIJOO SÁNCHEZ: *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, 2002, págs. 69 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ: *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, 2005, págs. 150 y ss.; el mismo, en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Navarra, 2016, págs. 159 y ss. Por sólo citar la relevancia de esta construcción en algunos trabajos recientes (en la línea de otros anteriores), BACIGALUPO SAGGESE: «La responsabilidad penal de los entes colectivos: el modelo de imputación del Código Penal», *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid, 2016, págs. 42 y s.; GÓMEZ TOMILLO: «Programas de cumplimiento y política criminal», *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid, 2016, pág. 108; ZUGALDÍA ESPINAR: «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo)», *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid, 2016, págs. 698 y s., 702.

³⁸ Una breve exposición del modelo en GÓMEZ-JARA DÍEZ: «Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en serio: la culpabilidad de las personas jurídicas», *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid, 2016, págs. 130 y s.

³⁹ En sentido crítico con este sector doctrinal, FEIJOO SÁNCHEZ, en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1ª ed., Navarra, 2012, págs. 74 y ss.

el que construir la responsabilidad de la persona jurídica. Un sector de la doctrina utiliza en realidad el concepto de «culpabilidad por defecto de organización» como un sistema vicarial encubierto.

La aportación de esta concepción que se puede remontar a TIEDEMANN es que los intentos de construir la RPPJ sobre la idea de «acción defectuosa» –individual o colectiva– están encaminadas al fracaso⁴⁰. No hay más vía dogmática que la de la «organización defectuosa» como sustrato de la imputación. Pero ello no dice nada todavía sobre cuál es el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica.

Coincido con MAZA en que el Código Penal no pretende castigar todo delito que se cometa desde una empresa, por lo que sólo tiene sentido actuar contra la persona jurídica si **el delito se puede entender de partida como un hecho de la organización.**

IV. EL DELITO COMO HECHO DE LA ORGANIZACIÓN

El art. 31 *bis* CP establece expresamente que las personas jurídicas son hechas responsables de los delitos cometidos por las personas físicas, es decir, de los mismos delitos, no de un delito propio: «Las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos» por las personas del apartado a) o b) del apartado primero. En la parte especial la formulación es inequívoca a lo largo del articulado. La persona jurídica es responsable de los delitos tipificados en el correspondiente Título, Capítulo o Sección. Por otro lado, las penas para las personas jurídicas varían en función de la figura delictiva específica y no estamos ante una pena homogénea. Es más, en muchos casos, la pena de multa se establece en relación directa a la gravedad del hecho delictivo cometido por la persona física⁴¹.

Desde el punto de vista del Derecho positivo –pues aquí se trata exclusivamente de eso– los criterios que permiten que el delito individual adquiera una dimensión distinta son los contemplados en el apartado primero del art. 31 *bis* CP. El Código tiene en cuenta los siguientes criterios⁴², que son habituales en Derecho comparado, conforme a los cuales un hecho no sólo se debe entender como un hecho individual, sino como un hecho defectuoso de la organización:

- a) Una relación funcional o vinculación a la actividad propia de la organización de la que es titular la persona jurídica. En este sentido el art. 31 *bis* CP utiliza expresiones como «en nombre», «por cuenta» o «en el ejercicio de actividades sociales» para exigir esta relación funcional. Tiene razón RAGUÉS, cuando señala que este presupuesto obedece a «la necesidad de que el sujeto obre, por decisión de la propia entidad jurídica, dentro del ámbito de organización de esta última»⁴³. De esta manera, ámbitos de actuación o actividades al margen de la organización o no consentidas por la organización no permiten hablar de un hecho de la organización.

⁴⁰ FEIJOO SÁNCHEZ (nota 37), págs. 125 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ: «Societas peccare non potest... nec delinquere», *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid, 2016, págs. 373 y ss.

⁴¹ Arts. 189 *bis*, 251 *bis*, 258 *ter*, 261 *bis*, 264 *quater*, 288, 302.2, 328, 369 *bis*, 427 *bis*, 576.5.

⁴² Sobre los requisitos del apartado primero del art. 31 *bis* FEIJOO SÁNCHEZ, (nota 4), págs. 109 y ss.; MAZA, págs. 194 y ss., ambos con ulteriores referencias.

⁴³ Pág. 75.

- b) El delito debe cometerse en beneficio directo o indirecto de la empresa o persona jurídica⁴⁴. Este elemento no debe entenderse simplemente como una actuación en interés de la persona jurídica, sino que más bien indica una razón por la que desde la organización no existe interés en prevenir o controlar la actuación delictiva⁴⁵.
- c) Es esencial que exista un fallo de control. En el caso de administradores y directivos la inexistencia de un órgano (al estilo de una «Comisión de Control» o «Consejo u Órgano de Vigilancia» del Consejo de Administración⁴⁶) que controle de forma eficaz la legalidad de sus decisiones; en el caso de sus subordinados una falta de control, supervisión o vigilancia por parte de sus superiores jerárquicos. Si bien se trata de un elemento importante del art. 31 *bis* CP, representa un error identificar automáticamente «fallo de control» con RPPJ o con una culpabilidad por defecto de organización.

La interpretación de estos elementos se ve condicionada por la comprensión general que aquí se defiende como criterios que convierten el hecho individual en un defecto organizativo. Por ejemplo, no basta una intención disparatada de beneficiar a la persona jurídica⁴⁷ o que un cargo de un partido político utilice su posición para enriquecerse o beneficiarse personalmente afirmando que actúa en nombre e interés de la formación política. Creo que la referencia conjunta a que se trata de criterios para convertir la acción antijurídica individual en un hecho organizativo aporta grandes beneficios interpretativos⁴⁸.

Sin embargo, estos elementos no son suficientes para constituir una insatisfactoria «culpabilidad por defecto de organización» salvo que desde la persona jurídica se pruebe lo contrario. Este conjunto de requisitos no se merece ni de lejos la calificación de culpabilidad o de fundamento de una responsabilidad por el hecho que se pueda calificar –siquiera de forma aproximada– de «penal».

Se trata a lo sumo de presupuestos que pueden legitimar sanciones económicas para compensar el beneficio o decomisar ganancias. Pero una interpretación sistemática no permite interpretar las multas para personas jurídicas del Código Penal sólo como una compensación o privación de beneficios. Incluso se pueden entender como presupuestos suficientes para habilitar la imposición de consecuencias orientadas a la prevención especial (prevención de la peligrosidad objetiva, instrumental u organizativa) como las sanciones interdictivas recogidas en las letras b) a g) del art. 33.7 CP o de procesos de reestructuración. Precisamente por eso se

⁴⁴ SSTS 154/2016, de 29 de febrero; 455/2017, de 21 de junio. Sobre el beneficio FEJOO SÁNCHEZ, (nota 4), págs. 123 y ss.; MAZA, págs. 212 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, (nota 26), págs. 19 y ss., 105 y ss. y *passim*.

⁴⁵ Según RAGUÉS I VALLÈS, (nota 26), págs. 95 y s., se trataría de supuestos en los que «las personas jurídicas tienen incentivos evidentes para no controlar». Con una visión más preventivista o propia del análisis económico del Derecho, entiende que la pena otorgaría el incentivo que falta. Pero lo cierto es que hacen falta más elementos adicionales para que la pena pueda entrar en juego por lo que es difícil otorgar a este elemento un papel decisivo para legitimar la multa.

⁴⁶ Este tipo de órganos (que podría ser el mismo órgano encargado de las funciones de auditoría y control, como habilita el CP en el art. 31.2.2^a CP) no es obligatorio. Pero si no existe control de administradores y altos directivos y sólo de sus subordinados estaremos ante un defecto de organización si tal carencia ha facilitado la comisión de un delito por un administrador o directivo. Esto es evidente cuando se adopten decisiones colegiadas manifiestamente delictivas sin que nadie pueda supervisar dichas decisiones. Aquí no son posibles mayores especificaciones.

⁴⁷ Desde una perspectiva vicarial lo decisivo debería ser la intención o propósito del sujeto que comete el delito, que debería actuar con una especie de «doble dolo». Sobre como en los Tribunales Federales de USA prima esta idea –en sentido contrario a la doctrina española dominante–, RAGUÉS I VALLÈS, (nota 26), págs. 42 y s.; VILLEGAS GARCÍA: *La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas. La Experiencia de Estados Unidos*, Navarra, 2016, págs. 190 ss., con amplias referencias jurisprudenciales.

⁴⁸ Un inmejorable ejemplo en la monografía de RAGUÉS I VALLÈS, (nota 26), p. 22, señalando acertadamente como la cuestión dogmática esencial a la hora de enfrentarse al art. 31 *bis*.1 es «cuándo un hecho delictivo cometido por una persona física debe considerarse, a su vez, como perteneciente también a una persona jurídica». Yo matizaría que a la organización de la que es titular la persona jurídica.

pueden aplicar indistintamente como consecuencias accesorias. Pero son criterios insuficientes para legitimar la imposición a una persona jurídica de una multa que es definida como pena o, en general, la obligación de soportar cualquier sanción que cumpla fines preventivo-generales complementarios de la pena a la persona física. Es decir, los presupuestos expuestos podían ser suficientes para las consecuencias accesorias existentes hasta la reforma de 2010, pero no lo son para el nuevo sistema vigente.

En conclusión, este conjunto de criterios sirve para definir el delito como un hecho que tiene una dimensión que excede lo puramente individual (que haya pluralidad de delincuentes no convierte automáticamente el hecho en hecho de la organización, sino sólo en un hecho colectivo). La mera referencia a un defecto organizativo o de la organización es un requisito pobre para la responsabilidad penal, que dice bien poco si no se vincula, como correctamente señaló JOSÉ MANUEL MAZA, al **cumplimiento de la legalidad como cometido institucional asignado a las personas jurídicas**.

V. LA FALTA DE CULTURA DE CUMPLIMIENTO DE LA LEGALIDAD O CUMPLIMIENTO NORMATIVO COMO EL AUTÉNTICO FUNDAMENTO DE LA RPPJ

Si nos encontramos ante un hecho con una dimensión que excede lo meramente individual, tenemos que decidir si a la persona jurídica le imponemos una pena y, para ello, hemos de atribuirle responsabilidad por ese hecho (vertido contaminante, fraude fiscal, abuso de mercado, etc.).

La reforma del 2015 aportó, en mi opinión, una exigencia expresa y específica de responsabilidad por parte de quien sufre la pena (la persona jurídica). Hasta ese momento, debido a que la reforma del año 2010 que introdujo la RPPJ fue excesivamente parca, no es de extrañar que diera lugar a todo tipo de interpretaciones. La gran novedad introducida por la reforma del 2015 fue una regulación expresa de la exclusión de responsabilidad si «se cumplen» determinadas condiciones o requisitos, que sirven también para la atenuación cuando son insuficientes para la exoneración de responsabilidad. Todo ello de forma independiente a la responsabilidad individual. Pero más allá de que se esté de acuerdo o no con que la responsabilidad de la persona jurídica sea de naturaleza penal, lo cierto es que, además de los criterios ya mencionados que contempla el art. 31 bis 1 CP desde la reforma de 2010, la reforma de 2015 introdujo mediante los apartados 2 a 5 del Código penal un problema dogmático específico que tiene que ver con la «responsabilidad de la persona jurídica» o «la imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica» (y no estrictamente en «cómo se transfiere la responsabilidad del individuo a la persona jurídica»). Si se regula específicamente la exclusión de tal responsabilidad, es que se trata de un requisito jurídico específico adicional a los criterios del art. 31 bis.1 CP. Recordemos que el Código Penal español tampoco define lo que es la culpabilidad (individual), sino que exclusivamente regula su exclusión. A la hora de interpretar el modelo español no se puede hacer como si en el año 2015 no cambiara nada. La persona jurídica tiene opciones para distanciarse de un concreto fallo de su organización.

Habrà RPPJ cuando la organización se encuentre en una situación incompatible con el desarrollo de una política o cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad penal y el hecho

relevante para el Derecho Penal esté vinculado a tal defectuosa cultura de cumplimiento. Podemos hablar en este caso de un defecto-organizativo estructural de segundo grado o de segundo orden (a largo plazo). **Tendremos, por tanto, RPPJJ cuando el injusto es un hecho de la organización que obedece, además, a una falta de cultura de cumplimiento de la legalidad.** Materialmente —y salvando las distancias de realidades muy distintas—, las cosas no son muy diferentes a lo que sucede con las personas físicas. Si uno de nosotros cometemos un hecho delictivo, no se nos castigará si ello no se debe a una disposición jurídica inadecuada (decisión de segundo orden adicional a la decisión propia del dolo o de la imprudencia). Por ejemplo, porque ha habido un repentino y brusco cambio de la ley que no pudimos conocer o si el exceso en la defensa frente a una agresión se debe únicamente a la situación de pánico de la que fuimos presa.

Dentro de esta comprensión un fallo organizativo de prevención, control, vigilancia o supervisión sólo tiene valor como indicio de defectos estructurales en relación con el cumplimiento de la legalidad. No todo fallo de prevención, control, vigilancia o supervisión de hechos de la organización tiene que suponer responsabilidad penal para la persona jurídica, sino que sólo se debe entender como un indicio de su responsabilidad. Ello significa que, a pesar del fallo de control o preventivo, no habrá responsabilidad de la persona jurídica si en el caso concreto queda reflejado que dispone de una adecuada cultura de cumplimiento. Por ejemplo, una actuación delictiva de un administrador es detectada por la Comisión de Auditoría y Control y pasa a ser investigada y denunciada a las autoridades.

Tendremos, por tanto, RPPJJ cuando el hecho es un hecho de empresa o de la organización que obedece a una falta de cultura de cumplimiento de la legalidad. En este punto el acuerdo con MAZA y con su director de tesis, GÓMEZ-JARA, es amplio. Los acuerdos quizás sean menores en cuanto a los fundamentos últimos de esta idea.

VI. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD

La cuestión esencial para el fundamento de la responsabilidad es la relativa a por qué la persona jurídica es incumbente de esa cultura de cumplimiento de la legalidad. Sobre todo si se tiene en cuenta que estamos ante una construcción jurídica. Los críticos suelen utilizar la expresión «ficción jurídica»⁴⁹, pero quizás la mejor expresión sea la de constructo del Derecho. Si pensamos en las grandes empresas del Ibex 35 como el Banco Santander, BBVA, Repsol, Telefónica o Inditex resulta difícil asumir que estemos ante meras ficciones. Es cierto que una persona jurídica puede ser una ficción o una simulación, sobre ello volveré más adelante, pero los ejemplos que he puesto son tan ficción como puede serlo el propio Estado y tal ficción, entre otras cosas, tiene a miles de personas encerradas en centros penitenciarios. En ambos casos se trata de realidades institucionales que hemos construido para conseguir cosas que como meros individuos serían imposibles.

La cuestión, por lo tanto, es si se puede construir una responsabilidad paralela a la individual en el ámbito del Derecho Penal y creo que la idea de la cultura de cumplimiento de la legalidad

⁴⁹ Desde VON SAVIGNY: *System des heutigen Römischen Rechts*, Tomo II, 1840, pág. 312, con la perspectiva de la ficción se ha mantenido la crítica u objeción de que con la condena a la persona jurídica se vulneraba un principio esencial del Derecho Penal: la identidad entre delincuente (el que comete el delito) y el condenado (el que sufre la pena).

y de la institucionalización e implantación de sistemas de gestión de *compliance* nos ha dado una posible respuesta. Como afirma la Circular de la FGE 1/2016⁵⁰, la responsabilidad de las personas jurídicas puede tener su fundamento, de acuerdo con el Derecho vigente, en relación con «una cultura corporativa de respeto a la Ley, donde la comisión de un delito constituya un acontecimiento accidental». Se puede aceptar o no como un fundamento para la responsabilidad penal, pero estamos ante un modelo que ha llegado para quedarse mucho tiempo. En todo caso, la cuestión dogmática decisiva es por qué la persona jurídica –y no, por ejemplo, los administradores– deben responder de ese déficit en la cultura de cumplimiento de la legalidad o en la disposición general de la organización a cumplir con las leyes penales.

No se puede dejar de mencionar, como ha señalado recientemente el gran impulsor de esta idea GÓMEZ-JARA –y no puedo estar más de acuerdo–, que el modelo español queda mejor definido con la referencia a una «falta de cultura de cumplimiento de la legalidad» que a una «culpabilidad de la persona jurídica por establecer una cultura de incumplimiento de la legalidad» que caracterizaba sus propuestas iniciales⁵¹.

A grandes rasgos, entiendo que existen tres grandes opciones político-criminales:

- a) Extender la responsabilidad individual. Así, por ejemplo, se puede entender que los administradores tienen una posición de garante basada en el «cumplimiento de la legalidad», especialmente cuando se cometen delitos dolosos en beneficio de la empresa. Sin embargo, creo que esta extensión de la responsabilidad personal más allá de los deberes de control de una organización resulta excesiva para los seres humanos y resultaría poco eficiente. Para el deber de cuidado en la organización de las actividades de la empresa o en la gestión de los riesgos de la empresa ya tenemos los tipos imprudentes, pero este tipo de responsabilidad en comisión por omisión resulta excesivo, lo cual es más evidente a medida que la estructura empresarial va encerrando una mayor complejidad. No se puede hacer responsable a un individuo de algo que tiene carácter estructural. Por ello la dogmática tradicional queda inerte frente a una responsabilidad basada en la implantación de una cultura de la legalidad ya que traspasaríamos el ámbito de lo que puede resultar personalmente exigible. Ya el legislador del 2015 dio marcha atrás a buscar una solución en la parte especial desistiendo del mal denominado art. 286 *seis* del Proyecto de abril de 2013⁵². Esta cuestión no se puede deslindar del debate sobre el modelo español.
- b) Una segunda opción sería afirmar que este no es un asunto que deba preocupar al Derecho Penal mientras no se trate de prevenir una concreta dinámica criminógena con medidas preventivo-especiales contra la peligrosidad objetiva u organizativa de la empresa u organización. Es decir, no hay que intervenir mientras no exista un «peligro de reincidencia» o un defecto estructural que permanece en el tiempo (necesidad de reestructuración). Esta solución clásica genera un gran consenso doctrinal y a mí personalmente siempre me ha gustado. Sin embargo, mi impresión, y esto tiene que ver con la situación actual, es que la sociedad ya no

⁵⁰ Pág. 39.

⁵¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, (*nota 38*), pág. 145 («autores como Feijoo Sánchez y De la Cuesta coinciden con el planteamiento aquí expuesto en que el concepto clave a la hora de analizar la culpabilidad de la persona jurídica es la cultura empresarial; en lo que difieren sería en la formulación –sc. en lugar de una cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad son partidarios de una falta de cultura empresarial de cumplimiento de la legalidad»).

⁵² Me remito al trabajo de GÓMEZ TOMILLO: *Compliance penal y política legislativa. El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*, Valencia, 2016.

está dispuesta a afirmar que en determinados casos un delito de empresa o en beneficio de una persona jurídica es pura casualidad para la persona jurídica salvo casos muy extremos. Que se trata de «cosas que pasan» y el ordenamiento penal no puede ni debe hacer nada al respecto. Existe una idea extendida de que en determinados casos existe cierta responsabilidad adicional a la individual que excede la mera responsabilidad civil subsidiaria.

- c) Si las dos opciones anteriores se muestran como insatisfactorias a la generalidad, surge la opción de entender que el «cumplimiento de la legalidad» es incumbencia de la persona jurídica como titular de la organización. Los administradores deben preocuparse de su propia disposición jurídica y de los riesgos de la organización, pero el cumplimiento general de la legalidad penal como cometido sería una incumbencia suprapersonal que ya no se le puede exigir a individuos concretos. Es cierto que tienen un papel decisiones humanas⁵³, pero se trata de una responsabilidad a la que ya no se puede hacer frente imputando responsabilidad individual; tampoco a un colectivo difuso (que en los casos más extremos serían sucesivos equipos de gobierno a lo largo de los años). Sólo cuando la responsabilidad no puede alcanzar a los *singuli* en ningún caso, es cuando aparece como opción que responda la *universitas*⁵⁴. En ese caso se cortaría de raíz la objeción de que no pueden ser al mismo tiempo los individuos y las personas jurídicas responsables por el mismo hecho⁵⁵. Es decir, la objeción a tomar muy en serio de que si la persona jurídica necesita que una persona física actúe en su nombre y representación, la misma acción no puede generar responsabilidad penal para el órgano o persona física que actúa y para la persona jurídica ya que lo que se imputa a la persona jurídica debe des-imputarse al órgano o individuo y lo que se entienda como culpabilidad del órgano o individuo no puede imputarse como culpabilidad de la persona jurídica. Esta sería objeción sólo puede ser salvada si se entiende que la responsabilidad de la persona jurídica empieza donde termina la individual. De esta manera la persona jurídica responde penalmente de algo de lo que no pueden ser hechos penalmente responsables las personas físicas, ni de forma individualizada ni como colectivo (responsabilidad des-individualizada).

⁵³ Las personas jurídicas son sujetos de Derecho creados, configurados y constituidos por otros sujetos y sometidos a los fines de éstos hasta su disolución o extinción. Si se quiere utilizar la terminología de la teoría de sistemas las organizaciones con personalidad jurídica son más bien sistemas allopoéticos que pueden ser muy complejos pero no autopoéticos (Cfr. KARGL: «¿Sociedad sin sujetos o sujetos sin sociedad?», en Gómez-Jara (edit.), *Teoría de sistemas y Derecho Penal*, Granada, 2005, pág. 56, traducción de Feijoo Sánchez). Expone de forma clara y de una forma que asumo plenamente la diferencia de perspectivas entre mi interpretación del Derecho positivo y su modelo constructivista, GÓMEZ-JARA DÍEZ: «La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Autorregulación y sanciones*, 2ª ed., Navarra, 2015, págs. 284 y ss. STS 668/2017, de 11 de octubre: «La Sala es consciente de que la opción jurisprudencial por un sistema de autorresponsabilidad no es ajena a las críticas dogmáticas de quienes entienden que la idea de empresa como una organización autopoética que se administra y organiza a sí misma, conduce a una irreparable invasión del espacio que ha de reservarse a la psique del individuo como presupuesto de cualquier idea de culpabilidad». Pues bien, se puede defender un modelo de autorresponsabilidad sin tener que partir de la empresa como organización autopoética para la que los seres humanos son sólo –en terminología sistémica– «entorno».

⁵⁴ El principio *societas delinquere non potest* formulado por V. LISZT no es una constatación ontológica, sino una decisión normativa propia de la modernidad: la responsabilidad es de los *singuli* y no de la *universitas* o *societas*.

⁵⁵ En mi opinión, la crítica más sagaz a la RPPJ sigue siendo la de JAKOBS: «Strafbarkeit juristischer Personen?», *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, págs. 565 y s., 570 y passim (especialmente los últimos cuatro apartados y el apartado 3 de «Resumen»). JAKOBS expone cómo no se ha podido encontrar una responsabilidad de la persona jurídica con una fundamentación de su culpabilidad independiente de la individual siempre que no se quiera renunciar a ésta. Este autor entiende que se trata de personas, pero no personas en sentido jurídico-penal (*Strafpersonen*) y que al Derecho Penal sólo le interesan como masa patrimonial a la que se puede hacer co-responsable de la multa (*Mit-Haftung*). Hay que entender que en alemán existe una diferencia entre *Mit-Haftung* y *Mit-Verantwortung*. La primera acepción es tener que responder por algo aunque no sea un hecho propio, mientras la segunda acepción tiene que ver ya con la responsabilidad originaria por el hecho acaecido. Expone estas críticas en tiempos recientes WAGNER: «Sinn und Unsinn der Unternehmensstrafe», *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrechts* 1/2016, págs. 127 y ss., criticando la solución de la «Mit-Haftung».

Todas estas opciones están al alcance del legislador penal y todas encierran inconvenientes. Es decir, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es la única opción ni una opción obligada (puede haber responsabilidad de otro tipo, puede no haber intervención del Derecho Penal, etc.), pero en estos momentos es la decisión político-criminal del Código Penal español con la que debe trabajar el dogmático. Y no se debe olvidar que la introducción por el legislador –democrático– de la RPPJ obedece en gran medida a la idea de que estas entidades, como titulares de organizaciones, han de ser «garantes del cumplimiento de la legalidad». La RPPJ avanza a lomos de la idea de que el ordenamiento ya no se puede conformar con la mera expectativa de que la organización no sea un factor criminógeno, sino que su implicación debe ser mayor y debe velar por el cumplimiento de la legalidad. **Se ha impuesto una visión institucional de ciertas entidades con personalidad jurídica (especialmente de las sociedades mercantiles) que genera nuevas expectativas jurídicas**⁵⁶. En este sentido las empresas no son sólo un medio de generar beneficios a sus accionistas, sino que se deben responsabilizar de sus «costes externos» para la sociedad y de intereses públicos. No vale hoy en día lo que dijo MILTON FRIEDMAN en 1970 con una visión estrictamente contractualista: «sólo existe una responsabilidad social de las empresas: incrementar sus beneficios». Como consecuencia de ello la sociedad ya no está dispuesta a definir como «desgracia», «casualidad» o «mala suerte» hechos que obedecen a determinada cultura corporativa que es consecuencia de la adopción –u omisión– de ciertas políticas. Esta idea se va extendiendo a otras entidades como los partidos políticos.

Todo esto tiene que ver indudablemente con las transformaciones del Derecho y de ese constructo que es la personalidad jurídica, si bien, como siempre he señalado, la institución de la personalidad jurídica abarca realidades muy diferentes que es muy complicado reconducir a un mínimo común denominador. Centrándonos en las grandes sociedades mercantiles, esta es una cuestión en la que ya pusieron el énfasis GÓMEZ-JARA DÍEZ con el aprovechamiento de la construcción estadounidense del «buen ciudadano corporativo» (*good citizen corporation*)⁵⁷ y NIETO MARTÍN vinculando la responsabilidad penal de las personas jurídicas a la idea de responsabilidad social corporativa⁵⁸. También tiene que ver en cierta manera con las transformaciones de las relaciones del Estado con la sociedad civil («autorregulación regulada») ⁵⁹. Así, por citar un ejemplo significativo, a finales del siglo XX se produjo la siguiente decisión a nivel global: en vez de crear un cuerpo de policía financiera, los Estados crearon un cuerpo legislativo para convertir a determinados operadores en sujetos obligados a colaborar con el Estado (lo cual es mucho más barato

⁵⁶ MEGÍAS LÓPEZ: «La creación de valor tolerante: un modelo de compatibilidad jurídica entre interés social y responsabilidad social corporativa», *Diario La Ley*, Nº 9019, 12 de julio de 2017 (versión electrónica): «La teoría institucional, como planteamiento jurídico, identifica el interés social con una noción abstracta y abierta de estabilidad, conservación y rentabilidad de la empresa, desvinculado en sentido estricto del interés de los socios, con tendencia a la despersonalización de la sociedad y a dotar de relevancia al empresario social como sujeto titular del interés. Sintéticamente, la consecuencia última de esta postura es la conducción de la actividad empresarial en promoción de la expectativa material de los socios y también de los demás sujetos afectados por la misma existencia de la empresa. Como veremos más adelante, se acerca al planteamiento de la *stakeholder theory* o de la RSC, si bien éstas beben de la construcción económica o de la ética empresarial, mientras que la teoría institucional sobre el interés social se construye sobre una noción puramente jurídica».

⁵⁷ Pionero en (*Culpabilidad, nota 37*), págs. 248 y ss.

⁵⁸ *Revista de Derecho y Proceso Penal* 2004, págs. 259 y ss.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, págs. 59 y ss., 74 y ss., 218.

⁵⁹ Referencias a esta cuestión en FEIJOO SÁNCHEZ, (*nota 4*), págs. 25 y s. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, (*Tratado, nota 37*), págs. 92 y ss. Considera MAZA, pág. 177, que «la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede considerarse como auténtica “cláusula de cierre” en relación con los sistemas de autorregulación administrativa». En profundidad, ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN: *Autorregulación y sanciones*, 2ª ed., Navarra, 2015, con diversas contribuciones sobre el tema.

para el erario). Los juristas podemos ayudar a diseñar el alcance de la decisión, pero ésta es irreversible. Esto es algo que ha sido trabajado poco por parte de la doctrina penalista, salvo excepciones como las mencionadas. En este punto se ha pecado de solipsismo y se precisan estudios multidisciplinares más intensos en los que se analicen todas estas tendencias y su influencia en la RPPJ. No puedo entrar en profundidad en esta cuestión sobre la que es difícil generalizar⁶⁰, pero valga una referencia a la superación de una visión estrictamente contractualista o iusprivatista de ciertas entidades con personalidad jurídica para darse cuenta de que hay que repensar todo lo relativo a la RPPJ desde una nueva perspectiva. En el momento en que grandes empresas y determinados grupos se ven obligadas a divulgar información no financiera en términos similares a las obligaciones de información financiera (Real Decreto-Ley 18/2017, de 24 de noviembre⁶¹), es evidente que forma parte de sus cometidos la gestión de intereses públicos. Sería ingenuo pensar que el Derecho Penal es la única rama del ordenamiento jurídico inmune a toda esta evolución. Por consiguiente, se puede seguir creyendo que el concepto de persona jurídica no es más que una ficción⁶² o que las personas jurídicas no son más que unidades patrimoniales afectas a un fin determinado, pero sólo se puede llegar a esta conclusión en serio a partir de una interpretación sistemática en la que se tengan en cuenta los elementos esenciales y evolución de lo que implica —al menos en ciertos casos— la personalidad jurídica como supuesto institucional. Quizás se ha debatido más sobre otros aspectos que no tienen un papel tan central para entender las transformaciones de los últimos años.

Con esto no se pretende defender una identidad material de las personas jurídicas equivalente a la de las personas físicas, ni siquiera en el caso de grandes sociedades cotizadas. Por consiguiente, tampoco una identidad en la responsabilidad. Pero en determinados casos —que creo que son básicamente los que tenía en la cabeza el legislador de 2010— mi opinión es que la visión de las personas jurídicas como mero factor criminógeno o estado de cosas criminógeno, peligroso u objetivamente antijurídico⁶³ para explicar el Derecho positivo se queda corta. Una de las consecuencias de la reforma de 2010 ha sido abarcar supuestos (empresa del IBEX 35 o gran partido político de ámbito nacional que comete un delito económico, de corrupción o de financiación ilegal de forma puntual) que quedaban fuera del modelo anterior de medidas de seguridad basadas en la peligrosidad objetiva, instrumental, organizativa o estructural de ciertas entidades, consecuencias accesorias que eran ajenas en su finalidad a colaborar con la estabilización normativa (prevención general) según la doctrina dominante. Es cierto que, incluso hoy en día, en determinados supuestos prima básicamente la idea de inocuización que pasa a ocupar el lugar protagonista (art. 66. *bis*.2ª CP). Pero la gran novedad de la reforma de 2010, profundizada en el 2015, son sus efectos en estructuras societarias que eran inmunes al sistema tradicional de consecuencias accesorias del art. 129 CP. La práctica forense demuestra que se sigue actuando de forma similar en algunos casos en los que se aplicaban las consecuencias accesorias (tráfico de drogas, prostitución, etc.), pero también que hay nuevos ámbitos de

⁶⁰ Ya la he tratado previamente en (*nota 4*), págs. 20 y ss., con ulteriores referencias.

⁶¹ Previamente Principio nº 24 y recomendación nº 54 del *Código de Buen Gobierno Corporativo de las Sociedades Cotizadas* (febrero 2015). El RD tiene su origen en la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014.

⁶² Voto Particular de la STS 154/2016, de 29 de febrero.

⁶³ Entre muchos destaca la construcción de SILVA SÁNCHEZ, (*nota 35*), págs. 676 y ss., en la línea de trabajos anteriores (*Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Madrid y otras, 2013, págs. 283 y ss.).

aplicación de la RPPJ (condena a empresas de economía legal por delitos de estafa o defraudación tributaria) que precisan una teoría más amplia⁶⁴. Sobre esto volveré más abajo.

Los deberes de control de la organización pueden generar responsabilidad individual (posición de garante de control de una fuente de peligro como la organización). Por ejemplo, el administrador de una empresa de fabricación de alimentos tiene deberes para evitar que lo que se produce genere riesgos para la salud de los consumidores. El cumplimiento de la legalidad en organizaciones complejas tiene, por el contrario, un componente estructural que es muy difícil zanjar a través de la responsabilidad individual. Este dato fáctico debe vincularse con la personalidad jurídica como un «hecho institucional» que se encuentra en transformación. Estos son los factores –y no los argumentos tradicionales vinculados a la teoría de la acción– que se deben analizar a la hora de adoptar decisiones normativas, tanto a nivel legislativo como de aplicación del Derecho. El delito de la persona jurídica no es sólo un defecto organizativo, sino también un fallo institucional de carácter estructural⁶⁵. No hay que olvidar que el Código Penal no ha sustituido la responsabilidad individual por la de las personas jurídicas, sino que ha establecido ésta como complemento de aquélla. No se trata de una responsabilidad exclusiva y excluyente, sino de una responsabilidad complementaria a través de «las personas que materialmente hayan realizado los hechos»⁶⁶ (art. 31 *ter*.2). Pero se trata de responsabilidad penal, aunque no sea idéntica a los procesos de imputación que utilizamos entre seres humanos.

La posición sostenida aquí supone desde luego un modelo muy exigente de RPPJ⁶⁷ (desde luego mucho más exigente que cualquier modelo vicarial o de transferencia donde se identifica responsabilidad individual con responsabilidad de la persona jurídica o individuo con organización). Ello es consecuencia de haber optado nuestro ordenamiento por denominar esta responsabilidad como «penal». Las exigencias de responsabilidad y los niveles de exigencia no son iguales en todos los sistemas, sino que dependen de sus fines y funciones. Por ello es un error trasladar sin más a este ámbito las reglas de imputación del Derecho Privado o del Derecho Civil de daños (que está en el origen de otros ordenamientos). En el ámbito penal lo que se castiga no es no disponer de la mejor organización posible, no colaborar con las autoridades o el incumplimiento de la legislación administrativa⁶⁸. La pena de multa tiene que obedecer realmente

⁶⁴. En la literatura se encuentran muchas veces referencias a la RPPJ como un instrumento necesario para combatir la delincuencia organizada. Pero para los problemas que plantea la delincuencia organizada es suficiente la solución de las consecuencias accesorias del art. 129 CP que introdujo el Código Penal de 1995.

⁶⁵. Sobre el defecto estructural en relación con el cumplimiento de la legalidad FEIJOO SÁNCHEZ, (*nota 4*), págs. 70 y ss.

⁶⁶. Este tipo de expresiones también demuestran que de *lege data* no es correcta la vía de la tesis de Maza de construir una acción propia de la persona jurídica.

⁶⁷. Crítico en este sentido NIETO MARTÍN: «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal», en Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid y otras, 2013, pág. 31. Más matizado en el brillante trabajo «La autorregulación preventiva de la empresa como objeto de la política criminal», *Estudios de Derecho Penal homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Madrid y otras, 2017, págs. 169 y ss., denunciando ciertos peligros de modelos menos exigentes.

⁶⁸. Por ello no comparto la opinión de NIETO MARTÍN: «The Times they are a Changin: también para el Insider Trading: Caso Tabacalera», en Corcoy Bidasolo/Gómez Martín (dirs.), *Fraude a consumidores y Derecho penal*, Madrid, 2016, págs. 449 y ss., en la línea de sus trabajos anteriores que tienen su origen en su importante monografía (*nota 58*), de que «lo decisivo en la normativa sobre insider trading no es si una persona física utiliza la información privilegiada en provecho de la empresa, sino si dispone de medidas eficaces internas de control para evitar que determinadas personas puedan utilizarla. Es la adopción de estas medidas internas las que deben ser incentivadas a través de la imposición de sanciones penales. Por esta razón, en este supuesto como en otro (por ejemplo, blanqueo de capitales, protección de datos) debiera desaparecer la exigencia de que se actuara “en su beneficio”. El art. 31 bis debiera ser reformado para que al lado de este primer supuesto se incluyan también aquellos casos en que el delito se comete infringiendo una obligación que incumbe a la persona jurídica». Estas ideas casarían bien con la idea de la tesis de MAZA de un injusto específico consistente en la ausencia de medidas eficaces de control. Pero como ya he criticado a NIETO MARTÍN en diversos trabajos (*nota 39*, págs. 79 y ss.) su posición sirve para una responsabilidad de tipo administrativo pero no de tipo penal. Se trataría de una infracción cuasi-policial de no colaborar suficientemente con el Estado.

a que es preciso responsabilizar a la persona jurídica del delito en su ámbito de organización. Hace falta un *plus* adicional a la responsabilidad individual para que se pueda legitimar una sanción que es definida como pena por el ordenamiento jurídico. En el ámbito empresarial quise representar esa idea con el **concepto de «Delito corporativo» para dejar claro que no es lo mismo un delito individual en favor de la empresa que un delito de empresa o corporativo que tiene un componente estructural**. El modelo aquí diseñado es, desde luego, muy exigente con ese *plus* necesario para la RPPJ. No basta con que desde la organización hubieran existido mayores posibilidades de control, prevención o supervisión del delito cometido o con la simple constatación de la omisión de estrategias o políticas que resulten funcionales para la prevención, detección y persecución de delitos individuales para que exista RPPJ⁶⁹. La falta de control de un delito cometido en el ámbito de la actividad de la persona jurídica en su beneficio tiene que obedecer al defectuoso desarrollo e implantación de una política o cultura de cumplimiento de la legalidad penal de tal manera que haya jugado un papel en la comisión de ese delito. Ese es **el defecto organizativo-estructural que fundamenta la RPPJ**.

VII. ALGUNAS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS

VII.1. La cuestión de la prueba

En la tesis de JOSÉ MANUEL MAZA se puede apreciar la importancia que para él tenía esta cuestión. Las cuestiones dogmáticas y de prueba son tratadas de forma interrelacionada. Su modelo está enfocado básicamente a sus consecuencias procesales, entre las que se encuentra el deseo de no invertir en este ámbito la carga de la prueba⁷⁰. Coincido totalmente con él en que, si partimos de un modelo de auto-responsabilidad y se entiende que la cultura de cumplimiento defectuosa constituye el auténtico fundamento de la RPPJ, el principio de presunción de inocencia obliga a que la acusación corra con la carga de la prueba al respecto, con independencia de que la persona jurídica investigada pueda usar todos los medios pertinentes de defensa (prueba pericial, documental, etc.). No cabe otra conclusión si tenemos en cuenta que no estamos ante un sistema vicarial en el que el delito de una persona física suponga automáticamente responsabilidad de la persona jurídica, sino que el delito de la persona jurídica exige factores propios de responsabilidad. Como he expuesto en mi monografía «El delito corporativo» existen, además, argumentos históricos en relación con la tramitación de la reforma de 2015 que abogan por esta interpretación a raíz de las modificaciones introducidas del texto original del Anteproyecto tras el Dictamen del Consejo de Estado⁷¹.

Pero la empresa tiene que responder porque el delito forma parte de su defecto organizativo (hecho propio), no por no prevenir delitos ajenos haciendo dejación de funciones policiales para el Estado. Comparto mucho más su inteligente diferenciación en «La autorregulación preventiva de la empresa como objeto de la política criminal», *Estudios de Derecho Penal homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Madrid y otras, 2017, págs. 167 y ss., donde sostiene que «a diferencia de lo que ocurre con el delito corporativo, en este modelo la sanción debe estar ubicada prioritariamente en el derecho sancionador administrativo». En todo caso, encuentro sus propuestas de criminalización de *lege ferenda* excesivas, salvo en lo que se refiere a tratar en el art. 290 CP de forma equivalente información financiera y no financiera, que es un tema que deberá ser tratado en los próximos años.

⁶⁹ FRISCH: «Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung», *Festschrift für Jürgen Wolter*, Berlín, 2013, págs. 365 y ss., otro de los grandes críticos de la RPPJ.

⁷⁰ *Vid.*, por ejemplo, págs. 244 y ss. para apreciar como en sus argumentos dogmáticos priman las consideraciones procesales.

⁷¹ Págs. 95 y s., 128.

Mi opinión es que las cuestiones dogmáticas esenciales deben ser resueltas antes de afrontar los problemas de prueba. Aunque esta no es una cuestión menor, me da la impresión de que en general el debate ha sobredimensionado la relevancia de la cuestión relativa a la prueba para resolver ciertas cuestiones dogmáticas. Haciendo un símil sencillo, antes de saber cómo probamos el dolo debemos determinar qué es el dolo o qué caracteriza un delito doloso. Por otro lado, la prueba del dolo no debería verse sensiblemente afectada por el hecho de que se entienda como un elemento del injusto o de la culpabilidad. Trasladando este símil a la RPPJ, deberíamos determinar cuál es el epicentro de este tipo de responsabilidad y, a partir de ahí, afrontar los problemas relativos a la prueba. Aquí sólo se pueden esbozar algunas consideraciones.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (relevantes las SSTS 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo⁷²) parte también –a diferencia de lo que pretendían las Circulares de la Fiscalía General del Estado⁷³– que es la acusación la que corre con la carga de la prueba de la responsabilidad de la persona jurídica y no basta con la prueba del delito individual. No desconozco que la primera sentencia de 29 de febrero de 2016 consta de un Voto Particular en contra de 7 de los 15 Magistrados en relación con esta cuestión concreta, que se ha convertido en una cuestión esencial en estos primeros años de andadura de la reforma.

En el modelo alternativo esbozado en este trabajo, se podrá entender que hay prueba de cargo suficiente cuando, sobre la prueba directa de la relación funcional, el beneficio y la falta de control, se puede construir, al menos, una prueba indiciaria sobre la falta de una cultura de cumplimiento como fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica⁷⁴. La acusación corre en todo caso con la carga de tal prueba⁷⁵. Se debe tratar de una prueba indiciaria que cumpla los requisitos de prueba suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia. Por ejemplo, con motivo de la comisión de un delito de corrupción se descubre que una empresa ha montado en gran medida su modelo de negocio sobre el pago de sobornos, lo que se hacía de forma generalizada y abierta y era ampliamente conocido. O con la investigación del servidor de la empresa se descubre que una determinada dinámica delictiva era conocida en diversos niveles de la empresa. Aquí no es posible una profundización en el tema. En el ámbito de la responsabilidad individual las cosas no funcionan de forma muy distinta. A partir de la acreditación de la imputación objetiva del hecho típico, todo lo relativo a la prueba de la imputación personal (dolo, conocimiento de la antijuridicidad, exigibilidad) se suele hacer no de forma directa, sino indiciaria.

⁷² Vid. también SSTS 516/2016, de 13 de junio, con Auto aclaratorio de 28 de junio; 668/2017, de 11 de octubre.

⁷³ Críticas a los argumentos de las Circulares para justificar la traslación de la carga de la prueba a la persona jurídica en FEIJOO SÁNCHEZ, (nota 4), págs. 95 y ss.

⁷⁴ De forma diferente GÓMEZ-JARA DÍEZ, (*Tratado, nota 37*), págs. 134, 216 y ss. y (*nota 9*), págs. 87 y ss., diferenciando entre las medidas de vigilancia y control referidas al hecho concreto, cuya inexistencia debería ser probada por la acusación, y los elementos que conforman los modelos de organización y gestión (sistemas de gestión de *compliance* penal) que deberían ser probados por la propia persona jurídica. Sin embargo, desde la perspectiva de este trabajo con ello sólo se estaría probando que estamos ante un hecho de la organización, pero no estaríamos probando la responsabilidad de la persona jurídica. No se debe olvidar que quien sufre la pena es la persona jurídica. Este modelo casa mejor con un modelo vicarial o de hetero-responsabilidad con elementos de autorresponsabilidad (como el existente en Estados Unidos). Si GÓMEZ-JARA quiere establecer también en materia de prueba una equivalencia funcional con las personas físicas debería exigir para la prueba del injusto no sólo «la falta de idoneidad de las medidas de control referidas a los hechos concretos», sino también el «dolo» de la persona jurídica. Ello, sin duda, generaría especiales dificultades prácticas. No sirve crear una compleja teoría del delito si luego no se tienen que probar los correspondientes elementos.

⁷⁵ Como se ha dicho en el texto, son básicas las SSTS 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo.

La empresa está –evidentemente– totalmente legitimada para presentar cualquier contra-indicio en este sentido⁷⁶. Pero debe quedar claro que la cuestión esencial no es que la persona jurídica pruebe que tiene un sistema de gestión de *compliance* penal, sino que se acredite que el delito cometido por la persona física tiene también su origen en la falta de una cultura de cumplimiento de la legalidad y es expresión de ésta. El delito no es carecer de un sistema de gestión de *compliance* penal. Como ya he señalado en mi crítica a la posición de MAZA, no hay un tipo penal que obligue a la persona jurídica a tener un sistema de *compliance* penal. En este sentido puede operar como contra-indicio, por ejemplo, que la persona jurídica se distancie del delito individual (detectándolo y denunciándolo, por ejemplo). No se trata sólo de un juicio de oportunidad o conveniencia para actuar contra la persona jurídica en cada caso, sino de un elemento más de valoración de su responsabilidad por el delito cometido.

En el modelo del Código Penal, un sistema eficaz de gestión de *compliance* no es simplemente un elemento de levantamiento o condonación de la pena basado en el esfuerzo o «compromiso ético» de la persona jurídica de carácter premial⁷⁷, sino que excluye el presupuesto de la sanción, es decir, excluye la responsabilidad. La Fiscalía General del Estado del Estado pretende construir un modelo de responsabilidad vicarial imperfecto para jugar con el principio de oportunidad discrecional en función de sus intereses acusatorios al estilo imperante en los Estados Unidos⁷⁸. Esto no es sólo una errónea pero inocente o irrelevante solución dogmática, sino que encierra grandes peligros para habilitar soluciones *contra legem*.

Los apartados dos a cuatro del art. 31 *bis* CP no son una regulación procesal que establezca los criterios con base en los que un fiscal puede decidir perseguir o no penalmente a una empresa, sino que **excluyen la propia existencia de responsabilidad penal de la persona jurídica**. Los apartados dos y cuatro del art. 31 *bis* no dejan lugar a dudas: «la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad». La gran aportación de la reforma del 2015 es que introdujo en los apartados segundo a quinto del art. 31 *bis* CP una causa específica de exclusión de la responsabilidad propia y exclusiva para las personas jurídicas y tal exclusión tiene un fundamento ajeno a la fundamentación de la responsabilidad individual. Seguimos en un sistema en el que la persecución penal no depende del principio de la discrecionalidad del Público Ministerio, sino que sólo puede depender de la existencia de un hecho con –indicios de– relevancia delictiva y de posibles responsables de este. La decisión del 2010 de traspasar la responsabilidad de las personas jurídicas por delitos del ámbito administrativo al penal debe suponer un refuerzo del principio de legalidad, no del de oportunidad por la «puerta de atrás» mientras no se reforme nuestro sistema procesal. Por tanto, si en fase de instrucción ya es evidente con los datos disponibles que la persona jurídica no va a poder ser hecha responsable tras el juicio oral la mejor opción es el sobreseimiento cuanto antes. Pero no por factores como la colaboración, sino porque no existen indicios de responsabilidad de la persona jurídica, que, insisto, es independiente de la responsabilidad

⁷⁶ Y en este contexto es en el que cobran relevancia las certificaciones sobre la implantación de un sistema de gestión de cumplimiento de la legalidad penal (UNE 19601).

⁷⁷ Sobre mis críticas a la Circular 1/2016, págs. 55 y ss., por entender, *contra legem*, que el 31.2 CP es una causa de exclusión personal de la punibilidad y no de exclusión de la responsabilidad, FEIJOO SÁNCHEZ, (nota 4), págs. 91 y ss.

⁷⁸ En cuanto a lo que se pretende me remito a la exposición de VILLEGAS GARCÍA, (nota 4), págs. 291 y ss.; VILLEGAS GARCÍA/ENCINAR DEL POZO: «El Yates memo: o todo o nada (a propósito del papel del Ministerio Fiscal en la exigencia de responsabilidad penal a las grandes corporaciones)», *Diario La Ley* N° 8945, 21 de marzo de 2017 (versión electrónica La Ley 2619/2017). Coincide en el diagnóstico de que el modelo estadounidense (especialmente el federal) habría inspirado en parte la Circular FGE 1/2016 Gómez-Jara Díez, (nota 9), p. 94.

individual aunque esté vinculada a ésta. La reacción frente a la detección del delito por parte de la persona jurídica sólo se debe tener en cuenta como indicio de una cultura de cumplimiento de la legalidad o, en su caso, como circunstancia atenuante (art. 31 *quáter* CP). El propio MAZA, con la honradez intelectual que le caracterizaba, en su tesis señala como le gustaría que las cosas fueran de otra manera, pero la RPPJ no es una excepción a los principios generales del sistema jurídico. Si bien este aspecto de la colaboración con las autoridades es esgrimido por él como un elemento de gran importancia para la defensa de la necesidad de RPPJ⁷⁹, honradamente señala, ocupando ya el puesto de Fiscal General del Estado, que «las características de un sistema de investigación penal protagonizado por el Fiscal y regido por el principio de oportunidad, ofrecen en este sentido una serie de posibilidades que, desafortunadamente, no resultan de aplicación en las actuaciones seguidas por un Juez de Instrucción inspirado estrictamente en el principio de legalidad, como sucede, en el presente momento, en el procedimiento penal español»⁸⁰. Nada tengo que añadir, salvo recordar que –incluso dejando de lado la acusación popular– el ejercicio de la acción particular está amparado por el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. No intentemos importar elementos extraños a nuestro sistema jurídico que generan disfunciones importantes y aportan más problemas que soluciones⁸¹. Como ha señalado de forma rigurosa un buen conocedor del funcionamiento real de los *Non Prosecution Agreements* (NPA) y de los *Deferred Prosecution Agreements* (DPA), lo que parece pretender *contra legem* la FGE –o algunos ideólogos de la fiscalía– tiene un «lado oscuro»⁸² con el riesgo de generar una indefensión intolerable a los individuos. Por lo que, como diría Don Eugenio D’Ors, los experimentos con gaseosa y –añadiría yo– respetando las reglas del juego. Utilizar el Derecho Penal para una mejor colaboración entre Estado y personas jurídicas de gran complejidad puede acabar aplastando a los eslabones más débiles de la cadena. La tesis de la Circular FGE 1/2016 sí que representa un troyano en nuestro sistema jurídico.

En conclusión, la prueba de que el delito individual es también un defecto de la organización no habilita o legitima la imposición de una pena para la persona jurídica. Ésta tiene que ser hecha responsable –siquiera indiciariamente– de ese defecto de organización y no basta con que no colabore con la acusación pública ya que la persona jurídica disfruta de todos los derechos del art. 24 CE.

El camino que recorrer en el futuro por nuestros órganos de justicia debe transitar, en mi opinión, a través de las puertas abiertas por la STS 221/2016, de 16 de marzo, a partir de ciertas ideas de mi libro *El delito corporativo en el Código Penal español*⁸³:

«El juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro

⁷⁹. Págs. 179 y ss., 248, lamentándose de la inexistencia en nuestro ordenamiento procesal de un «principio de oportunidad, de forma que se permita un tratamiento especial para la persona jurídica a cambio de su colaboración, sincera y eficaz, en el descubrimiento de las responsabilidades en las que hayan podido incurrir las personas físicas que forman parte de su propia estructura».

⁸⁰. Pág. 180.

⁸¹. Cuando GÓMEZ TOMILLO, (nota 37), pág. 110 afirma que su defensa de que es la persona jurídica la que tiene que probar una organización defectuosa «se encuentra en línea con lo que es frecuentísimo en el derecho anglosajón en lo que concierne a las *due diligence defense*», se olvida que esa es una lógica de un sistema vicarial.

⁸². GÓMEZ-JARA DÍEZ, (nota 53), págs. 295 y ss., con una magnífica y rigurosa exposición.

⁸³. MAZA, pág. 271 como la otra alternativa a su propuesta.

sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015.»

Por ello sostiene que la responsabilidad de las personas jurídicas

«no puede afirmarse a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física. La persona jurídica no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas.»

«En definitiva, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos –pericial, documental, testifical– para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad».

Concluye la motivación de la sentencia alegando como

«El hecho sobre el que ha de hacerse descansar la imputación no podrá prescindir, claro es, del delito de referencia atribuido a la persona física. Pero habrá de centrarse en su averiguación desde una perspectiva estructural. Se tratará, por tanto, de una indagación sobre aquellos elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad en la empresa.»

«La responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva. De lo que se trata, en fin, es de aceptar que sólo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad.»

La principal objeción que, desde mi perspectiva, habría que hacerle a esta sentencia es que no distingue suficientemente entre un defecto estructural en los mecanismos de prevención de primer orden o a nivel micro y de segundo orden o a nivel macro. Una cosa es la «cultura de control» (que abarca controles financieros y no financieros) y otra la «cultura de cumplimiento de la legalidad» (que abarca elementos variados que operan de forma interrelacionada como compromiso de los órganos de gobierno, órganos de cumplimiento, incentivos y motivación, canales de denuncias y consultas, investigaciones internas, formación, comunicación, procedimientos de auditoría y verificación, medios y recursos efectivos, revisión de riesgos, códigos de conductas y valores, sistemas de sanciones y un largo etcétera). El control y la prevención de riesgos no es más que uno de los muchos aspectos del cumplimiento de la legalidad en la organización. Por ello no todo defecto preventivo o de control de la organización debería

generar automáticamente la RPPJ titular de la organización que ha fallado puntualmente. Se trata de una distinción que no se encuentra generalizada en la doctrina⁸⁴, pero esperemos que en futuras resoluciones, y ante nuevos casos, se profundice en esta diferenciación necesaria. Formulado con un ejemplo sencillo, una cosa es establecer la orden de no hacer nunca pagos en efectivo y solicitar siempre un certificado de titularidad de la cuenta a la que se va a hacer una transferencia y otra distinta desarrollar un canal de denuncias y consulta de dudas que efectivamente funcione. Éste último es indudablemente también un instrumento preventivo (el que sabe que puede ser denunciado por cualquiera de su entorno se pensará dos veces cometer un delito), pero es muchas más cosas: entre otras es también un instrumento de detección e información de fallos del sistema, es un mensaje de que el cumplimiento de la legalidad se toma muy en serio o es un mecanismo disponible para que los empleados no se tengan que plegar a instrucciones de legalidad discutible. De esta manera una entidad obligada que no observe por razones económicas ciertas medidas de control interno contempladas en los arts. 26 ss. de la Ley 10/2010, de 24 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, puede ser sancionada de acuerdo a esta ley (art. 52). Sin duda tal vulneración administrativa se puede definir como un defecto de organización o control. Sin embargo, que dicha infracción se descubra con ocasión de la comisión de un delito de blanqueo o financiación del terrorismo no convierte automáticamente la responsabilidad administrativa en penal. Sólo cuando, además de que a) el delito se haya cometido en el ámbito organizativo de la empresa, b) le haya generado beneficio y c) se constate un defecto de control, una falta de cumplimiento de la legalidad permita explicar ese fallo empresarial surgirá la RPPJ.

VII.2. ¿Responden todas las personas jurídicas?

Son muchas otras las cuestiones de detalle que quedan pendientes y donde está escondido el diablo de la discordia. Por último quiero dedicar unas breves reflexiones a una cuestión que a JOSÉ MANUEL MAZA preocupaba de forma especial y que también abordó en la STS 154/2016, de 29 de febrero⁸⁵. En realidad es una cuestión a la que se tiene que enfrentar todo modelo de auto-responsabilidad: ¿Qué hacer con aquellas personas jurídicas cuya organización no encierra una complejidad interna suficiente? En estas organizaciones no surgen los problemas estructurales mencionados con relación al cumplimiento de la legalidad.

El modelo expuesto hasta aquí para interpretar el art. 31 *bis* CP funciona mejor cuanto mayor sea la complejidad de la organización ya que más evidente es la dificultad de imputación individualizada de problemas estructurales. Un modelo de auto-responsabilidad funciona mejor cuando concurren personalidad jurídica y gran complejidad de la organización de la que es titular. Es decir, funciona mejor cuando la persona jurídica es un medio para llevar a cabo grandes empresas o proyectos que individualmente en pequeños grupos no son posibles y funciona peor cuando la personalidad jurídica no es más que un recurso para limitar la responsabilidad patrimonial de una persona o un grupo reducido de personas.

⁸⁴. Por ejemplo, esto no es tenido en cuenta por GALÁN MUÑOZ: *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Valencia, 2017, que por ello no entiende mi propuesta (págs. 189 y ss.) ni la de GÓMEZ-JARA DÍEZ (págs. 198 y ss.), con unas críticas absolutamente desenfocadas (prácticamente se identifica mi posición con la de MAZA que aquí ha sido expuesta en forma crítica). Para entender esta distinción, GÓMEZ-JARA DÍEZ, (nota 38), pág. 143. Cuestión distinta es cómo se «traduzca» dicha distinción básica en términos dogmáticos (por ejemplo, que sobre la misma quepa establecer una distinción entre injusto y culpabilidad).

⁸⁵. MAZA, págs. 261 y ss.

El primer autor que trató esta cuestión en profundidad fue su director de tesis GÓMEZ-JARA⁸⁶. En su tesis sobre la culpabilidad de las personas jurídicas era esencial determinar a partir de qué nivel de complejidad la organización traspasaba el umbral de la auto-referencialidad, auto-conducción o auto-determinación necesaria para poder definirla como sistema auto-poietico con una dinámica autónoma de sus integrantes. Recordemos que, según este autor, habría organizaciones que alcanzan tal nivel de complejidad que muestran las mencionadas características. Es decir, ya no son hetero-determinadas por los seres humanos, sino absolutamente autónomas.

Entretanto, ya en el marco de la regulación vigente, se trata de determinar cuándo la responsabilidad individual resulta suficiente, por lo que determinadas personas jurídicas quedan al margen del sistema de responsabilidad penal (más allá de las personas jurídicas de Derecho Público del art. 31 *quinquies*). Como ha reconocido el propio GÓMEZ-JARA, el sistema español no es un «modelo de responsabilidad penal de personas jurídicas que hayan desarrollado una autorreferencialidad suficiente basada en una determinada complejidad propia». Por ello el problema tiene una dimensión algo distinta en el contexto del Derecho vigente que el que tenía su propuesta inicial, donde sólo la constatación de esa autorreferencialidad que permite diferenciar la identidad organizativa de la de aquellos individuos que la integran habilitaría imputar delitos a organizaciones que por tales razones deben ser tratadas –en la lógica de este autor– de forma equivalente a los seres humanos.

Esto es así porque tenemos un problema de gran relevancia práctica sobre el alcance de las normas que regulan la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido se entiende el interés que ha suscitado el Auto de la Sala de lo Penal (Sección 2ª) de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014 (Ponente José Ricardo Juan de Prada Solaesa)⁸⁷. Como ya se ocupó de destacar MAZA en la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero, la Circular de la FGE 1/2016⁸⁸, asumió para resolver estas cuestiones una clasificación tripartita de su director de tesis entre personas jurídicas de funcionamiento normal en las que ocasionalmente se comete un delito, personas jurídicas con actividad predominantemente ilegal y meros instrumentos delictivos⁸⁹. Entiende la Circular que sólo a las dos primeras es aplicable el régimen de RPPJ contemplado en el Código Penal español.

Lo que late de verdad en el fondo de la idea de ficción es que la mera existencia de un patrimonio con personalidad jurídica no garantiza que exista realmente una organización o estructura con una entidad suficiente sobre la que construir la responsabilidad. Es decir, que en muchos casos en los que tiene que intervenir el Derecho Penal no estamos más que ante meras ficciones que forman parte de la simulación u ocultación fraudulenta o delictiva. Este es un problema que en otros ordenamientos jurídicos obtiene una respuesta específica⁹⁰ de la que estamos huérfanos en España y que precisa, por ello, de una construcción jurisprudencial que establezca

⁸⁶. Referencias en FEIJOO SÁNCHEZ, (*nota 4*), págs. 51 y s.

⁸⁷. Sobre este debate FEIJOO SÁNCHEZ, (*nota 4*), págs. 57 y ss.; HORMAZÁBAL MALARÉE: «Las llamadas penas aplicables a las personas jurídicas y el principio de conservación y continuidad de la empresa», *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid, 2016, págs. 200 y ss.; MAZA, pág. 264. Todos ellos con ulteriores referencias.

⁸⁸. Pág. 27.

⁸⁹. Según la sentencia, «solución solvente y sobre todo procesalmente muy práctica, extraída de planteamientos propuestos por la más acreditada doctrina científica».

⁹⁰. *Vid.* reglas 8C3.4 y 8C.1. de las *Federal Sentencing Guidelines* dedicadas a organizaciones, la primera para sociedades con pocos socios o de propiedad concentrada y la segunda de cara a sociedades creadas para cometer delitos.

criterios para diferenciar los diversos supuestos que se pueden plantear. Aquí no es posible tratar esta cuestión en profundidad, pero sí esbozar de forma rápida algunos criterios generales.

La solución es fácil cuando se trata de crear fraudulentamente una persona jurídica que carece del más mínimo sustrato de realidad y sólo existe en el papel (empresa de fachada creada *ad hoc* para la comisión de un delito, sociedad instrumental como parte integrante de una estructura de blanqueo, truchas en fraudes de IVA, sociedades pantalla o meramente ficticias para llevar a cabo una simulación, etc.). El Derecho no tiene que respetar este uso en fraude de ley o abuso de formas o normas societarias con fines contrarios al ordenamiento jurídico (simulación, ocultación, etc.)⁹¹. Si la persona jurídica se ha constituido en fraude de ley exclusivamente para encubrir o proteger la actividad delictiva de la persona que la controla hay que optar por el «levantamiento del velo» para penetrar el *substratum* personal que se esconde detrás de la entidad⁹². Esta creo que es la solución a la que apunta la STS 154/2016, considerando que toda persona jurídica puede ser penalmente responsable salvo los supuestos de «levantamiento del velo» (aplicando la disolución a una sociedad meramente instrumental porque no se había declarado previamente «su inexistencia como verdadera persona jurídica»). Lo cual queda más claro en su tesis doctoral «al considerar a la sociedad “pantalla” simplemente como un acto en fraude de Ley»⁹³.

Si, por el contrario, tenemos realmente una organización criminal con personalidad jurídica o, en palabras del art. 66 *bis* CP, supuestos en los que «la actividad legal de la persona jurídica es menos relevante que su actividad ilegal» (es decir, una empresa ilegal con recursos humanos y materiales dedicados a «producir delitos») no dejamos de aplicar las normas relativas a la RPPJ con independencia de que, como ya ha señalado, aquí prima la idea de inocuización. Por ello el art. 570 *quáter* CP establece la disolución (y liquidación) en un primer plano, y la multa pierde su papel protagonista. El principio es que todas las organizaciones con personalidad jurídica están sometidas al régimen de RPPJ y los casos en que se excluye dicha responsabilidad por fraude de ley o abuso de normas societarias son la excepción. Incluso aunque la organización persoga fines delictivos.

Sin embargo, la personalidad jurídica no presupone la existencia de una organización compleja y, en muchos casos, ni siquiera de algo que se merezca el nombre de organización. El problema se plantea cuando no estamos ante un caso de fraude de ley, pero se trata de sociedades unipersonales o de muy pequeñas dimensiones⁹⁴. Por ejemplo, agente de propiedad inmobiliaria o abogado que constituye una sociedad limitada unipersonal o profesional y tiene dos empleados mileuristas para labores administrativas. En estos casos la identidad entre propiedad, administración y autor del hecho delictivo hace que pierda sentido una penalidad adicional aunque el principio sea que todas las personas jurídicas pueden ser hechas responsables. Es cierto que el inciso final del art. 31 *ter* 1 CP contempla una posibilidad de modulación de la pena de multa, de tal manera que el monto conjunto de la multa pueda ser equivalente a

⁹¹. Por muchos, DE CASTRO Y BRAVO: *La persona jurídica*, 2ª ed., Madrid, 1984, págs. 245 y ss., 272. Como señala con razón GÓMEZ-JARA DÍEZ, (nota 53), pág. 285, lo que él trata como un argumento de inimputabilidad es tratado por mí como una cuestión de abuso de derecho.

⁹². Propuesta ya realizada por la Circular 1/2011 FGE.

⁹³. MAZA, pág. 265.

⁹⁴. GÓMEZ-JARA DÍEZ, (nota 9), pág. 168, considera que «sólo cabe plantearse esta limitación cuando se trate de personas jurídicas que, por su mínima complejidad interna, no puedan distinguirse de las personas físicas que conforman su accionariado».

la imposición de una única pena de multa, pero otras soluciones son posibles si no se asume un modelo puro de hetero-responsabilidad que conduzca al automatismo. La intervención del Derecho Penal contra personas jurídicas puede perder su sentido si la responsabilidad no se puede proyectar sobre una organización sobre la que poder construir una estructura de cumplimiento de la legalidad penal que fundamente la imposición de la pena de multa.

La jurisprudencia menor ha abordado de forma no siempre coincidente esta cuestión sobre la aplicación de los arts. 31 *bis* y siguientes CP en relación con aquellas empresas con una estructura corporativa extremadamente simple o no compleja.

Así, la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Madrid 63/2017, de 13 de febrero, considera que no son de aplicación estos preceptos de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹⁵. Sin compartir al 100 % la motivación de esta sentencia (especialmente lo relativo a «la inexistencia del delito corporativo por la inimputabilidad de la persona jurídica», prefiero reproducir literalmente un extracto de sus argumentos para que se pueda apreciar como las tesis defendidas en este trabajo pueden tener importantes consecuencias prácticas:

«La cuestión resulta además complicada por el hecho de que la entidad en cuestión, no tiene en puridad una estructura corporativa compleja. Se trata de una sociedad unipersonal, en la que existe una Administradora única, precisamente la acusada D^a. Inés. Se nos plantean aquí varias cuestiones, de orden procesal algunas, como la efectiva imputación de la entidad, y de orden sustantivo otras, como la vigencia del principio *non bis in ídem*, cuando se trata de sancionar a entidades unipersonales por conductas de su único socio [...].

»3. Ciertamente la prueba practicada en relación con los presupuestos de esta específica infracción ha sido escasa, en especial por cuanto se refiere a la “defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica” que es lo que según el TS configura el delito corporativo. Pero es que la acusación si que ha probado, a partir de la declaración de D^a. Inés, es que ella era socia única y Administradora única de la entidad que a lo sumo contaba con dos empleados dedicados a tareas administrativas. De esta forma no se alega de contrario la existencia de las condiciones a las que se refiere el artículo 31 bis 2 del Código Penal, ni tan siquiera las previstas para las entidades “de pequeñas dimensiones” que prevé el apartado 3. [...]

»5. Entiendo que el principio *non bis in ídem* es compatible con el principio de heterogeneidad del delito corporativo que defiende el TS, sólo si se considera que en este caso el delito corporativo no existe como tal. Si asumimos por el contrario que existe un delito de la persona física y otro de la persona jurídica, no existe doble sanción.

»Por eso considero más adecuado reconducir la cuestión a la inexistencia del delito corporativo por la inimputabilidad de la persona jurídica. En efecto, asumida la existencia de la sociedad unipersonal, si esta es de tan pequeña entidad en la que además el socio único es el único administrador y empleado, carece de sentido exigirle como sociedad “la cultura de respeto” a la norma que está en la base del delito corporativo. En este caso la confusión entre sujeto activo y sociedad es tal que se produce, “imposibilidad congénita de ponderar la existencia de

⁹⁵ En el mismo sentido, SAP (Sección 6^a) 176/2016, de 22 de septiembre, alegando que, al tratarse de una sociedad limitada unipersonal, «si se condenara a la empresa se estaría penando dos veces el mismo hecho». En sentido contrario, SAP Zaragoza (Sección 3^a) 575/2016, de 1 de diciembre, FJ Octavo. En este último caso llama mucho la atención la enorme disparidad entre la multa a la persona física y a la persona jurídica, condicionado porque en el delito de estafa junto a la pena de prisión se contempla una pena por el sistema de días-multa y para las personas jurídicas una multa proporcional. Comenta la SAP Zaragoza 176/2016, GÓMEZ-JARA, (nota 9), págs. 169 y s.

mecanismos internos de control” lo que la STS 221/16 define como inimputabilidad de la entidad.

»Por este motivo, considero que la mercantil AGESUR no puede ser condenada por el delito por el que ha sido acusada».

Habría otro elenco de situaciones en las que existe una coincidencia entre las personas físicas a las que se impone la pena de multa y la propiedad de la persona jurídica que sufre la pena de multa. En estos supuestos es cuando tiene sentido que entre en juego el último inciso del apartado primero del art. 31 *ter* CP que establece que «los jueces o tribunales modularán la respectiva cuantía, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos». Pero en tales casos debe existir una organización que justifique la creación de un sistema de gestión de la legalidad penal. Por ejemplo, los dos administradores responsables de una estafa por sobrefacturación en una empresa de unos 100 empleados son, además, los titulares del 99 % de las acciones de la sociedad. Es decir, de cara a la aplicación de la «cláusula de modulación» del art. 31 *ter* CP lo relevante no es la estructura organizativa y su mayor simplicidad o complejidad, sino exclusivamente la estructura de propiedad⁹⁶.

Este tipo de soluciones no tienen cabida –o, al menos, difícil cabida– en el marco de un sistema vicarial y sólo son posibles a partir de la construcción de una responsabilidad autónoma e independiente para las personas jurídicas. Cuando la Circular de la FGE 1/2016 utilizó la teoría de GÓMEZ-JARA acudiendo como criterio material a la falta de un sustrato organizativo fue enormemente incongruente ya que este sólo es defendible desde una perspectiva organizativa que no identifique individuo y organización. Los casos de fraude de ley han formado parte de la propia teoría de la personalidad jurídica, con lo cual se puede recurrir al «levantamiento del velo» desde cualquier teoría de la RPPJ que se maneje. Pero salvo esos casos, sólo si partimos de que el delito individual tiene que pasar a ser un delito de la organización como sustrato de la responsabilidad de la persona jurídica se puede llegar a soluciones razonables para las que la modulación de penas del art. 31 *ter* CP resulta insuficiente. Como señala la sentencia anteriormente extractada, desde los presupuestos iniciados por la STS 221/2016, de 16 de marzo⁹⁷ se pueden aportar muchas soluciones prácticas razonables.

⁹⁶ STS 583/2017, de 19 de julio, Fundamento Jurídico Cuarto de la segunda sentencia, haciendo referencia específica a lo dispuesto en el inciso último del art. 31 *ter*.1 («se establecen multas también para diversas personas jurídicas como forma jurídico mercantil societaria que están participadas en porcentajes altos o totales por quienes son a su vez responsables penales y por tanto merecedores de una multa. Eso ha de repercutir en la cuantía de las respectivas multas»).

⁹⁷ Esta es a día de hoy la última sentencia del Tribunal Supremo que trata en profundidad los fundamentos de la RPPJ y que, además, fue dictada por una Sala compuesta por Magistrados que habían firmado el Voto Particular que disintió de la mayoría en la STS 154/2016.

SOBRE EL FUNDAMENTO (ÚLTIMO) DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: A PROPÓSITO DE LA POSICIÓN DE JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Carlos Gómez-Jara Díez
Profesor de Derecho Penal. Abogado

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL FUNDAMENTO ÚLTIMO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. III. LA STS DE 11 DE OCTUBRE DE 2017: ¿LA LIBERTAD DE AUTODETERMINACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA COMO OBSTÁCULO PARA LA AUTORRESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA? IV. PROFUNDIZACIÓN EN EL FUNDAMENTO ÚLTIMO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA Y SUS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS. V. EL NÚCLEO DE LA DISCUSIÓN: ¿SE DEBE EXIGIR UNA MAYOR LIBERTAD DE AUTODETERMINACIÓN A LAS PERSONAS JURÍDICAS QUE A LAS PERSONAS FÍSICAS?

I. INTRODUCCIÓN

La discusión respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es reciente¹. Pero, qué duda cabe, en los países de habla hispana ha experimentado un notable auge a partir de las reformas legislativas que, comenzando con Chile en 2009², pasando por España en 2010³, y concluyendo —provisionalmente y entre otros países— en Argentina en el año 2017⁴, se han venido produciendo en la última década⁵. Ahora bien, como ocurre en muchas ocasiones con las reformas legislativas, la discusión generada gira, en gran medida, en torno al concreto texto legislativo aprobado y se evita entrar en el fundamento último de la responsabilidad penal introducida.

Ciertamente, en el concreto ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sobre todo alentado por los detractores de la misma, el análisis sobre este tipo de responsabilidad

¹ Para un análisis histórico sobre la evolución desde el Derecho Romano hasta nuestros días, centrando la discusión en el aforismo decimonónico *societas delinquere non potest*, vid. VÍCTOR MARTÍNEZ PATÓN: *Origen, Auge y Ocaso de la doctrina societas delinquere non potest*, 2018 (en prensa), Apt. V.

² Vid. ya HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO: «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile» en *Polít. Crim.* 5 (2010); JUAN IGNACIO PIÑA ROCHEFORT: *Materiales para el Diseño de Modelos de Prevención de Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas*, 2012.

³ Vid. con ulteriores referencias MIGUEL BAJO/BERNARDO FEIJOO/CARLOS GÓMEZ-JARA: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2016.

⁴ Vid. recientemente las contribuciones en NICOLÁS DURRIEU/RAÚL R. SACCANI (dirs.): *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial*, 2018.

⁵ Vid. en general las contribuciones en ZUGALDÍA ESPINAR/MARÍN DE ESPINOSA (dirs.): *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*, 2015. De igual manera, cabe apreciar idéntico auge en materia del *compliance* penal coincidiendo con las referidas reformas legislativas, lo cual constituye, al menos, un claro indicador del fomento que supone la responsabilidad penal de las personas jurídicas para la institucionalización de culturas de cumplimiento de la legalidad.

alcanza en algunos casos la discusión sobre dicho fundamento. Ahora bien, como indicamos, son fundamentalmente dichos «negacionistas»⁶ los que ahondan en el fundamento para negarlo y, en consecuencia, rechazar la reforma legislativa.

La tesis de JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN, sin embargo, aborda el fundamento último y, además, de manera brillante. Asimismo, y en contra de lo que suele ser habitual en el proceder de los órganos de justicia —especialmente preocupados por la exégesis del texto legal—, la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal también se ha adentrado en el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas mostrando claramente cuál es el núcleo de la discusión.

La presente contribución se hace en homenaje a JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN, persona encomiable cuya amistad e intelecto pude disfrutar durante varios años⁷. Asimismo, rinde homenaje a la institución en la que pudo desarrollar de forma práctica sus sólidos planteamientos teóricos: la Sala II del Tribunal Supremo. Con seguridad, si el aciago destino no le hubiera privado de seguir desarrollando su labor al frente de la Fiscalía General de Estado, hubiéramos contado en la actualidad con un posicionamiento de este último organismo más alineada con el de la jurisprudencia citada.

II. EL FUNDAMENTO ÚLTIMO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Bajo el epígrafe «Naturaleza y fundamento de la culpabilidad en la responsabilidad penal de las personas jurídicas»⁸, MAZA MARTÍN realiza un análisis de las principales posturas respecto de dicho fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para, finalmente, tomar partido por un planteamiento determinado. Así, tras comentar la teoría constructivista fundamentada en los sistemas sociales autopoéticos y centrada en la existencia de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho⁹, la posición de GIMBERNAT y MIR PUIG de prescindir de la culpabilidad como elemento de la teoría del delito para sustituirlo por conceptos como «atribuibilidad» o «responsabilidad»¹⁰, en fin, la posición de FEIJOO sobre el «delito corporativo» en

⁶ Las contribuciones más relevantes de este sector doctrinal —que hemos denominado como «negacionista»— pueden encontrarse en: JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ: «La reforma del Código penal: una aproximación desde el contexto», *Diario La Ley* nº 7464 (2010); SANTIAGO MIR PUIG, «Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad», en: *Foro FICP – Tribuna y Boletín de la FICP* (www.ficp.es), nº 2015-2 (julio), págs. 140 y ss.; LUIS GRACIA MARTÍN: «La inexistente responsabilidad “penal” de las personas jurídicas», en: *Foro FICP – Tribuna y Boletín de la FICP* (www.ficp.es), nº 2015-2 (julio), págs. 149 y ss., con abundantes referencias a sus trabajos anteriores sobre la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas; DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA: *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., 2012, 1/35, págs. 12 s.: «no son penas»; RICARDO ROBLES PLANAS: *La Ley*, no 7.705 (29 sep. 2011), págs. 8 y ss., 14: «... no es más que un incentivo preventivo que no tiene nada que ver con las penas»; VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN: «Falsa alarma. O por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio “Societas delinquere non potest”», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.): *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, págs. 331 y ss.; MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR: «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española», *Estudios Penal y Criminológicos* XXXIII (2013), pág. 227. MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR: «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española», *Estudios Penal y Criminológicos* XXXIII (2013), pág. 227: «Es completamente imposible hablar de acción, omisión, dolo, imprudencia o culpabilidad en las personas jurídicas, dado que estas categorías tienen un sentido psicológico por estar vinculadas hasta ahora únicamente con el ser humano».

⁷ Con seguridad, el hecho de haber tenido el honor de dirigir su tesis doctoral imprime un cierto sesgo parcial en mis valoraciones sobre la misma. Pero con idéntica seguridad, creo que cualquier lector objetivo de la citada obra coincidirá, más allá de compartirla o no la totalidad de sus planteamientos, en la rigurosidad y brillantez de los mismos.

⁸ MAZA MARTÍN: *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los Partidos Políticos*, 2018, págs. 267 y ss.

⁹ MAZA MARTÍN: *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los Partidos Políticos*, 2018, págs. 268 y ss.

¹⁰ MAZA MARTÍN: *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los Partidos Políticos*, 2018, págs. 269 y ss.

función de cual la persona jurídica no tiene una capacidad de culpabilidad propia –carece de autorreflexión suficiente– pero sí debe responder penalmente por las expectativas *ad intra* y *ad extra* que genera¹¹, concluye de la siguiente manera:

«Ahora bien, con la opción inicial, la de nuestra preferencia, de construcción de una teoría de la culpabilidad de la persona jurídica sobre la existencia de una “capacidad de culpa” (“imputabilidad”) basada en la posibilidad de reconocimiento de la alternativa cumplimiento/incumplimiento de las exigencias de fidelidad al Derecho en el comportamiento auto-organizativo de esa persona jurídica, estaremos abriendo el debate sobre la presencia de su “culpabilidad” o, correlativamente, de su ausencia de y con ello, además de dar verdadera sustancia material al debate propio del enjuiciamiento del caso concreto, se posibilita el ejercicio auténtico del derecho de defensa, huyendo del grave peligro que, en este terreno, significaría la objetivación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.»¹²

De esta manera, MAZA MARTÍN, sin adoptar todos los planteamientos de la teoría social de los sistemas sociales autopoiéticos, sí se muestra partidario de la existencia de un verdadero comportamiento auto-organizativo por parte de la persona jurídica que, en última instancia, puede optar o no por institucionalizar una cultura de cumplimiento de la legalidad. En apoyo de esta tesis cabe destacar que la finalidad de los Sistemas de Gestión de *Compliance* –tal y como se refiere expresamente en la ISO 19600– es la creación y mantenimiento de una cultura de integridad y cumplimiento, de tal manera que el *compliance* sólo resulta sostenible si se introduce en la cultura de la organización¹³.

Ello conlleva dos importantes consecuencias prácticas. La primera de ellas versa sobre el enjuiciamiento del caso concreto. Así, la decisión del juzgador sobre condenar o absolver penalmente –con independencia de los pronunciamientos civiles– encuentra un punto de referencia sólido en la cultura de cumplimiento de la legalidad –de cuya inexistencia sólo cabe responsabilizar penalmente a la persona jurídica si se parte de la base de que es consecuencia de su comportamiento auto-organizativo–. Esto es, a la vista de la capacidad de autoorganización de personas jurídicas complejas, si en el momento de cometerse los hechos enjuiciados, la persona jurídica no tenía institucionalizada –o era deficiente– una cultura de cumplimiento de la legalidad, resulta conforme a Derecho –y además, justamente– responsabilizarla penalmente. Con independencia de que, tal y como se abordará más adelante¹⁴, la libertad para autoorganizarse es un constructo del sistema jurídico semejante al «libre albedrío» de las personas físicas –y que, en consecuencia, la libertad de autodeterminación es, tanto para personas físicas como jurídicas, una atribución del sistema jurídico–, el núcleo fundamental permite valorar al juzgador si existe un merecimiento y necesidad de pena a la persona jurídica.

¹¹ MAZA MARTÍN: *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los Partidos Políticos*, 2018, págs. 268 y ss. *Vid.* FEIJOO SÁNCHEZ: *El delito corporativo*. 2ªed., 2016, págs. 126 y ss. («Se trata de una respuesta mediante responsabilización a la situación que la doctrina ha venido refiriendo como “irresponsabilidad organizada”, fenómeno real que no debe ser entendido como producto de una creación intencionada, maliciosa o fraudulenta de lagunas de responsabilidad, sino más bien como un problema estructural que no puede ser resuelto con las normas o instituciones jurídico-penales hasta ahora existentes, en este caso las relativas a la responsabilidad individual (posición de garante, responsabilidad por imprudencia, participación, etc.)). *Vid.* igualmente su contribución en el presente volumen.

¹² MAZA MARTÍN: *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los Partidos Políticos*, 2018, pág. 272.

¹³ ISO 19600 – *Sistemas de Gestión de Compliance*. Directrices, pág. 3. MAZA MARTÍN era buen conocedor de los estándares internacionales en materia de *compliance* ya que presidía el Comité Técnico de AENOR – organismo nacional que participa en la *International Standardization Organization* (ISO) – encargado de contribuir a la adopción de los mismos a nivel internacional.

¹⁴ *Infra V.*

La segunda consecuencia no es menos relevante: incide directamente en el derecho de defensa de la persona jurídica. Los planteamientos que abogan por la inexistencia de una culpabilidad propia de la persona jurídica tienden –en la forma de un *slippery slope*– a la objetivización de la responsabilidad penal de la persona jurídica ya que, en puridad, se centran en la persona física y la pena a la persona jurídica se convierte en una suerte de «consecuencia colateral». Dicha objetivización limita extraordinariamente las posibilidades de defensa real de la persona jurídica toda vez que se ven abocadas a defender lo «ajeno» –la responsabilidad penal de la persona física– y no lo «propio». De igual manera, derechos tan fundamentales como el de presunción de inocencia, se encuentran en última instancia sometidos a un doble rasero: el de las personas físicas (pleno) y el de las personas jurídicas (limitado). La jurisprudencia de la Sala II ha realizado importantes esfuerzos por equiparar dichos derechos y por ello no resulta extraño que pongan el acento en el hecho «propio» de la persona jurídica. Pero dichas construcciones sólo resultan coherentes si el hecho «propio» de la persona jurídica se anuda a una capacidad «propia» de la persona jurídica para generar el mencionado hecho «propio».

A dicha conclusión arriba MAZA MARTÍN, cuando afirma lo siguiente¹⁵:

«La cuestión esencial en el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas es determinar dónde estriba la culpabilidad de la persona jurídica o, en su caso, si debe seguirse, sin más, un sistema de mera responsabilidad directa y objetiva, según el cual la persona jurídica responde de manera automática por el hecho de un ajeno, el delito cometido en su seno por una persona física que la integra, siempre que se den además una serie de requisitos legalmente establecidos, dentro del denominado sistema de hetero-responsabilidad, por transferencia o vicarial, **o si, como desde aquí sostenemos categóricamente la única interpretación aplicativa del régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento ha de ser la alternativa, la que hace responder a la persona jurídica tan sólo por el hecho propio, el cometido por ella misma, cuya descripción ha de establecerse para configurar el correspondiente tipo de injusto, moviéndonos en definitiva, exclusivamente y para todos los supuestos, en el terreno de la auto-responsabilidad.**»

La clave estriba, precisamente, en la afirmación de «cometido por ella misma». Para entender que el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido en España es respetuoso con los principios informadores del Derecho penal debe sostenerse que el hecho propio por el que responde penalmente la persona jurídica lo ha cometido ella misma. Y para ello resulta necesario reconocerle una capacidad de autoorganización a la persona jurídica ya que, en última instancia, si no se reconoce esa capacidad, la sombra de la responsabilidad por el hecho ajeno seguirá planeando sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica. Como veremos a continuación, la Sala II del Tribunal Supremo no ha sido ajena a esta circunstancia.

¹⁵. MAZA MARTÍN: *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los Partidos Políticos*, 2018, págs. 475 y ss. (negrita y subrayado nuestros).

III. LA STS DE 11 DE OCTUBRE DE 2017: ¿LA LIBERTAD DE AUTODETERMINACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA COMO OBSTÁCULO PARA LA AUTORRESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA?

No es habitual que el Alto Tribunal aborde, en su función nomofilática cotidiana, cuestiones relativa a la libre determinación de las personas que se ven expuestas a una condena penal. Ahora bien, tampoco resulta común que el máximo garante de la legalidad ordinaria se enfrente al reto de sancionar penalmente a una nueva categoría de sujetos que, hasta fechas recientes, no eran destinatarios –en sentido estricto– del reproche penal.

La Sentencia de 11 de octubre de 2017 [Ponente: Excmo. Sr. D. MANUEL MARCHENA GÓMEZ] plantea, en términos tan concisos como contundentes, el núcleo de la cuestión de cuanto venimos discutiendo. Vaya por delante que no es casualidad que el ponente de dicha Sentencia sea D. MANUEL MARCHENA. Y es que probablemente no se falta a la verdad si se afirma que D. MANUEL MARCHENA y D. JOSÉ MANUEL MAZA han conformado los pilares sobre los que descansa la cuidada construcción jurisprudencial de la Sala II respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Desde sus primeros pronunciamientos, el Alto Tribunal ha mostrado una especial sensibilidad en este ámbito para evitar una deriva hacia la imposición de penas con criterios de responsabilidad civil¹⁶.

Respecto de la resolución comentada, debe advertirse *ab initio* que el recurso planteado ante la Excm. Sala pretendía, sin mayores consideraciones, la condena por el Tribunal Supremo –tras la absolución por la instancia– de una persona jurídica. Así, tras recordar la exigente jurisprudencia para que el Tribunal Supremo condene en primera instancia –ya sea a una persona física o a una persona jurídica– señala lo siguiente:

«En efecto, en el suplico del escrito de formalización del recurso se interesa la condena a la entidad mercantil DESALUP S.L. como autora de un delito contra el medio ambiente previsto y penado en el art. 327 con la pena de 5 años de multa, con una cuota diaria de 80 euros, así como la clausura provisional del centro geriátrico sito en la calle Baixada de la Plana núm. 7 de Barcelona, por un tiempo no inferior a 5 años.»

«Sin embargo, el desarrollo del motivo no incluye referencia alguna al presupuesto fáctico a tomar en consideración para respaldar la reivindicada sentencia condenatoria.» No obstante, el avezado Ponente, probablemente consciente de la importancia de ir consolidando la Jurisprudencia del Alto Tribunal en esta materia, aprovecha la ocasión para repasar los hitos fundamentales de tal doctrina jurisprudencial y concluir que:

«En definitiva, la ausencia de todo hilo argumental encaminado a hacer valer una **base fáctica, ligada a la ausencia de medidas de control eficaz para evitar la actividad de contaminación sonora**, obligan a descartar la prosperabilidad del segundo de los motivos hecho valer por ambos recurrentes.»

¹⁶ Precisamente esa deriva fue la que tuvo lugar en la Corte Suprema de los EEUU desde su seminal sentencia *New York Central & Hudson River R.R. Co. v. United States* [212 US 481 (1909)]. En dicha resolución, se limitó a afirmar, en última instancia, **la vigencia en el ámbito penal de la estructura de imputación jurídico-civil del respondeat superior** [«Applying the principle governing civil liability, we go only a step farther in holding that the act of the agent, while exercising the authority delegated to him to make rates for transportation, may be controlled, in the interest of public policy, by imputing his act to his employer and imposing penalties upon the corporation for which he is acting in the premises» (pág. 494)]. Sobre la RPP en EEUU, *vid.* CARLOS GÓMEZ-JARA: *La responsabilidad penal de las empresas en EEUU*, 2006; CARLOS GÓMEZ-JARA: *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, 2010, págs. 195 y ss., 233 y ss.

La importancia de este *dictum* no puede desdeñarse, puesto que conlleva un mensaje meridiano: para la condena de una persona jurídica es necesario que en el relato de hechos probados se explicita la «ausencia de medidas de control eficaz» respecto del delito por el cual se solicita la condena. Ello no sólo es relevante para todos aquellos supuestos en los que se pretenda en la instancia (ya sea ante un Tribunal inferior, ya sea ante el Tribunal Supremo tras una sentencia absolutoria) la condena de una persona jurídica.

Para apuntalar dicho pronunciamiento, la Sentencia de 11 de octubre de 2017 realiza un recorrido por los hitos fundamentales de la doctrina jurisprudencial que proscriben una responsabilidad objetiva de la persona jurídica de la siguiente manera:

«Y es que, más allá de la rica complejidad que anima el debate dogmático acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la jurisprudencia hasta ahora dictada en esta materia ha proclamado la necesidad, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heteroresponsabilidad, de que “... cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”. **No cabe, por tanto, una objetivación de este rupturista régimen de responsabilidad criminal de los entes colectivos**, construido de espaldas al principio de culpabilidad proclamado por el art. 5 del CP (cfr. STS 514/2015, 2 de septiembre). **La responsabilidad por el hecho propio y la reivindicación de un injusto diferenciado se han perfilado como presupuestos sine qua non para proclamar la autoría penal de una persona jurídica**. Así lo afirmábamos en la STS 154/2016, 29 de febrero : “... el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización”. Añadíamos que la responsabilidad de los entes colectivos aparece, por tanto, ligada a lo que la sentencia denomina “... la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos”» (sin negrita en el original).

Una vez establecidos los fundamentos del fallo adoptado, aprovecha esta resolución del Alto Tribunal para realizar un repaso de las cuestiones fundamentales que deberían formar parte del manual de todo órgano judicial español respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

«Sea como fuere, ya en el ámbito que es propio de las garantías que han de presidir el enjuiciamiento penal, singularmente en lo afectante al derecho a la presunción de inocencia, la STS 221/2016, 16 de marzo, recordaba que “... sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el *ius puniendi* del Estado”.

»En la STS 583/2017, 19 de julio, insistíamos en la necesidad de preservar cualquier conflicto de intereses entre la dirección letrada de la persona jurídica investigada y la persona física autora del delito de referencia. Decíamos entonces que “... dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación”. También descartábamos la posible vulneración del derecho de defensa que alegaba el recurrente a la vista del no ofrecimiento por el Tribunal a quo del derecho a la última palabra a la persona jurídica investigada. La coincidente estrategia defensiva de ambos sujetos imputados –persona física y persona jurídica–, descartaba en el caso entonces enjuiciado cualquier vulneración de relevancia constitucional.

»Hemos negado la existencia de un extravagante *litis* consorcio pasivo necesario entre la persona jurídica y la persona física, recordando la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica frente a la que es predicable del directivo o empleado que comete el delito de referencia (STS 455/2017, 21 de junio)».

No obstante, el avance de la Excma. Sala en cuestiones nucleares respecto de la responsabilidad penal de la persona jurídica no acaba ahí, sino que a modo de *obiter dictum* señala lo siguiente –y como veremos tiene una importancia nuclear–:

«La Sala es consciente de que la opción jurisprudencial por un sistema de autorresponsabilidad no es ajena a las críticas dogmáticas de quienes entienden que la idea de empresa como una **organización autopoietica se administra y organiza a sí misma**, conduce a una irreparable invasión del espacio que ha de reservarse a la **psique del individuo** como presupuesto de cualquier idea de culpabilidad» (sin negrita en el original).

Para proporcionar una descripción lo más ajustada a la realidad de la Sala, indica finalmente:

«La confirmación de la línea jurisprudencial favorable a la autorresponsabilidad tuvo un exponente más próximo en la STS 516/2016, 13 de junio. En ella se señala que “... en el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema de autorresponsabilidad (*cf.* auto de aclaración), siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad”.»

Una vez más la Sala II muestra su profundo conocimiento del debate nuclear de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, si bien este *obiter dictum* puede que no parezca tener tanta utilidad práctica para los jueces, fiscales y abogados, lo cierto es que, como señalaba MAZA MARTÍN sí puede desplegar importantes efectos tanto en el ámbito del enjuiciamiento como en el de los derechos de defensa de la propia persona jurídica. Y, por supuesto, resulta de especial interés para el debate dogmático y académico. Por estos motivos, entiendo conveniente realizar una somera exposición sobre la cuestión y abordar las «críticas dogmáticas» señaladas por la mentada resolución para proporcionar, en línea con lo

señalado por MAZA MARTÍN, bases sólidas para consolidar la autorresponsabilidad penal de la persona jurídica.

IV. PROFUNDIZACIÓN EN EL FUNDAMENTO ÚLTIMO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA Y SUS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS

Desde hace ya algunas décadas, los defensores de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas han venido sosteniendo que el argumento último de su posición se basa en que las personas jurídicas no tienen «autoconciencia» –*sc.* conciencia de sí mismas– siendo la «auto-reflexión» del individuo un elemento decisivo para poder sostener su responsabilidad penal¹⁷. En consecuencia, las personas jurídicas carecen de libertad para «autodeterminarse», y sin esa libertad no resulta posible exigirles responsabilidad penal. Por el contrario, las personas físicas si gozan de esa libertad de autodeterminación y por ello pueden ser hechas responsables penalmente.

Sin perjuicio de la necesaria remisión a diversos trabajos en los que hemos dado extensa contestación a las críticas formuladas tanto en España como en Alemania en torno a esta cuestión¹⁸, quizás resulte de interés explicitar una apretada síntesis del núcleo de la argumentación para que el lector pueda comprobar cómo no se trata de «abalorios» teóricos¹⁹ carente de significación práctica; más bien, todo lo contrario.

Muy resumidamente, para el operador jurídico común que no se haya adentrado en esta materia con anterioridad, se puede indicar que la teoría de las organizaciones autopoieticas se plantea inicialmente en Alemania en el ámbito de la teoría y sociología de la organización²⁰. En el ámbito de la teoría y sociología del Derecho, ha sido el conocido teórico y sociólogo del Derecho, GUNTHER TEUBNER, quien ha desarrollado de manera más coherente y completa este

¹⁷ Vid. los máximos exponentes encabezados por el neokantianno FRIEDRICH v. FREIER [VON FREIER: *Kritik der Verbandsstrafe*, 1998; v. FREIER: «Zurück hinter die Aufklärung: Zur Wiedereinführung von Verbandsstrafen», *GA* 2009, pág. 113 con nota 79. VON FREIER: «Selbstbelastungsfreiheit für Verbandspersonen?», en *ZStW* 122 (2010), págs. 117 y ss.] y seguido por autores tan relevantes como JAKOBS: «Strafbarkeit juristischer Personen?», en PRITTWITZ (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, págs. 569 y ss., LUIS GRACIA MARTÍN: «La naturaleza jurídico-civil y administrativa de la mal llamada responsabilidad “penal” de las personas jurídicas», en Gimbernat Ordeig et al. (eds.): *Dogmática del Derecho penal. Material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann*. Tomo II, 2014, págs. 107 y ss., o el propio BERNARDO FEJOO SÁNCHEZ: «Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles», en ONTIVEROS (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2013, págs. 165 y ss. todos ellos con múltiples referencias.

¹⁸ Vid. ya extensamente CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ: *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, págs. 109-135; de manera más reciente CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ: «Las personas jurídicas como destinatarios de las normas penales: un diálogo con el Profesor Schünemann», en Gimbernat Ordeig, E., et al. (eds.): *Dogmática del Derecho penal. Material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann*. Tomo II, págs. 87-109; Íd.: «Tomarse en serio la responsabilidad penal de las personas jurídicas: la culpabilidad de las personas jurídicas», en Bernardo Fejoo et al. (coords.): *Estudios de Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Miguel Bajo*, 2017, págs. 125-145.

¹⁹ Se utiliza dicha expresión en relación con la crítica de BERND SCHÜNEMANN: «Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsunternehmen?», en Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter (eds.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht - Festschrift für Tiedemann*, 2008, págs. 429 y ss. [versión española: «La responsabilidad penal de las empresas: Para una necesaria síntesis entre dogmática y política criminal», en Ontiveros (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2013, págs. 497 y ss.]; Íd.: «Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts – Ein kriminalpolitischer Zombie», en *ZSt* 1 (2014), págs. 1 y ss.

²⁰ Vid. entre otros autores, el fundador de la misma NIKLAS LUHMANN: *Organisation und Entscheidung*, 1ª ed., 2000; y los teóricos de la organización y del *management* HELMUT WILLKE: *Systemtheorie I: Grundlagen*. 6ª ed., 2000; Íd.: *Systemtheorie II: Interventionstheorie*. 3ª ed., 1999; Íd.: *Systemtheorie III: Steuerungstheorie*. 2ª ed., 1998; DIRK BAEKER: *Organisation als System*, 1999; Íd.: *Organisation und Management*, 2003.

planteamiento²¹. Centrado en el ámbito del Derecho penal –y sobre todo referido a la responsabilidad penal de las personas jurídicas– han sido diversos autores los que, en mayor o menor medida, han utilizado la concepción de la organización autopoietica para fundamentar sus postulados²².

Por lo que se refiere a la discusión española, la concepción de la organización como sistema autopoietico que se determina a sí mismo libremente fue utilizada por primera vez en el año 2005 para fundamentar la autorresponsabilidad penal de la persona jurídica²³. Conforme al mismo, determinadas organizaciones, cuando alcanzan un determinado nivel de complejidad interno, comienzan a desarrollar una capacidad de autorreflexión y autoconducción que, para un observador externo, son funcionalmente equivalente a las capacidades autorreflexivas del individuo. Así, no se trata de «corporeizar» a la organización –al estilo de la ya superada teoría de la personalidad real de la asociación de V. GIERKE (*reale Verbandspersönlichkeit*)²⁴– sino de observar cómo en el interior de las organizaciones complejas se producen unos procesos de autorreflexión propios que, en última instancia se traducen en una capacidad de autoconducción y autoadministración a lo largo del tiempo²⁵. Expresado en los términos utilizados por uno de los más acreditados teóricos y sociólogos del Derecho, GUNTHER TEUBNER, la «salida de la minoría de edad» (*Unmündigkeit*) de la organización se produce cuando determinados componentes de la misma se vinculan de una forma concreta (lo que él denomina una vinculación hipercíclica)²⁶.

²¹ Vid. entre otros trabajos, GUNTHER TEUBNER: *Law as an autopoietic system*, 1993; GUNTHER TEUBNER: «Hypercycle in Law and Organization: The Relationship Between Self-Observation, Self-Constitution and Autopoiesis», en Alberto Febrayo (ed.), *European Yearbook in the Sociology of Law*, 1988, págs. 43 y ss.; GUNTHER TEUBNER: «How the law thinks: Toward a constructivist epistemology of law» en: *Law & Society Review* 23 (1989), págs. 727-757 [traducción al español de Carlos Gómez-Jara Díez: «El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructiva del Derecho» en *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho* 25 (2002), páginas 533-573].

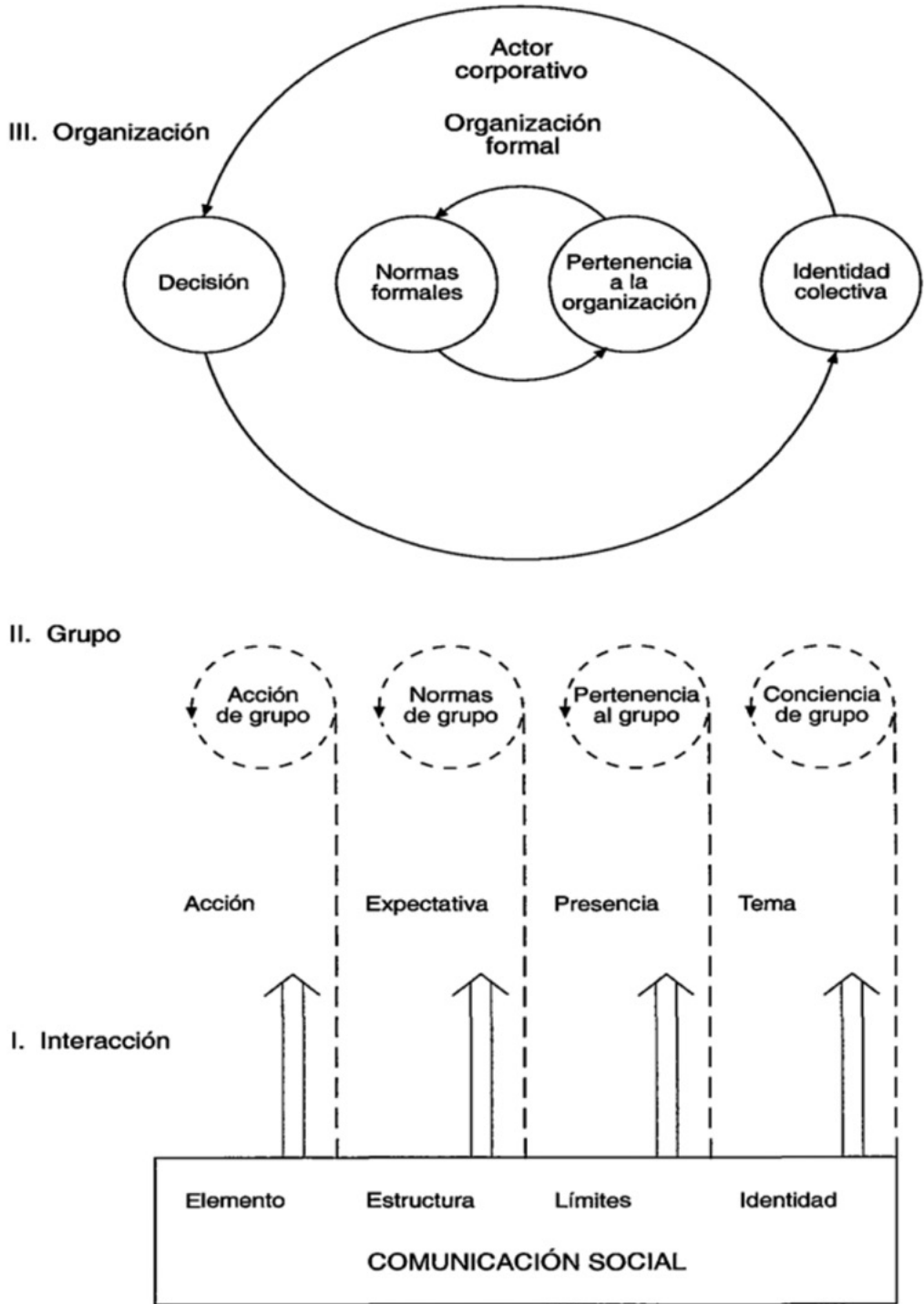
²² Bernd Schünemann, en AA.VV.: *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann*, 1995, págs. 572, 579] y, con posterioridad, en 1996, sus dos contribuciones a la obra colectiva sobre criminalidad empresarial [SCHÜNEMANN, en «Plädoyer zur Einführung einer Unternehmenskuratel», en Schünemann, B. (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung: Die Rechtseinheit/Arbeitskreis Strafrecht. Bd. III. Unternehmenskriminalität*, 1996, pág. 132 «ello se puede a su vez [...] explicar mediante la representación de que la empresa es un sistema autopoietico», SCHÜNEMANN: «Art. 4.: Maßnahmen gegen Unternehmen», en Schünemann, Bernd (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung: Die Rechtseinheit / Arbeitskreis Strafrecht. Bd. III Unternehmenskriminalität*, 1996, págs. 168, 170 ha tomado «como fundamento legitimador [...] la teoría de los sistemas autopoieticos limitada»; con posterioridad SCHÜNEMANN: «Criticising the notion of a Genuine Criminal Law Against Legal Entities», en Eser/Heine/Huber (eds.), *Criminal Responsibility of Collective and Legal Entities*, 1999, pág. 230, señalaba que «el único concepto que queda para justificar un verdadero Derecho penal corporativo es el modelo de la teoría de sistemas»; WILLFRIED BOTTCHE: «Standortvorteil Wirtschaftskriminalrecht: Müssen Unternehmen "strafmündig" werden? Bemerkungen zum Stand des Wirtschaftskriminalrechts in der Bundesrepublik Deutschland», en: *wistra* 1997, pág. 253, señala que «analizada la asociación u otro sujeto colectivo, como un sistema autopoietico, el reproche puede verse en el abuso de la libertad de autorregulación de la que gozan –de una forma jurídicamente reconocida– dichos sujetos como participantes en el mercado y como miembros de la sociedad»; ÍD., *Assoziationsprävention. Zur heutigen Diskussion der Strafzwecke*, 1995, pág. 49, «el sujeto colectivo se constituye como sistema autopoietico», en nota 134 «tanto el ser humano como los sujetos colectivos son interpretables como sistemas autopoieticos»; ÍD.: «La actual discusión sobre las finalidades de la pena», en Silva Sánchez (ed. española), *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, 1997, págs. 42 y s.; GUNTHER HEINE: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, pág. 79, «las grandes empresas [...], son sistemas autopoieticos caracterizados por un alto grado de capacidad de autoorganización y de autoconducción», (250), «el «dominio [funcional] de la organización» se corresponde con la teoría socio-jurídica del Derecho reflexivo [...] que postula [...] una conducción mediata de los sistemas autopoieticos [de organizaciones complejas]; ERNST JOACHIM LAMPE, «Systemsunrecht und Unrechtssysteme», en *ZStW* 106 (1994), págs. 690 y s.; LÜTOLF: *Strafbarkeit der juristischen Person*, 1997, Cap. III; KLAUS ROGALL: en Boujong (ed.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 2ª ed., 2000, § 30/10; THOMAS ROTSCHE: *Individuelle Haftung in Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, 1998, págs. 81 y ss.

²³ Vid. CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ: *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005.

²⁴ Vid. sobre esta cuestión concreta GUNTHER TEUBNER: «How the law thinks: Toward a constructivist epistemology of law», en *Law & Society Review* 23 (1989), págs. 727-757 [traducción al español de Carlos Gómez-Jara Díez, «El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructiva del Derecho», *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho* 25 (2002), págs. 533-573].

²⁵ Para una explicación detallada de la organización autopoietica vid. CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ: «Autoorganización empresarial y Autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *RECPC* 08-05 (2006) [accesible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>].

²⁶ GUNTHER TEUBNER: «Hypercycle in Law and Organization: The Relationship Between Self-Observation, Self-Constitution and Autopoiesis», en Alberto Febrayo (ed.), *European Yearbook in the Sociology of Law*, 1988, p. 60.



Expresado en términos más sencillos, cualquier observador externo de –digamos– una empresa del IBEX 35 puede comprobar cómo las mismas han generado una identidad corporativa diferente a la de sus miembros individuales –lo cual se comprueba fácilmente por el hecho de que continuamente diversas personas físicas dejan de pertenecer a la organización (y otros comienzan a pertenecer a la organización) sin afectar a la identidad de la misma–. De igual manera, se trata de entidades donde existen diversas normas y procedimientos que conforman multitud de procesos que generan una serie de estructuras corporativas a lo largo del tiempo que no pueden reconducirse a una toma de decisión de un individuo concreto en un momento concreto. Finalmente, con el tiempo se genera una determinada cultura empresarial que –en lo que hace al Derecho penal– puede, o no, ser de cumplimiento de la legalidad.

Las consecuencias prácticas son sumamente importantes, puesto que, al igual que no todos los seres humanos son responsables penalmente en el Derecho penal de las personas físicas, no todas las personas jurídicas pueden ser penalmente responsables en el Derecho penal de las personas jurídicas. Sólo el ser humano mayor de edad con una determinada capacidad interna de autorreflexión se considera por el Derecho como penalmente responsable. Aplicado a las personas jurídicas, el sistema de autorresponsabilidad de las personas jurídicas implica que sólo lo que podemos denominar actor corporativo (*corporate actor*) tiene una complejidad y consiguiente capacidad interna de autorreflexión que le permite ser considerado por el Derecho penal como sujeto penalmente responsable. **Expresado con sólo una idea fuerza: sólo el actor corporativo puede cometer un delito corporativo.**

Conforme a lo señalado por MAZA MARTÍN²⁷, este fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas despliega importantes consecuencias prácticas tanto en el ámbito sustantivo como en el ámbito procesal. En lo que sigue se ofrecerán algunos ejemplos concretos que no sólo ponen de manifiesto la relevancia para la praxis de esta discusión teórica, sino que, en general, validan el conocido aforismo de que «no hay nada más práctico que una buena teoría»²⁸.

Comenzando por el ámbito sustantivo, y por sólo referir –como indicamos– algunos ejemplos, la primera consecuencia práctica es que las sociedades pantalla –carentes de la más mínima complejidad organizativa interna– no puede ser consideradas como sujetos penalmente responsables en el Derecho penal de las personas físicas. La segunda consecuencia práctica es que la responsabilidad penal del actor corporativo se fundamenta en su propio delito corporativo y no en el delito individual cometido por las personas físicas. La tercera consecuencia práctica es que, con independencia de que algunas medidas concretas para la reducción del riesgo de comisión de un delito de determinada naturaleza no sean idóneas, la existencia de una cultura de cumplimiento de la legalidad en la persona jurídica amerita su exención de responsabilidad. *Estas tres consecuencias prácticas se pueden observar recogidas en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo.*

²⁷ MAZA MARTÍN: *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los Partidos Políticos*, 2018, pág. 272.

²⁸ KURT LEWIN: *Field Theory in Social Science: Selected Theoretical Papers by Kurt Lewin*, 1952, pág. 169.

Así, en la Sentencia del Pleno del TS de 29 de febrero de 2016 [Ponente: Excmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN]²⁹, se aborda claramente cuál es el tratamiento adecuado para las sociedades pantalla y, si bien existen diversas referencias a esta cuestión a lo largo de la resolución del Pleno, el núcleo argumental se contiene en el siguiente pasaje:

«**De nuevo se declara probado en el “factum” de la recurrida que estamos ante una “sociedad pantalla”**, o meramente instrumental, lo que bastaría para la declaración de su responsabilidad penal, de acuerdo con las previsiones al respecto de nuestro Legislador, y la correcta aplicación de tales penas **o, en su caso, con mayor corrección, su tratamiento como “inimputable” y ajena por ello al régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas**, al que alude la ya citada Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, con la consecuencia por supuesto de su disolución» (sin negrita en el original).

Con posterioridad al dictado de dicha Sentencia, MAZA MARTÍN³⁰ ha reflexionado sobre este particular y finalmente ha concluido, en línea con lo apuntado por ÓSCAR MARTÍN SAGRADO³¹, lo siguiente:

«Pues bien, excluida la posibilidad de aplicación de la pena, por su carácter inimputable ya visto, así como la de las consecuencias jurídicas previstas en el art. 129 CP, ya que éstas se destinan a entes que carecen de personalidad jurídica y de las que estamos hablando son verdaderas personas jurídicas, al menos desde un punto de vista formal que no puede desconocerse, hemos de quedarnos con la solución, inteligentemente propuesta por algún autor, de acudir directamente a la figura del decomiso, al considerar a la sociedad “pantalla” simplemente como un acto en fraude de Ley.»

Por lo que hace a la necesidad de responsabilizar al que hemos denominado aquí como «actor corporativo» por el delito corporativo, la Sentencia de 16 de marzo de 2016 [Ponente: Excmo. Sr. D. MANUEL MARCHENA GÓMEZ] es probablemente su máximo exponente. Así, frente a determinar propuestas interpretativas que abogan por entender que el sistema penal español contiene, en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un modelo de responsabilidad vicarial o por transferencia –*sc.* responsabilidad por el hecho ajeno– sostiene el Alto Tribunal:

«Nuestro sistema, en fin, **no puede acoger fórmulas** de responsabilidad objetiva, **en las que el hecho de uno se transfiera a la responsabilidad del otro**, aunque ese otro sea un ente ficticio sometido, hasta hace bien poco, a otras formas de responsabilidad. **La pena impuesta a la persona jurídica sólo puede apoyarse en la previa declaración como probado de un hecho delictivo propio**» (sin negrita en el original).

²⁹. Sobre dicha Sentencia *vid.*, entre otros, LUIS RODRÍGUEZ RAMOS: «Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas. (Al hilo de las SSTs 514/2015, 154 y 221/2016)», en *Diario La Ley* nº 8766 (2016); MANUEL GÓMEZ TOMILLO: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín», en *Diario La Ley* nº 8747 (2016); GÓMEZ-JARA DÍEZ: «El Pleno Jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y una propuesta reconciliadora», en *Diario La Ley*, nº 1514, 2016; BERNARDO DEL ROSAL BLASCO: «Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado», en *Diario La Ley* nº 8732 (2016); MARÍA ÁNGELES VILLEGAS GARCÍA: «Hacia un modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas. La STS (Pleno de la Sala de lo Penal) 154/2016, de 29 de febrero», en *Diario La Ley* nº 8721 (2016); ANA MARÍA NEIRA PENA: «La aplicación jurisprudencial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre la STS 154/2016, de 29 de febrero, primera sentencia de condena del TS frente a una persona jurídica», en *Diario La Ley* nº 8736 (2016); MANUEL JESÚS DOLZ LAGO: «Primera sentencia condenatoria con doctrina general sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Análisis de los requisitos del artículo 31 bis CP/2015. Organización criminal que opera a través de mercantiles dedicadas a la exportación e importación internacional de maquinaria con droga oculta en su interior. Votos discrepantes», en *Diario La Ley* nº 8797 (2016).

³⁰. MAZA MARTÍN: *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los Partidos Políticos*, 2018, págs. 263-264.

³¹. ÓSCAR MARTÍN SAGRADO: «El decomiso de las sociedades pantalla», en *Diario La Ley* 8769 (2016).

»habrá de acreditar **además que ese delito cometido por la persona física** [delito individual] y fundamento de su responsabilidad individual, **ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica**, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015» (sin negrita en el original).

Este planteamiento es igualmente defendido por MAZA MARTÍN cuando señala inequívocamente³²:

«la responsabilidad penal de estas organizaciones ha de basarse, por obligación legal y constitucional, en criterios de reproche apoyados en la comisión de un hecho propio (auto-responsabilidad) no, por transferencia, del tipo penal ejecutado por un tercero persona física (hetero-responsabilidad) y, dando un paso más, que el fundamento de esa culpabilidad, en el caso de la persona jurídica, se aloja en la evidencia de una cultura, ínsita en la misma, de no conformidad con el Derecho, que se concreta y pone de relieve, a efectos de su cabal acreditación y valoración, en la ausencia de modelos de gestión tendentes a la evitación de los delitos e, incluso, de la colaboración con las autoridades, cuando el ilícito se hubiera producido, para la constatación de los hechos delictivos y la identificación de sus autores, aplicando instrumentos, eficaces y suficientes a priori, para dar cumplimiento a las referidas exigencias legales, en la forma y con los medios disponibles en cada caso.»

Finalmente, en la Sentencia del Pleno de 29 de febrero de 2016 [Ponente: Excmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN] se contienen una serie de reflexiones extremadamente importantes para aquellos supuestos en los que la persona jurídica, pese a disponer de una actitud de fidelidad al Derecho al haber institucionalizado una cultura de cumplimiento de la legalidad, no disponen de un modelo de organización y gestión para prevenir y detectar delitos con los requisitos previstos en el art. 31 bis) Código penal –realizando, en consecuencia, que es la cultura de cumplimiento de la legalidad el fundamento último de la culpabilidad de la persona jurídica–. Así, señala la mentada resolución

«Núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica que, como venimos diciendo, no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, **que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas “compliance” o “modelos de cumplimiento”, exigidos para la aplicación de la eximente que, además, ciertas personas jurídicas, por su pequeño tamaño o menor capacidad económica, no pudieran cumplidamente implementar**» (sin negrita en el original).

Desarrollando estas cuestiones, MAZA MARTÍN sostiene que la existencia de unos modelos de organización y gestión para prevenir y detectar delitos es una forma «rápida» para permitir la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica, pero no es la única para agotar las posibilidades de acreditar una verdadera cultura de cumplimiento de la legalidad que es el fundamento último de la (in)culpabilidad de la persona jurídica. Así señala resumidamente³³:

«el referido precepto del Código Penal [art. 31 bis] tan sólo señalaba un camino para la rápida aplicación de la circunstancia exoneradora, a disposición, tan sólo, de aquellas personas

³². MAZA MARTÍN: *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los Partidos Políticos*, 2018, pág. 430.

³³. MAZA MARTÍN: *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los Partidos Políticos*, 2018, pág. 433.

jurídicas que pudieran permitírsele, **pero sin agotar con ello las posibilidades de acreditación de una verdadera “cultura de cumplimiento” o “de fidelidad al Derecho”, como fundamento de la inculpabilidad de la persona jurídica.»**

Por lo que se refiere al ámbito procesal, también se pueden señalar, al menos, tres consecuencias de extraordinaria relevancia práctica derivadas de esta fundamentación. La primera es que la persona jurídica tiene unos intereses propios en el seno del procedimiento penal que no sólo pueden no ser coincidentes con los de las personas físicas que han actuado en su representación y beneficio, sino que ab initio son contrarios –de ahí la necesidad de evitar cualquier conflicto de interés en la designación de su representante especialmente designado–. La segunda es que la persona jurídica goza de una presunción de inocencia propia que debe ser respetada y garantizada en idéntica medida a la de las personas físicas –y por tanto no se debe disminuir el baremo de la prueba de cargo para determinar si debe ser condenada–. La tercera gira en torno a un verdadero derecho a la no autoincriminación de la persona jurídica y a la valoración de dicho ejercicio en el seno de un procedimiento penal.

Respecto de la primera circunstancia es probablemente Sentencia del Pleno del TS de 29 de febrero de 2016 [Ponente: Excmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN] la que ha introducido una concienciación respecto del conflicto de interés subyacente entre persona física y jurídica cuando esta última tiene unos intereses diferenciados propios y diferenciados de la primera. Así, señala dicha resolución:

«La cuestión lógicamente se suscita especialmente en aquellos supuestos en los que pudiera existir un **conflicto de intereses procesales entre los de quienes, en principio, estarían legalmente llamados a llevar a cabo tales funciones representativas (representantes y administradores) y los propios e independientes de la persona jurídica.**

»se ha(ya) de prestar atención a las anteriores consideraciones dirigidas a **Jueces y Tribunales para que, en la medida de sus posibilidades, intenten evitar, en el supuesto concreto que se aborde, que los referidos riesgos para el derecho de defensa de la persona jurídica sometida a un procedimiento penal lleguen a producirse**, tratando de impedir el que su representante en las actuaciones seguidas contra ella sea, a su vez, una de las personas físicas también acusadas como posibles responsables del delito generador de la responsabilidad penal de la persona jurídica» (sin negrita en el original).

Es precisamente por ello que MAZA MARTÍN propone que deben introducirse, por vía legislativa, ciertos mecanismos que eviten los referidos conflictos de intereses. Y así señala:

«Para la plena eficacia del derecho de defensa de la persona jurídica el legislador debe introducir los mecanismos correspondientes que garanticen ese derecho en aquellos supuestos en los que puedan existir intereses procesales en conflicto entre la persona jurídica y la persona física encargada originariamente de dirigir la defensa de aquella.»³⁴

³⁴ MAZA MARTÍN: *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los Partidos Políticos*, 2018, pág. 479. Como fundamento de dicha propuesta indica: «La realidad pone en evidencia que, en más ocasiones de las que pudiera esperarse, le corresponde asumir la representación y defensa de la persona jurídica en el procedimiento penal a una persona física con intereses que entran en conflicto con los de su representada, esencialmente por tratarse dicha persona física de la autora misma del delito que precede a la responsabilidad penal de la persona jurídica. »Para evitar que ese conflicto suponga finalmente la postergación de los intereses de la propia persona física en beneficio de su representante, que puede utilizar esa posición para eludir sus responsabilidades y, por supuesto, evitando toda línea estratégica de defensa de la persona jurídica que signifique a colaboración con las autoridades tendente a esclarecer el delito cometido inicialmente y su autoría, resulta imprescindible que el legislador aborde esta cuestión y ofrezca una solución normativa que permita la designación, en tales casos, de una persona física que pueda defender adecuadamente y libre de cualquier conflicto personal los intereses de la persona jurídica de que se trate.»

Por lo que se refiere a la segunda circunstancia, es, de nuevo, la Sentencia del Pleno del TS de 29 de febrero de 2016 [Ponente: Excmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN] la que equipara el nivel de protección del derecho a la presunción de inocencia entre personas físicas y jurídicas, que posteriormente refrenda la Sentencia de 16 de marzo de 2016 [Ponente: Excmo. Sr. D. MANUEL MARCHENA GÓMEZ]. Así, señala la primera resolución citada lo siguiente:

«De manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados en el presente Recurso, como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al Juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc., sin perjuicio de su concreta titularidad y de la desestimación de tales alegaciones en el caso presente, **ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones en lo que a ella respecta**» (sin negrita en el original).

De manera detallada, la Sentencia de 16 de marzo de 2016 [Ponente: Excmo. Sr. D. MANUEL MARCHENA GÓMEZ] refrenda, como decimos, el argumento y lo dota de una vertiente sumamente práctica. Y así dispone:

«**Que la persona jurídica es titular del derecho a la presunción de inocencia está fuera de dudas.** Así lo hemos proclamado en la STS 154/2016, 29 de febrero: “... de manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados [...], como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc. [...] ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones”.

»Esa afirmación no es sino consecuencia del nuevo estatuto de la persona jurídica en el proceso penal. **Es importante, además, destacar que el conjunto de derechos invocables por la persona jurídica, derivado de su estatuto procesal de parte pasiva, eso sí, con las obligadas modulaciones, no puede ser distinto del que ostenta la persona física a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo.** Y es que la posición de los entes colectivos en el proceso, cuando son llamados a soportar la imputación penal, no debería hacerse depender del previo planteamiento dogmático que el intérprete suscriba acerca del fundamento de esa responsabilidad. **En efecto, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional.** Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015» (sin negrita en el original).

Recogiendo las reflexiones anteriores, MAZA MARTÍN se muestra absolutamente partidario de dicha equiparación garantista entre personas físicas y jurídicas —pese a que no sea ésa la

tónica en el ámbito internacional³⁵– y deriva las mismas consecuencias prácticas que apunta la Sentencia de 16 de marzo de 2016 [Ponente: Excmo. Sr. D. MANUEL MARCHENA GÓMEZ] al indicar:

«**La presunción de inocencia, como derecho y garantía nuclear del procedimiento penal, ha de ser indudablemente aplicada a la persona jurídica en los mismos términos que a la persona física**, una vez que el legislador ha optado por su inclusión en el ámbito de los posibles acreedores de una responsabilidad penal»³⁶.

«**La vigencia del derecho a la presunción de inocencia, que corresponde igualmente que a la persona física a la persona jurídica en su integridad**, supone para la acusación la obligación de soportar la carga de la prueba sobre los elementos constitutivos del tipo cometido, incluida la inexistencia de adecuados mecanismos de control preventivo de delitos»³⁷ (sin negrita en el original).

Por último, una cuestión que está llamada a tener una gran incidencia práctica y que se vincula con el derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas, reside en cómo valorar la no aportación de un modelo de organización y gestión para prevenir y detectar delitos. Así, debe tenerse en cuenta que diversos sistemas jurídicos extranjeros o bien no reconocen directamente que las personas jurídicas gocen de dicho derecho –como es el caso de los EEUU³⁸– o bien le confieren un valor menor que el reconocido a las personas físicas –como es el caso de la jurisprudencia del TEDH y, en mayor medida, del TJUE³⁹–. Sin embargo, nuestra Ley

³⁵ No puede, sin embargo, obviarse que la DIRECTIVA (UE) 2016/343 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio [DOUE 11.3.2016, L65/1] finalmente no ha armonizado el contenido del derecho a la presunción de inocencia relativo a las personas jurídicas. Así la Directiva «reconoce diferentes necesidades y grados de protección con respecto a determinados aspectos de la presunción de inocencia de las personas físicas y jurídicas. Por lo que respecta a las personas físicas, dicha protección se refleja en jurisprudencia reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, el Tribunal de Justicia ha reconocido que los derechos que dimanen de la presunción de inocencia no amparan a las personas jurídicas en idéntica medida que a las personas físicas» (Considerando 13). En consecuencia, «en el estado actual de desarrollo del Derecho nacional y de la jurisprudencia tanto nacional como de la Unión, resulta prematuro legislar a escala de la Unión en materia de presunción de inocencia de las personas jurídicas. Por consiguiente, la presente Directiva no debe aplicarse a las personas jurídicas. Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación de la presunción de inocencia a las personas jurídicas, tal como se establece, en particular, en el CEDH y la interpretan el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia» (Considerando 14). No obstante, la UE prevé la posible futura armonización dependiendo de la evolución de las garantías legales y la jurisprudencia indicando que «la presunción de inocencia de las personas jurídicas debe ampararse en las garantías legales y jurisprudencia existentes, cuya evolución determinará la necesidad de una intervención de la Unión» (Considerando 15). Sobre los motivos de dicha exclusión *vid.* MIGUEL BAJO/CARLOS GÓMEZ-JARA: «Derechos procesales fundamentales», en Bajo Fernández/Feijoo Sánchez/Gómez-Jara, *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2016, págs. 337 y ss.; *vid.* igualmente STIJN LAMBERIGTS: «The directive on the presumption of innocence. A missed opportunity for Legal Persons?», en *EUcrim 1/2016*, págs. 36 y ss.

³⁶ MAZA MARTÍN: *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los Partidos Políticos*, 2018, págs. 363-364.

³⁷ MAZA MARTÍN: *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los Partidos Políticos*, 2018, pág. 481. Como fundamento de dicha propuesta indica: «Como en cualquier enjuiciamiento de carácter penal, en el de la persona jurídica también ha de respetarse el derecho a la presunción de inocencia de quien es acusado, lo que supone la existencia de una verdad, verdad interina pero que, en cualquier caso, requiere ser enervada mediante pruebas que generen la convicción suficiente acerca de la comisión del hecho merecedor del reproche punitivo que, en este ámbito y conforme a lo que ya se vio, no es otro que el de la ausencia en la persona jurídica de herramientas de prevención del delito cometido por la persona física acordes con las posibilidades en cuanto a medios y capacidad de las que esa persona jurídica en concreto disponga».

³⁸ Desde la conocida Sentencia de la Corte Suprema *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906) el sistema jurídico estadounidense no reconoce el derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas [*vid.* ya JOSEPH M. PROSKAUER: «Corporate Privilege against Self Incrimination», en *The Virginia Law Register 17* (1911), págs. 417 ss.] considerando que en caso de reconocerse dicho derecho a las personas jurídicas la persecución penal de los ilícitos corporativos se vería completamente frustrada [*vid.* en detalle, con una aproximación más reciente, PETER HENNING: «The Conundrum of Corporate Criminal Liability: Seeking a Consistent Approach to the Constitutional Rights of Corporations in Criminal Prosecutions», en *Tenn. L. Rev.* 63 (1996), págs. 793 y ss.].

³⁹ *Vid.* las referencias en MIGUEL BAJO/CARLOS GÓMEZ-JARA: «Derechos procesales fundamentales», en Bajo Fernández/Feijoo Sánchez/Gómez-Jara, *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2016, págs. 324 y ss.

de Enjuiciamiento Criminal reconoce expresamente dicho derecho en el artículo 409 bis)⁴⁰. Y en este sentido, se puede establecer una correlación entre aquellos sistemas que abogan por un modelo vicarial –como es el caso de EEUU⁴¹– y la cercenación del derecho a la no autoincriminación; **cuanto más se considere que la persona jurídica es responsable penalmente por el «hecho ajeno» de la persona física, menos razonable será reconocerle a la propia persona jurídica un derecho a la no autoincriminación.**

Ahora bien, la jurisprudencia –salvo error u omisión– no ha tenido todavía oportunidad de pronunciarse sobre el específico particular referido; esto es, valoración del derecho a la no autoincriminación en concreta relación con la aportación o explicación de su modelo organizativo y de gestión para prevenir y detectar delitos. En este sentido, debe llamarse la atención sobre la práctica judicial –inexistente respecto de las personas físicas– de requerir a las personas jurídicas la aportación al procedimiento de dicho modelo, plan o sistema de *compliance*⁴². La cuestión entonces, consiste en cómo valorar la persona jurídica que, en su legítimo ejercicio del derecho de defensa, no aporta el citado modelo/plan/sistema.

Una respuesta apresurada llevaría a considerar que, requerida la persona jurídica su modelo/plan/sistema, la no aportación debería ser valorada como un indicio de culpabilidad de la persona jurídica. No obstante, entendemos que sería apresurada puesto que la verdadera vigencia del derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la no autoincriminación, impiden valorar la no aportación, *per se*, de forma negativa. O expresado de otra manera: la no aportación del modelo/plan/sistema no exime a la acusación de su obligación de carga de la prueba en este ámbito. *En este sentido, si la acusación no aporta indicios racionales del defecto de organización de la persona jurídica, la no aportación del modelo/plan/sistema no puede valorarse para acreditar dicho defecto de organización.*

V. EL NÚCLEO DE LA DISCUSIÓN: ¿SE DEBE EXIGIR UNA MAYOR LIBERTAD DE AUTODETERMINACIÓN A LAS PERSONAS JURÍDICAS QUE A LAS PERSONAS FÍSICAS?

Para finalizar esta contribución conviene retomar ahora el núcleo de la discusión apuntado por la STS de 11 de octubre de 2017 [Ponente: Excmo. Sr. D. MANUEL MARCHENA GÓMEZ]: las teorías sobre la auto-organización de las personas jurídicas –que fundamentan materialmente el modelo de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas– *¿conduce(n) a una irreparable invasión del espacio que ha de reservarse a la **psique del individuo** como presupuesto*

⁴⁰ «Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su Abogado. La declaración irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización. A dicha declaración le será de aplicación lo dispuesto en los preceptos del presente Capítulo en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, **incluidos los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable.**»

⁴¹ Vid. CARLOS GÓMEZ-JARA: *La responsabilidad penal de las empresas en EEUU*, 2006; CARLOS GÓMEZ-JARA: *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, 2010, págs. 195 y ss., 233 y ss.

⁴² Evitamos extendernos aquí sobre la anticuada terminología empleada por el Código penal –tributaria del Decreto Legislativo italiano 231/2001 de 8 de junio *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*– referida a los «modelos organizativos y de gestión», ya superada a nivel internacional y nacional por los «Sistemas de Gestión de *Compliance*» –ISO 19600– «Sistemas de Gestión de *Compliance* penal» –UNE (Una Norma Española) 19601–.

de cualquier idea de culpabilidad? La respuesta a dicho interrogante, en el estado de la ciencia penal actual respecto de las personas físicas, pudiera sorprender a más de uno.

En efecto, en contra de lo que pudiera parecer, la opinión más extendida –precisamente para defender la concepción que el Derecho penal tiene del ser humano como sujeto que se auto-determina libremente– es que la afirmación de que los seres humanos gozan de una libertad de autodeterminación basada en su autoconciencia constituye una atribución normativa que realiza el sistema jurídico. Ello se ha puesto de manifiesto especialmente de manifiesto en el ámbito de la discusión sobre neurociencias y Derecho penal. Los especialistas en neurociencias abogan por una visión determinista del ser humano; los penalistas consideran que, con independencia de dicho planteamiento, desde el punto de vista jurídico-penal, el ser humano se auto-determina.

En efecto, en este ámbito, la autonomía propia y libertad propia de la autoconciencia de los seres humanos se ha visto seriamente cuestionada por los estudios especializados, cuyo impacto en el campo del Derecho penal conllevaría una fuerte dosis de determinismo. Sin embargo, los penalistas se han revelado frente a dicha consecuencia. En palabras de uno de los autores que más brillantemente ha expuesto la cuestión: «La libertad de la que hablamos los juristas como fundamento de un Derecho penal de la culpabilidad no es la mera posibilidad fáctica de actuar de otra manera en un momento concreto, sino **una creación social**»⁴³. De igual manera señala, «la idea de responsabilidad [...] es de naturaleza **adscriptiva** de acuerdo con reglas que tienen que ver con la configuración valorativa o normativa de la sociedad, es decir, conforme a criterios estrictamente normativos de imputación»⁴⁴. Y es que, como se ha indicado acertadamente «de la absolutización del determinismo de los procesos neuronales se deriva [...] que la consciencia, especialmente la auto-consciencia, pierde toda función»⁴⁵.

En definitiva, para salvar las críticas del neurodeterminismo, la ciencia del Derecho penal se ampara en que el Derecho penal goza de la suficiente autonomía para adscribir capacidad de cuestionamiento de la norma a determinados sujetos sobre la base no de una constatación fáctica interna de los mismos –que las neurociencias muestran que es inexistente–, sino sobre la base de unas reglas determinadas por el propio ordenamiento jurídico-penal⁴⁶. Si la libertad decisiva para el Derecho penal de la culpabilidad es una «creación social», y la idea de responsabilidad penal es de naturaleza adscriptiva conforme a criterios estrictamente normativos de imputación, entonces las críticas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas basadas en supuestas capacidades internas fácticas de los individuos no pueden prosperar. Expresado

⁴³ BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ: «Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?», *InDret* 2/2011, pág. 13.

⁴⁴ BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ: «Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?», *InDret* 2/2011, pág. 21.

⁴⁵ Vid. GÜNTHER JAKOBS: «Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica», en Cancio Meliá/Feijoo Sánchez (eds.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, 2008, pág. 173 con referencias a la literatura especializada en neurociencias [Roth, Singer, etc.] y llevando a cabo una crítica a las mismas desde la autonomía del sistema jurídico para determinar sus reglas de imputación.

⁴⁶ Vid. por muchos BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ: «Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?», *InDret* 2/2011, págs. 13 y ss. con múltiples referencias a la discusión penal española y sobre todo alemana. No está de más recordar que este planteamiento ya se encuentra reflejado en GÜNTHER TEUBNER: «How the law thinks: Toward a constructivist epistemology of law» en *Law & Society Review* 23 (1989), págs. 727-757 [traducción al español de Carlos Gómez-Jara Díez, «El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructiva del Derecho» en Teubner, *El Derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, 2005, págs. 19-70] para referir la autonomía del sistema jurídico. En realidad, los autores que apelan a la libertad en Derecho penal como libertad normativa atribuida por el ordenamiento jurídico están defendiendo un grado notable de autonomía del Derecho, en definitiva, que dicha libertad es, en última instancia, una libertad construida por el Derecho para la aplicación de sus propias reglas jurídicas. Difícilmente puede formularse un ejemplo más claro de la autopoiésis jurídica, como Teubner indica en su trabajo.

de otra manera: cuanto más se acentúe la dimensión normativa en el reconocimiento de la capacidad de culpabilidad y en la adscripción de responsabilidad penal, más se posibilita la idea de la culpabilidad de las personas jurídicas y la consiguiente responsabilidad penal de las personas jurídicas.

De lo anterior parece colegirse un principio razonable. De la misma manera que «las neurociencias acabarán perfilando una nueva auto-comprensión del ser humano» y ello tendrá un impacto en las adscripciones de responsabilidad penal en los individuos⁴⁷, los avances en las ciencias de la organización y del *management* ya han tenido un impacto decisivo en dichas adscripciones a las personas jurídicas. La paulatina introducción de regímenes de responsabilidad penal de las personas jurídicas en todos los ordenamientos jurídico contemporáneos no es sino un reflejo de dicha evolución. La autorreferencialidad y autoorganización de las personas jurídicas han proporcionado esos indicios que el Derecho penal considera relevantes para atribuir culpabilidad e imponer sanciones penales. Pretender ahondar en lo fáctico para tratar de distinguir entre una culpabilidad «verdadera» de las personas físicas frente a una culpabilidad «normativa» de las personas jurídicas, no parece más que un mero ejercicio de voluntarismo.

Como resumen, el Derecho penal, como sistema, resulta selectivo a la hora de asignar la condición de «sujeto con capacidad de culpabilidad»⁴⁸. Exige la constatación de una serie de «indicios» de autorreferencialidad. En el caso de las personas físicas, indicios de una autoconciencia suficientemente desarrollada y compleja. El equivalente funcional en el caso de las personas jurídicas, consiste en indicios de una autoorganización suficientemente desarrollada y compleja. La libertad de autodeterminación, tanto para personas físicas como para personas jurídicas, es una adscripción que realizar el propio sistema jurídico-penal sobre la base de un indicios de autorreferencialidad. No tiene sentido una mayor exigencia de autorreferencialidad para las personas jurídicas, cuando la propia autorreferencialidad de la psique humana, a efectos de autodeterminación, es seriamente cuestionada por las ciencias cognitivas. Si el Derecho penal adscribe dicha libertad de autodeterminación, lo hace tanto para personas físicas como jurídicas, ambas con un determinado nivel de complejidad interna.

⁴⁷ BERNARDO FEJJOO SÁNCHEZ: «Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?», *InDret* 2/2011, pág. 48.

⁴⁸ En este sentido, TEUBNER/ZUMBANSEN indican que los sistemas sociales —como el Derecho— se comportan de una manera muy selectiva a la hora de atribuir la subjetividad, exigiendo la existencia de indicadores creíbles —«buenas razones»— de que tras la «máscara» de la persona, el sistema al cual se atribuye la subjetividad realiza operaciones autorreferenciales de cierta complejidad [TEUBNER, G./ZUMBANSEN, P.: «Rechtsverfremdungen: Zum gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels», en Teubner, Gunther (ed.), *Die Rückgabe des zwölften Kamels. Niklas Luhmann in der Diskussion über Gerechtigkeit*, 2000, págs. 208 y ss.] Los sistemas sociales por tanto, no atribuyen la condición de «persona» de manera aleatoria y arbitraria, sino que, como se observa, se comportan de forma muy selectiva. En efecto, debido a la autorreferencialidad, los sistemas sociales no tienen acceso a la autorreferencialidad interna de los artefactos comunicativos, pero tienen que generar las correspondientes estructuras para dichos artefactos. Por tanto, para las empresas esto supone que pueden llegar a convertirse en personas en Derecho penal cuando el sistema jurídico-penal tiene buenas razones para creer en su autorreferencialidad «sin poder verla». También señala WILLKE: *Grundlagen*, págs. 183 y s. que el criterio de la capacidad de ser sujeto es el mismo que para la identidad personal: la clausura operativa de una reproducción autorreferencial. Por lo tanto, «una «identidad sistémica» o «corporativa», para poder convertirse en realidad, tiene que estar asegurada internamente y externamente adscrita» (pág. 184).

POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Carlos Granados Pérez
Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

Es un gran honor colaborar en una obra colectiva en homenaje a D. JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN, querido compañero de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con el que tuve la satisfacción de compartir quehaceres profesionales y ello me permitió participar de sus profundos conocimientos de Derecho Penal. La aportación de JOSÉ MANUEL MAZA al mejor conocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, materializada en la Sentencia 154/2016, de 29 de febrero, de la que fue ponente, es y será un referente obligado en el estudio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por ello al aportar, en su homenaje, estas páginas sobre la posición del Tribunal Supremo sobre esa cuestión, me satisface enormemente reconocer que participo de los fundados razonamientos que plasmó en todas sus intervenciones y especialmente en la Sentencia a la que hecho mención.

No quiero dejar de señalar que junto a un gran jurista, JOSÉ MANUEL MAZA era un hombre bueno, y que todos los que tuvimos el lujo de compartir su amistad siempre le tendremos en nuestros más queridos recuerdos.

SUMARIO

I. POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. II. REFORMA DEL ART. 31 BIS POR LO 1/2015, DE 30 DE MARZO. III. POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO. SENTENCIA 154/2016, DE 29 DE FEBRERO. IV. CONCLUSIÓN.

I. POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Es cuestión básica, como señala el profesor KLAUS TIEDEMANN, saber qué autor material puede desencadenar la responsabilidad de la persona jurídica, es decir, quién puede comprometer su responsabilidad penal.

Y no es menos importante determinar el fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas. Es definitiva que modelo de imputación se debe seguir en relación a las personas jurídicas.

Una vez introducida la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el artículo 31 bis del Código Penal podemos distinguir dos periodos temporales, el texto original de ese artículo introducido por LO 5/2010 de 22 de junio y el texto vigente, tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo.

Antes de la reforma de 2015 se disponía en el apartado primero de dicho artículo que en los supuestos previstos en este Código –*numerus clausus*, es decir solo en los delitos que expresamente se admita– 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.

De acuerdo con esa inicial redacción podían comprometer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en primer lugar, sus representantes y administradores de hecho o de derecho que hubieran cometido un delito en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho. En segundo lugar, los sometidos a los representantes o administradores de hecho o de derecho —es decir cualquier empleado— que hayan podido cometer el delito por no haberse ejercido sobre ellos el debido control, siempre que sea en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la persona jurídica.

Al analizar el primer supuesto de imputación a las personas jurídicas, esto es, cuando se trata de delitos cometidos por sus representantes o administradores de hecho o de derecho, en la doctrina surgieron dos modelos o posiciones bien diferenciadas para imputar a la persona jurídica la responsabilidad penal, uno que se basa en establecer una responsabilidad por hecho de otro, en este caso su representante o administrador, y el otro modelo es el que atribuye la responsabilidad a la persona jurídica por hecho propio.

La primera posición doctrinal entendía que el artículo 31 bis había acogido el llamado modelo de transferencia o atribución o de responsabilidad derivada de la persona física que ha cometido el delito que sirve de referencia o punto de conexión negando que la persona jurídica responda por algo que reside en ella misma o que implique una responsabilidad directa. Este fue el criterio seguido por la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado que se decantó por el sistema vicarial o de transferencia y expresa que la tipicidad, los criterios de imputación objetiva y subjetiva, el dolo o la imprudencia, así como todos los demás elementos de la infracción, deben residenciarse en las personas físicas. En definitiva la persona jurídica responde penalmente por el solo hecho de que una persona física que es su representante o administrador de hecho o de derecho haya cometido un delito en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su provecho.

Otro sector doctrinal consideró que este modelo vicarial, de transferencia o de heteroresponsabilidad estaba muy próximo a un sistema de responsabilidad objetiva que se consideraba superado en cuanto el principio de culpabilidad constituye uno de los básicos del Derecho Penal. En esta posición se defendía que la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede ser la coartada para abdicar de principios básicos del derecho penal como son el principio de culpabilidad o la prohibición de responsabilidad por hechos ajenos, básicamente reconocidos en los artículos 5 y 10 del Código Penal.

Así, el artículo 5 del Código Penal proclama que no hay pena sin dolo o imprudencia y el artículo 10 de ese mismo texto legal dispone que son delitos o faltas las acciones y omisiones doloosas o imprudentes penadas por la Ley. Y no hay ningún precepto que excluya a las personas jurídicas, a las que se les reconoce responsabilidad penal, de la aplicación de estos preceptos.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 246/1991, de 19 de diciembre, es especialmente significativa acerca de la compatibilidad de las personas jurídicas con el principio de culpabilidad, aunque estuviese referida al Derecho Administrativo sancionador, y en ella se expresa que la

Constitución Española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal y que este principio rige también en materia de infracciones administrativas, resultando inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa –STC 76/1990–.

Se habla de culpabilidad pero con un sentido diferente al manejado normalmente en materia de personas físicas: se basa en la capacidad de infracción de la norma. Se dice que falta en las personas jurídicas el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidas. Esta posición, al tener en cuenta el actuar de la persona jurídica, es más respetuosa con el principio de culpabilidad.

Así, la negada capacidad de acción de las personas jurídicas es consecuencia de la vinculación del concepto de acción a lo psicológico y a lo corporal, dificultades que desaparecen si se superan las formulaciones psicológicas de la acción. En este sentido, siguiendo a GÜNTHER JAKOBS, se afirma que la acción no se comprueba de forma absolutamente natural sino que debe formularse un concepto normativo de acción, y desde esta concepción no existe problema alguno para admitir que también las personas jurídicas son destinatarias de las normas; que también ellas pueden defraudar expectativas; y, en definitiva, que también ellas son sujetos que pueden realizar acciones.

Mayores dificultades ha presentado habitualmente la fundamentación de la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas. Se ha propuesto fundamentar la responsabilidad en la culpabilidad por déficit de organización o defectuosos funcionamiento de la persona jurídica.

Y en lo que concierne a la negada capacidad de pena, se afirma que esa problemática desaparece con una fundamentación funcional de la pena. Hay penas que indudablemente no pueden ser impuestas a las personas jurídicas, otras sí, de indudable gravedad, como la disolución, y en la mayoría de las legislaciones consideran la pena de multa como la respuesta más común.

LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, en un artículo publicado en la revista *La Ley*, se mostró crítico con el modelo de imputación defendida por la Circular de la Fiscalía a la que atribuye el establecimiento de una responsabilidad objetiva incompatible con el principio de culpabilidad, sostiene que el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica no será sólo que una persona física con ella vinculada haya cometido un delito sino también y sobre todo su vinculación (la de la persona jurídica) objetiva y subjetiva con el hecho delictivo y no sólo con el autor del mismo. Añade que el referente tendrá que ser la constatación de un defecto de organización o de funcionamiento de la entidad jurídica, que permitió sin preverlo y evitarlo que su administrador, representante o dependiente cometiera ese delito. Ciertamente que la literalidad del primer párrafo del apartado 1º del art. 31 bis no incluya tal referencia, pero dice que siempre es posible una interpretación extensiva *in bonam partem* y sistemática (art. 3 CC) en conexión con los artículos 1, 9, 10, 24 y 25 CE y artículos 5 y 10 del CP.

Se defiende, pues, que la responsabilidad de las personas jurídicas exige afirmar una propia culpabilidad como sucede en las personas físicas, si bien diferenciada y la mayoría de la doctrina la sitúa en un déficit de organización que ha posibilitado la comisión del delito.

Y si la culpabilidad supone la posibilidad de elegir. Habrá culpabilidad en aquellos casos que la persona jurídica tuvo capacidad de control y no lo ejerció o permitió una defectuosa organización.

El otro sujeto que podía comprometer la responsabilidad penal de la persona jurídica es el empleado.

Como antes se dejó expresado el artículo 31 bis tipificaba un segundo caso de responsabilidad penal de las personas refiriéndose a los sometidos a los representantes o administradores de hecho o de derecho —es decir cualquier empleado— que hayan podido cometer el delito por no haberse ejercido sobre ellos el debido control, siempre que sea en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la persona jurídica.

En este caso, se construye la responsabilidad por aquellas actividades delictivas propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados.

En este supuesto el legislador sí se ha pronunciado expresamente sobre el elemento clave de conexión para afirmar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Sería la ausencia del “debido control”; es decir un fallo de supervisión, un ejercicio defectuoso de facultades de seguimiento, vigilancia y control sobre el personal de la persona jurídica, una ausencia de mecanismos establecidos para ese control o un descuidado desempeño de esos mecanismos. Este segundo supuesto no plantearía problemas con el principio de culpabilidad.

ENRIQUE BACIGALUPO, en un trabajo que lleva como título «Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de cumplimiento *compliance*», sostiene que el legislador español no ha optado por una «doble vía», en el sentido de doble sistema de responsabilidad de las personas jurídicas, sino por un sistema de doble autoría de los hechos imputables a la persona jurídica, en cuanto son contempladas dos categorías de autores individuales: a) los administradores y representantes con facultades de obligar a la persona jurídica, y b) los que están sometidos a la autoridad de los que se acaban de mencionar, por cuyos hechos también responderá la persona jurídica si éstos empleados sometidos «han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control».

En esta posición doctrinal se asume que el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica se sitúa en un defecto de organización, que debe estar presente en los dos supuestos de autoría previstos en el artículo 31 bis del Código Penal como elemento que legitime tal responsabilidad, y se señala que aunque parezca que el déficit de organización habría sido establecido como presupuesto de la punibilidad de las personas jurídicas sólo para el caso de infracción de deberes de vigilancia de los administradores sobre sus subordinados, sin embargo se sostiene que el déficit de organización debe ser también un presupuesto de la responsabilidad penal de la persona jurídica en todos los casos, es decir, también cuando los delitos que se imputan hayan sido cometidos por personas que tienen poderes de representación. Habrá que entender que en el supuesto de los hechos de los representantes legales o administradores el requisito legitimante de la culpabilidad de organización está implícito.

Señala JACOBO BARJA DE QUIROGA que en este modelo de culpabilidad de organización, la carga de la prueba de la acusación consistirá en acreditar que no se ha diseñado, implantado, difundido y actualizado periódicamente un sistema de control interno en el seno de la entidad que pueda prevenir y detectar las conductas delictivas.

Esto nos permite enlazar con los llamados programas de *compliance* o programas para la prevención de la responsabilidad penal de las empresas, sus directivos y empleados.

Para aquellos que defienden que la culpabilidad de organización debe ser un presupuesto general de la responsabilidad de las personas jurídicas, resulta lógico que éstas organicen para la prevención de su eventual responsabilidad penal, un sistema de control interno con el fin de asegurar la legalidad de la actuación de los órganos y de las personas a ellos subordinadas.

Se señala que empresas en Europa y en EEUU han adoptado normas similares a través de códigos éticos, códigos de conducta o de integridad que definen como programas de cumplimiento legal (*compliance-programme*). Estos programas tienden a impedir la comisión de hechos delictivos y vienen a establecer un alto grado de transparencia en la gestión y proteger no sólo intereses de la empresa, sino también los de terceros contratantes, consumidores e incluso sociales.

El Consejo General del Poder Judicial, en su informe sobre el Proyecto que introducía la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sugirió la conveniencia de introducir un precepto similar al previsto en el artículo 6 de la Ley italiana que excluye expresamente la responsabilidad de las personas jurídicas cuando se hayan cumplido las exigencias del modelo de prevención.

Si se parte de que la culpabilidad de organización es un elemento legitimante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la imputación de un delito a la persona jurídica sólo será legítima si se comprueba dicha culpabilidad de organización. Se añade que un programa de prevención que pretenda ser relevante a los efectos de la culpabilidad debe abarcar no sólo el deber de observar los mandatos legales (deber de legalidad) sino también, especialmente en el derecho de sociedades, el deber de instaurar un departamento especial de control y vigilancia, y el nombramiento de un comisionado de *compliance* (*compliance officer*) dentro de un departamento especializado, cuyas funciones básicas son las de vigilancia, asesoramiento, advertencia y de evaluación de los riesgos legales de gestión, para el cumplimiento de la ley y de principios éticos.

La función de vigilancia tiene especial importancia respecto a la prevención y supervisión de conductas que puedan dar lugar a un número considerable de delitos. Especialmente se señalan la corrupción entre particulares (art. 286. bis CP), negocios prohibidos al *insider* (art. 285 CP), delitos relativos al mercado y a los consumidores (art. 288 CP), blanqueo de capitales (arts. 301 y 302. bis CP), delitos fiscales (art. 310. bis CP), delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (arts. 327 y 328.4 CP), delitos contra el medio ambiente (art. 343.3 CP).

Eso sí, hay que dejar bien claro que la mera existencia de un programa de prevención de ilícitos o programa de cumplimiento no es suficiente para excluir o atenuar la responsabilidad penal de las personas jurídicas ya que eso solo podría producirse si queda acreditado que se ha aplicado correctamente y que se ha ejercido el debido control.

II. REFORMA DEL ART. 31 BIS POR LO 1/2015, DE 30 DE MARZO

Llegamos a la reforma operada en el artículo 31 bis del Código Penal por LO 1/2015, de 30 de marzo, que además de modificar ese precepto incorpora los nuevos artículos 31 ter, 31 quater, y 31 quinquies.

Y nos preguntamos por cuál de las dos posiciones doctrinales –heterorresponsabilidad basada en el hecho ajeno o la autorresponsabilidad basada en el hecho propio– se ha inclinado la nueva redacción de la responsabilidad de las personas jurídicas en el Código Penal.

El preámbulo de la LO 1/20125, de 30 de marzo, parece resolver la disyuntiva a favor de la autorresponsabilidad por el hecho propio cuando expresa que la responsabilidad de las personas jurídicas se fundamenta en el quebranto del debido control, especialmente cuando añade

que «se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial».

Resulta evidente que se rechaza expresamente el régimen de responsabilidad vicarial o responsabilidad por hecho ajeno defendido por una posición doctrinal y por la Circular de la Fiscalía a la que antes se hacía referencia.

Y el nuevo texto del artículo 31 bis ciertamente va en esa dirección cuando expresamente exime de responsabilidad a las personas indicadas en el apartado a), refiriéndose a los representantes legales, o a quienes toman decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma, si se cumplen las siguientes condiciones:

1ª) El órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2ª) la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3ª) los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención y 4ª) no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano a que se refiere la condición 2ª.

Añade dicho artículo 31 bis, en su nueva redacción, que si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1 (quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso), la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Esa decidida posición por la propia responsabilidad y, consiguientemente, culpabilidad directa de las personas jurídicas, no impide que otros autores sigan defendiendo que el fundamento de la responsabilidad de las personas se sitúa en la responsabilidad de las personas físicas (heterorresponsabilidad) y en esa misma dirección se pronuncia la nueva Circular 1/2016, de 22 de enero, de la Fiscalía General del Estado, que en su primera conclusión señala que «la LO 1/2015 mantiene el fundamento esencial de atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica de tipo vicarial o por representación...». Si bien reconoce, en la conclusión 2ª que «no obstante, la reforma avanza en el reconocimiento de la responsabilidad autónoma de la persona jurídica por medio de la regulación de los programas de organización y gestión, a los que atribuye valor eximente bajo determinadas condiciones».

III. POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

Se esperaba un pronunciamiento del Tribunal Supremo para que en su labor de unificación en la aplicación del ordenamiento jurídico clarificase la interpretación del artículo 31 bis ante las

distintas posiciones mantenidas en la doctrina y si coincidía o no con el criterio seguido por las Circulares de la Fiscalía General del Estado.

Ese pronunciamiento todavía no se había producido cuando por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, se da nueva redacción al artículo 31 bis del CP y se introducen los nuevos artículos 31 ter, 31 quater, y 31 quinquies.

Después de esa reforma, son varias las sentencias de la Sala Penal que analizan el alcance de la responsabilidad penal de las personas jurídicas si bien examinaremos con más detenimiento la Sentencia 154/2016, de 29 de febrero, especialmente cuando se trata de una sentencia dictada por el Pleno jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y en ella se examinan las más importantes cuestiones que surgen de la nueva redacción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como consecuencia de la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo.

La primera sentencia que se refiere a la responsabilidad penal de las personas jurídicas es la 514/2015, de 2 de septiembre, que tiene un alcance limitado sobre el tema que examinamos ya que se ciñó a resolver acerca de la extensión a una persona jurídica de los efectos favorables derivados de la estimación de un recurso de casación formalizado por la persona física. En todo caso es de destacar que en ella se expresa que «ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal». Y no cabe duda que uno de esos principios irrenunciables es el principio de culpabilidad.

En la Sentencia 221/2016, de 16 de marzo, vino a confirmar lo declarado en la Sentencia 154/2016, de 29 de febrero, en cuanto fundamenta la responsabilidad por el hecho propio al declararse que «... son, por tanto, dos los sujetos de la imputación, cada uno de ellos responsable de su propio injusto y cada uno de ellos llamado a defenderse con arreglo a un estatuto constitucional que no puede vaciar su contenido en perjuicio de uno u otro de los acusados».

En la Sentencia 516/2016, de 13 de junio se reitera la independencia de la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad, criterio de autorresponsabilidad de las personas jurídicas que se ratifica en la Sentencia del Tribunal Supremo 668/2017, de 23 de octubre.

La sentencia 31/2017, de 26 de enero, se refiere a los posibles conflictos de intereses cuando coincide el representante de la persona jurídica con la persona física que ha cometido el delito y así declara que esta Sala ha señalado (STS nº 154/2016, de 29 de febrero) las precauciones que han de adoptarse cuando se trata de designar al representante de la persona jurídica en las causas en las que aparezca como investigada, imputada o acusada de delito, con la finalidad de garantizar un adecuado ejercicio del derecho de defensa evitando los conflictos de intereses con las personas físicas a las que se imputan hechos delictivos en las mismas causas.

En la Sentencia 121/2017, de 23 de febrero, se examina el art. 318 del CP referido a cuando los delitos contra los derechos de los trabajadores se atribuyeran a personas jurídicas y se hace eco de la crítica doctrinal sobre la no inclusión de esos delitos en el listado en los que cabe opere el art. 31 bis.

En la sentencia 455/2017, de 21 de junio, se reitera que la responsabilidad penal de la persona física (administrador o representante legal o persona que actúe individualmente o como integrante de un órgano de la persona jurídica) es autónoma de la del ente social.

Y en la Sentencia 583/2017, de 19 de junio, se examina la protesta por no haberse concedido a la persona jurídica la posibilidad de efectuar unas últimas alegaciones en el trámite previsto en el art. 739 LECrim (derecho a la última palabra), protesta que es desestimada ya que en este caso la persona física es el auténtico y único propietario de la sociedad (al 100%) y ha gozado de todos los derechos y entre ellos el derecho a la última palabra y que dado el desarrollo del juicio oral no se ha producido indefensión.

IV. SENTENCIA 154/2016, DE 29 DE FEBRERO

Centraremos nuestra atención, por su mayor alcance, en la Sentencia 154/2016, de 29 de febrero. La sentencia que comentamos, en primer lugar, ratifica lo ya declarado en la sentencia 514/2015, de 2 de septiembre, y expresa que los derechos y garantías constitucionales como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia y el derecho a un proceso con todas las garantías amparan también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas.

Por otra parte, en el tema de especial interés como es el fundamento de la responsabilidad se inclina, claramente, por la responsabilidad de la persona jurídica por el hecho propio. Así se declara que lo que no admite duda, visto el texto legal (art. 31 bis CP, especialmente tras la Reforma de la LO 1/2015) es el hecho de que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización. Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 párrafo 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica. Y ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual art. 31 bis 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física.

Dos cuestiones básicas se abordan en esta Sentencia en los párrafos que acabamos de mencionar. La primera es que sitúa el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica, de su propia responsabilidad, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho o en otros términos, por la ausencia de las medidas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos. La segunda cuestión y no es menos importante, es que esa omisión o ausencia se considera el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y ello comporta que sea la acusación la que debe acreditar que no concurre esa causa de exención.

Por todo ello, se muestra discrepante de la posición seguida por la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, que considera la existencia de eficaces mecanismos de control o modelos de organización y gestión, con los requisitos precisos, en las proximidades de una *excusa absolutoria*, vinculada a la punibilidad, lo que la sentencia que comentamos la califica de afirmación discutible si tenemos en cuenta que una *excusa absolutoria* ha de partir, por su propia esencia, de la previa existencia de la responsabilidad, cuya punición se excluye, mientras que a nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción y, en consecuencia, se dice que de que cuya acreditación por ello habrá de corresponder a la acusación, en caso de no tomar la iniciativa la propia persona jurídica de la búsqueda inmediata de la exención corriendo con la carga de su acreditación como tal eximente.

Otras cuestiones abordadas en la sentencia que comentamos:

Conflicto de intereses:

Se examina la posible existencia de conflicto de intereses cuando el mismo letrado defiende a la persona jurídica y a la persona física también acusada y se dice que eso podría producir indefensión y que supone una irregularidad que hay que evitar.

Beneficio directo e indirecto:

La reforma operada en el art. 31 bis por LO 1/2015, de 30 de marzo, sustituye «en su provecho», referido a la persona jurídica, por «beneficio directo e indirecto».

Sobre este elemento del delito se nos dice en la sentencia que comentamos que convendría dejar claro desde ahora que ese término de *provecho* (o *beneficio*) hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete. Lo que obligará a los Tribunales, en cada supuesto concreto, a matizar sus decisiones en esta materia, buscando la existencia de una verdadera relación entre el delito cometido y la obtención de la ventaja, provecho o beneficio, directo o indirecto.

Voto particular:

No se puede dejar de mencionar el voto particular que se incorpora a la Sentencia 154/2016, de 29 de febrero, suscrito por destacados Magistrados de la Sala.

No se cuestiona que el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentre en la ausencia de medidas eficaces de prevención y control de su funcionamiento

interno pero en ese voto particular no se comparte que esta ausencia se pueda calificar, en la específica regulación vigente, como «*el núcleo de la tipicidad*» o como un elemento autónomo del tipo objetivo definido en el art 31 bis, 1º CP 2015, según se considera en la sentencia mayoritaria al analizar la naturaleza de la eximente prevenida en el apartado segundo del citado precepto.

Los presupuestos específicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o elementos del tipo objetivo a que se refiere la sentencia mayoritaria, se dice en el voto particular que vienen expresamente definidos por el legislador en los párrafos a) y b) del apartado 1º del art 31 bis CP, y estos son los que deben ser probados por la acusación, y expresamente reflejados en el relato fáctico de la sentencia, para permitir la subsunción jurídica adecuada. No se incluye, pues, en el tipo objetivo la exención de responsabilidad prevista en el apartado 2º. Se dice que no se pretende, con esta afirmación, otorgar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas una naturaleza objetiva. La persona jurídica es responsable penalmente de los delitos cometidos por sus representantes o dependientes en el contexto empresarial, societario o asociativo (art 31 bis 1o CP), porque es culpable pero esta culpabilidad la infiere el legislador, en el apartado a) del art 31 bis CP, del hecho de permitir que sus representantes cometan un acto delictivo, en nombre y por cuenta de la sociedad y en su beneficio. Y se fundamenta en los principios generales de la *culpa in eligendo* y la *culpa in vigilando*.

Se añade que la ausencia de los modelos de organización, gestión o prevención no constituye un elemento adicional del tipo objetivo que deba ser acreditado por la acusación.

La circunstancia específica de exención de la responsabilidad penal para los supuestos en que la persona jurídica disponga de determinados instrumentos eficaces para la prevención de delitos en su seno, cuya concurrencia deberá comprobarse en cada caso. Ahora bien, se dice en ese voto particular, que no se aprecia razón alguna que justifique alterar las reglas probatorias aplicables con carácter general para la estimación de circunstancias eximentes, imponiendo que en todo caso corresponda a la acusación la acreditación del hecho negativo de su no concurrencia y que constituye una regla general probatoria, consolidada en nuestra doctrina jurisprudencial, que las circunstancias eximentes, y concretamente aquellas que excluyen la culpabilidad, han de estar tan acreditadas como el hecho delictivo y corresponde a quien las alega aportar una base racional suficiente para su apreciación. Y que no procede constituir a las personas jurídicas en un modelo privilegiado de excepción en materia probatoria, imponiendo a la acusación la acreditación de hechos negativos (la ausencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito), sino que corresponde a la persona jurídica alegar su concurrencia.

Asimismo se dice que si se considerara que «la ausencia de una cultura de respeto al derecho» constituye el núcleo de la tipicidad y que debe ser acreditado en cada caso por la acusación para que pueda prosperar su pretensión de condena, es indudable que este presupuesto debería haberse declarado expresamente probado en el relato fáctico de la sentencia de instancia, para que se pudiera confirmar la condena de las personas jurídicas y que analizado minuciosamente el relato fáctico, no cabe apreciar en momento alguno que se declare probado que las empresas condenadas careciesen de «una cultura de respeto al derecho», o más simplemente que «careciesen de los instrumentos adecuados y eficaces para la prevención del delito».

Por último, se concluye que están conformes en el resto de los pronunciamientos de la sentencia mayoritaria, y también con el contenido del fallo, y se dice que suscriben un voto concurrente con las discrepancias que se han dejado apuntadas.

IV. CONCLUSIÓN

No puede decirse que la respuesta jurisprudencial a los principales problemas que plantea la interpretación del artículo 31 bis ya esté definitivamente dada y cerrada, pero indudablemente la sentencia que comentamos ha dado un paso relevante en esa interpretación y a ese pronunciamiento deberemos atenernos salvo que sentencias posteriores cambien motivadamente de criterio, lo que espero no se produzca.

Son muchas más las cuestiones que pueden plantearse en relación a la interpretación del art. 31 bis del Código Penal. Cuándo se considera que se ha incumplido gravemente, como exige el tipo, los deberes de supervisión y vigilancia sobre los empleados; cuándo se considera que se han adoptado y ejercitado con eficacia los modelos de organización y gestión; cuándo se cumplen los requisitos con los que debe actuar el órgano de supervisión del modelo de prevención; cuándo se considera que ha existido fraude por los autores materiales del delito; cuándo estamos ante una acreditación parcial para que pueda ser valorada como una atenuante. Son igualmente de interés las cuestiones procesales relacionadas con la designación de la persona física que representa a la persona jurídica así como la tentativa y la responsabilidad de las personas jurídicas en supuestos de delitos imprudentes en aquellos delitos que está prevista esta modalidad delictiva.

Lo que no cabe duda es que las sentencias del Tribunal Supremo a las que hemos hecho referencia ya han dejado esclarecido que las personas jurídicas gozan de las mismas garantías y derechos de las personas físicas y que su responsabilidad se sustenta en su propia culpabilidad. Pasos importantes que confío se irán consolidando en futuras sentencias.

PERSONAS JURÍDICAS EXENTAS Y PERSONAS JURÍDICAS EXCLUIDAS DE RESPONSABILIDAD PENAL

Alejandro Luzón Cánovas

SUMARIO

I. DELIMITACIÓN DEL TEMA; II. PERSONAS JURÍDICAS EXENTAS DE RESPONSABILIDAD: 1. La capacidad para ser parte. 2. El fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas en el art. 31 bis.1. 3. Las denominadas personas jurídicas *imputables e inimputables*. 4. Las sociedades instrumentales o *pantalla*. 5. Las pequeñas empresas; III. PERSONAS JURÍDICAS EXCLUIDAS DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL: 1. Las personas jurídicas públicas excluidas del régimen de responsabilidad penal. 2. Las fundaciones públicas. 3. Las sociedades mercantiles públicas 4. Los supuestos controvertidos. 4.1. Los partidos políticos. 4.2. Los Colegios profesionales 4.3. Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación. 4.4. Las sociedades profesionales.

I. DELIMITACIÓN DEL TEMA

La controversia en torno a la responsabilidad de las personas jurídicas, en absoluto novedosa, se ha intensificado en los últimos años ligada al avance de la criminalidad empresarial en los llamados delitos económicos. Es una evidencia que la persona jurídica interviene de forma generalizada en el tráfico jurídico y económico, con un indiscutible protagonismo en la delincuencia económica, lo que ha llevado a reconocer la existencia, junto a la criminalidad en la empresa, de una verdadera criminalidad de la empresa, expresión acuñada por SCHÜNEMANN¹ y generalizada hoy en la doctrina.

La consideración de la persona jurídica como sujeto del Derecho penal responde a la necesidad de dar respuesta a los problemas de una sociedad moderna, cuya complejidad no puede ser explicada solo a partir del ser humano, existiendo cierto acuerdo en que la exclusiva punición del individuo no hace desaparecer la peligrosidad del ente colectivo ni protege suficientemente los bienes jurídicos en riesgo. En parte ello es debido a que la determinación de responsabilidades individuales en el ámbito societario resulta cada vez más complicada por la propia naturaleza de la actividad empresarial, regida por principios de especialidad, de división del trabajo y de complementariedad en la persecución de objetivos comunes, que dificultan extraordinariamente individualizar la responsabilidad de un sujeto concreto.

Esta realidad de la criminalidad empresarial explica que diversos organismos e instituciones europeas e internacionales vengán abogando en los últimos años por dar una respuesta directa a la

¹ SCHÜNEMANN, B.: *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*, ADPCP, mayo-agosto 1988.

peligrosidad de las personas jurídicas, introduciendo la previsión de responsabilidad corporativa, casi como una cláusula de estilo, en diferentes convenios, recomendaciones y decisiones².

España, obligada a establecer un sistema sancionador efectivo para la criminalidad de las personas jurídicas, optó por la vía penal en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. La solución adoptada por el legislador fue temprana y ampliamente criticada no solo por quienes en el ámbito doctrinal defienden el hoy casi liquidado principio *societas delinquere non potest* sino también por una mayoría de la doctrina que consideraba la regulación deficiente y confusa en muchos de sus aspectos esenciales.

Ello determinó que en septiembre de 2013, apenas tres años después de su entrada en vigor, el Gobierno remitiera a las Cortes un nuevo Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal que, tras su tramitación parlamentaria dio lugar a la LO 1/2015, de 30 de marzo, que vino a incorporar a nuestro Derecho Penal los programas de cumplimiento normativo o *corporate compliance programs*, con valor para eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas, sin duda el aspecto más novedoso y trascendental de la reforma de la responsabilidad de las personas jurídicas, aunque venga acompañado de otros significativos cambios que pretenden, conforme a su Preámbulo, «una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», entre ellos los referidos a las sociedades excluidas de responsabilidad.

El presente trabajo aborda precisamente el ámbito subjetivo de la responsabilidad penal de la persona jurídica distinguiendo entre las personas jurídicas *exentas*, aquellas a las que no alcanza el régimen del art. 31 bis.1 CP, y las personas jurídicas públicas *excluidas* de responsabilidad en el art. 31 quinquies CP. Respecto de las primeras, se analizan los criterios que determinan qué personas jurídicas quedarían fuera del novedoso sistema punitivo, pese a cumplirse formalmente los presupuestos de transferencia de responsabilidad del art. 31 bis. 1. Se parte en tal análisis del fundamento de la responsabilidad penal corporativa, que no se encuentra tanto en una peligrosidad genérica de la persona jurídica por el hecho de serla sino en la ya referida criminalidad empresarial, específicamente vinculada a determinados delitos de índole económica.

En cuanto a las personas jurídicas públicas excluidas del régimen de responsabilidad en el art. 31 quinquies CP, las imprecisiones del precepto y las consiguientes dudas que suscita la inclusión en su ámbito de aplicación de determinados entes de naturaleza mixta público privada invitan a un análisis de algunos de los supuestos más controvertidos.

II. PERSONAS JURÍDICAS EXENTAS DE RESPONSABILIDAD

1. La capacidad para ser parte

El Código Penal no define la persona jurídica, concepto más amplio que el de sociedad a que sí se refiere la enumeración de su art. 297, limitada al capítulo de los delitos societarios.

² Algunos organismos, como la OCDE (art. 2 del Convenio OCDE de 17-12-1997 de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales) o el Consejo de Europa (art. 8 del Convenio ETS nº 173 contra la corrupción, hecho en Estrasburgo el 27-1-1999), recomiendan claramente el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como forma de respuesta más adecuada a ciertas formas de criminalidad. Otros, como Naciones Unidas o el GAFI, aprueban la imposición tanto de sanciones penales como civiles o administrativas y esta es también la postura de la Unión Europea que, en cumplimiento del objetivo de lograr una política criminal compartida entre los Estados Miembros, ha dictado en las pasadas décadas numerosas Decisiones Marco y Directivas en las que exige que las sanciones a las personas jurídicas sean efectivas, proporcionales y disuasorias, aunque no necesariamente penales.

Resulta así necesario acudir a la legislación extrapenal, civil y mercantil. El Código Civil, en su art. 35, considera personas jurídicas a las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley y a las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados. Por su parte, el art. 116 del Código de Comercio define el contrato de compañía mercantil «por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro» y que tendrá «personalidad jurídica en todos sus actos y contratos» una vez constituida.

La capacidad para ser parte de las personas jurídicas viene reconocida en el art. 6.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, una vez que queden válidamente constituidas, instante mismo desde el que empieza su personalidad (art. 35.1º CC). En cuanto a los requisitos constitutivos de las diferentes asociaciones y sociedades reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, será de aplicación, en cada caso, 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. Por lo que se refiere a las entidades extranjeras que, conforme prevé el art. 9.11 del Código Civil, se rigen por su ley personal, en todo lo relativo a su capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción habrá que estar a la legislación nacional que les sea propia.

El Código Penal deja fuera del régimen de incriminación de las personas jurídicas a las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas carentes de personalidad jurídica, que quedan sometidos a las consecuencias accesorias del art. 129 CP. No es el propósito del presente trabajo profundizar en esta distinción, pero sí dejar constancia, en primer lugar, de la dificultad para vislumbrar el criterio seguido por el legislador para asignar uno u otro régimen en esta peculiar doble vía sancionadora. En segundo lugar, que la personalidad jurídica como criterio de distinción entre entes colectivos se encuentra hoy superado por la realidad de la vida de los negocios y por criterios de imputación como la existencia de unidad económica o de un patrimonio autónomo del ente colectivo, tenga o no personalidad jurídica³. Por otra parte, la causa de exoneración de responsabilidad establecida en el art. 31 bis. 2 está evidentemente pensada para tales realidades económicas, con independencia de su personalidad jurídica, lo que genera la dificultad de aplicar toda la regulación del *compliance* penal a personas jurídicas sin una actividad propiamente empresarial o comercial, como los partidos políticos o los Colegios profesionales, según se analizará luego.

2. El fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas en el art. 31 bis.1

El Preámbulo (III) de la LO 1/2015 asegura que la finalidad de la reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es «delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal» y con ello poner «fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial». Parece así que la reforma pretende aclarar que el modelo establecido en 2010 no consagraba una responsabilidad vicarial o por representación, sino directa o autónoma.

³ BACIGALUPO SAGESSE, S.: «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos», en *Cuadernos Penales José María Lidón*, núm. 8, Deusto Digital, Bilbao, 2011, pág. 20.

Sin embargo, las dudas subsisten, lo cual no debe sorprender pues, como bien señala la STS 221/2016, de 16 de marzo, frenando de alguna manera el debate abierto en la propia Sala Segunda tras la STS 154/2016 de 29 de febrero (dictada por el Pleno pero contestada por un voto particular firmado por siete magistrados), «En pocas materias como la que ahora nos ocupa las soluciones dogmáticas son tan variadas. El debate parece inacabable y el hecho de que algunos de los autores que han abanderado las propuestas más audaces a la hora de explicar la responsabilidad de las personas jurídicas, hayan rectificado sus planteamientos iniciales, es indicativo de que a un catálogo tan abierto de problemas no se puede responder con un repertorio cerrado y excluyente de soluciones». Ello no obstante, la STS 516/2016, de 13 de junio sí se pronuncia claramente sobre el modelo de responsabilidad cuando indica que «En el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema vicarial, siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad».

Sin ánimo lógicamente de cerrar debate alguno, aquí se mantiene que el modelo de atribución de la responsabilidad corporativa continúa pivotando sobre la comisión de un delito por las personas físicas a las que se refieren las dos letras del art. 31 bis. 1 en las concretas circunstancias que detalla. El aptdo. 1 del art. 31 bis mantiene de la regulación original de 2010 los dos presupuestos o criterios de conexión que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. El primero lo generan los delitos cometidos por las personas con mayores responsabilidades en la entidad, administradores en sentido amplio, y el segundo los cometidos por las personas indebidamente controladas por aquellas. En ambos casos se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica. Quiere ello decir que, antes y después de 2015, se ha implantado un modelo en el que no es la persona jurídica la que delinque, sino la que responderá en algunos casos y con ciertas condiciones por algunos delitos cometidos por personas físicas vinculadas con ella.

Los elementos que permiten afirmar que se trata de un modelo de responsabilidad vicarial se compendian en la Circular 1/2016 de la FGE y aunque existen también en la regulación de 2015 rasgos de responsabilidad autónoma de la empresa, no llegan a cimentar un sistema de imputación propio de la persona jurídica en sentido estricto, que exigiría un dolo o culpa de la propia persona jurídica que la regulación española sigue sin contemplar⁴.

Que la defectuosa organización societaria no se configure en el art. 31 bis como elemento del tipo ni defina propiamente su culpabilidad viene a solventar uno de los principales escollos de la responsabilidad autónoma de la persona jurídica: la construcción de la culpabilidad, que la teoría de la representación resuelve sin dificultad porque realiza

⁴ Se refiere la Circular al propio tenor literal del art. 31 bis; a los distintos preceptos que contemplan la responsabilidad de la persona jurídica en la Parte Especial; a la sustitución del reflexivo original empleado en el art. 31 bis de 2010 («no haberse ejercido sobre ellos (los subordinados) el debido control») por la referencia a «haberse incumplido por aquéllos» que remite necesariamente a las personas físicas de la letra a) del art. 31 bis.1; a la ampliación del círculo de sujetos de dicha letra a) y en concreto al *compliance officer* entre quienes ostentan facultades de organización y control; a la sustitución de un genérico «debido control» por «los deberes de supervisión, vigilancia y control», que remiten a conductas individuales y a la conformidad de todo ello con el propio tenor literal de las correspondientes Decisiones Marco y Directivas que sectorialmente regulan las materias para las que se prevé la responsabilidad de las personas jurídicas.

el juicio de culpabilidad de la persona jurídica basada en la culpabilidad de la persona física⁵.

Mayores dificultades afronta el modelo de autorresponsabilidad a la hora de cimentar la culpabilidad de la persona jurídica, aunque no faltan variadas construcciones doctrinales que afrontan tan singular reto. Una tesis parte de que la sanción a la persona jurídica no exige su culpabilidad, sin que por eso dejen de ser sanciones de naturaleza jurídico-penal⁶, eludiendo así el problema. Otras propuestas elaboran nuevos conceptos de culpabilidad válidos solo para las personas jurídicas, aplicando los principios de la *actio libera in causa* y los delitos propios de omisión. Son las llamadas teorías de la culpabilidad de la empresa o de «autorresponsabilidad empresarial»⁷. Este modelo, en sus distintas variantes, resulta sin duda atractivo y ha seducido a buena parte de la doctrina que lo considera incorporado a nuestro ordenamiento en la reforma del art. 31 bis operada por la LO 1/2015 y, en concreto, tras el valor atribuido a los modelos de organización y control empresariales⁸.

Sin embargo, las cosas tal y como las presenta el Código se antojan mucho más sencillas, sin que sea preciso edificar un nuevo derecho penal a base de deconstruir los conceptos ya alcanzados tras siglos de reflexión a la búsqueda de un nuevo derecho penal que –y este es el reto fundamental– no deje de serlo.

3. Las denominadas personas jurídicas *imputables e inimputables*

Pese a que el fundamento de la imputación de la persona jurídica reside en la conducta delictiva de sus dirigentes o en el incumplimiento de sus obligaciones de control sobre los subordinados, la Circular 1/2016 de la FGE se refiere a *personas jurídicas imputables e inimputables*, lo que parece entrañar cierta contradicción dogmática con la responsabilidad vicarial de la persona jurídica que se proclama en la propia Circular.

⁵ Quienes mantienen esta posición, destacadamente HIRSCH, parten de la culpabilidad del órgano que realizó la acción, dado que la sociedad tiene una voluntad propia, que nace del encuentro y concierto de varias voluntades individuales, de tal modo que el elemento subjetivo de la infracción, la culpabilidad, no está ausente. El modelo de responsabilidad vicarial es acogido en el Reino Unido y en los códigos penales francés y portugués, optando en cambio por el modelo de autorresponsabilidad los códigos penales austriaco y suizo.

⁶ SHÜNEMANN apela a la existencia de un interés público predominante que se traduce en el estado de necesidad del bien jurídico, que justifica la intervención del Derecho penal, considerando que la infracción ha generado beneficios para la empresa y que se han producido fallas en las medidas de vigilancia adecuadas para evitar la acción ilícita. En España, GIMBERNAT o MIR PUIG sugieren que se prescindiera de la culpabilidad como elemento del delito proponiendo en su lugar algún otro factor de menor resonancia moral como la «atribuibilidad» o la «responsabilidad» o suprimiéndolo completamente, fundamentando el castigo en razones de estricta política criminal o conveniencia social.

⁷ Entre estas teorías destaca la construcción de TIEDEMANN, quien elabora la responsabilidad del ente colectivo a partir de lo que denomina «culpabilidad por defecto de organización». Así, la persona jurídica se convierte en culpable cuando omite la adopción de las medidas de precaución que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad empresarial. GÓMEZ-JARA presenta la responsabilidad penal de la persona jurídica a la luz de la teoría «constructivista», de tal modo que la empresa se organiza a sí misma y que, llegada a un cierto nivel de complejidad interna suficiente es capaz de una «autorreflexión funcional» equivalente a la consciencia en la persona física. Autorreflexión y autoorganización que debe someterse al imperativo de la norma jurídica, de tal modo que si no cumple, se hace acreedora del reproche culpabilístico, por no identificarse con el concepto del «buen ciudadano corporativo» que manejan las directrices estadounidenses y su jurisprudencia (GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 249 y ss.). Como resumen MAZA MARTÍN, «el fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica no puede ser otro que el de la ausencia de cultura de respeto por la Ley y el Derecho, que se manifiesta en la inexistencia de suficientes y eficaces instrumentos de control preventivo, tendentes a evitar la comisión de delitos en su seno o a facilitar la investigación y sanción de los que pudieran llegar a cometerse». (MAZA MARTÍN, J.M.: *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos*, Wolters Kluwer 2018, pág. 467.

⁸ Las teorías de autorresponsabilidad empresarial encajarían, a lo sumo, en empresas con un cierto desarrollo organizativo, pero quiebra abiertamente en las personas jurídicas de pequeñas dimensiones. Por otra parte, la eficacia exigente de los modelos de organización y control puede entenderse respecto de los subordinados descontrolados por los administradores (en sentido amplio) de la empresa, pues la ineficacia de tales modelos remite al defecto de organización [art. 31 bis. 1 b)]. Pero es difícilmente concebible respecto de *quienes organizan* –los administradores y dirigentes– cuya exención resulta menos justificada en unos supuestos [art. 31 bis a)] en los que la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica es automática y no precisa de un deficiente control y, por tanto, no debería quedar anulada mediante la invocación de una correcta organización que, en definitiva, tales personas encarnan. De ahí que el legislador solo se refiera a «las concretas circunstancias del caso» en la letra b) del art. 31 bis 1), que permite valorar la existencia y eficacia de estos programas en relación con el defectuoso control ejercido por las personas de la letra a).

En realidad, como se ha dicho, existen elementos de autorresponsabilidad empresarial en la regulación española. Entre ellos, que la responsabilidad empresarial no depende de la previa declaración de responsabilidad penal de la persona física, pues cabe que el autor no sea identificado o que el procedimiento no pueda dirigirse contra él; que las agravantes y atenuantes relativas a la culpabilidad de la persona física no sean trasladables a la persona jurídica; la existencia de un sistema propio de agravantes y atenuantes y hasta de penas y reglas para su aplicación y, sobre todo, el valor eximente otorgado a los programas de organización.

En este sentido sí se puede hablar de un modelo de autorresponsabilidad. Pero en último término toparemos con una o varias personas físicas que han realizado acciones más o menos reprobables, bien intencionadamente, bien negligentemente y es también el incumplimiento de los deberes de vigilancia y control de personas físicas lo que *contamina* a la sociedad. Si queremos denominar a esa confluencia de conductas individuales culpables o a la de una especialmente relevante *culpabilidad de la persona jurídica*, de acuerdo. Pero no nos hagamos trampas diciendo que con eso queda a salvo el principio de culpabilidad tal y como se ha entendido siempre porque, en realidad, estaremos predicando de la persona jurídica, lo que ha sido la culpabilidad de una o varias personas físicas, de tal modo que los denominados por el legislador «modelos de organización y gestión», ni definen la culpabilidad de la empresa, ni constituyen el fundamento de su imputación.

Por eso los términos *imputabilidad* o *inimputabilidad* de las personas jurídicas manejados por la Circular 1/2016 no pueden entenderse en sentido estricto, como manifestación de una pretendida responsabilidad autónoma empresarial y sí como una «solución solvente y sobre todo procesalmente muy práctica» (STS 154/2016, cit.) que permite diferenciar aquellas personas jurídicas sobre las que se proyecta la responsabilidad penal de las personas físicas de aquellas otras que, bien por la falta de una estructura propia bien por su identidad esencial con las personas físicas que la componen, carecen de sustantividad propia para ser acreedoras de reproche penal.

4. Las sociedades instrumentales o *pantalla*

Junto a las sociedades que operan con normalidad en el tráfico jurídico mercantil y en cuyo seno se pueden producir comportamientos delictivos, existen otras estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal es precisamente la comisión de delitos. Esta criminalidad organizada, caracterizada por la complejidad de los montajes jurídico-económicos que la sustentan persigue obstaculizar la identificación de la responsabilidad individual mediante la creación de estructuras societarias dirigidas precisamente a eludir las responsabilidades penales frente a determinados delitos económicos.

Una atenta lectura al régimen de responsabilidad de las personas jurídicas revela que este no ha sido diseñado para dar respuesta a la realidad de tales *sociedades criminales*. Así, el régimen de supervisión de los subordinados, los programas de cumplimiento normativo o el catálogo de atenuantes conforman una regulación que carece de sentido para reprimir las conductas cometidas al socaire de dichas estructuras. Para tales personas jurídicas, la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales.

Se entiende así que las sociedades instrumentales, aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación el art. 31 bis, especialmente tras la completa regulación de los programas de cumplimiento normativo. Es con ese alcance que la Circular 1/2016 las considera *inimputables*. Su ausencia de actividad, organización o patrimonio propio hace innecesario dirigir la acción penal contra ellas bastando acudir a la doctrina del *levantamiento del velo* o de la simulación contractual.

La Circular 1/2016, partiendo del auto de 19 de mayo de 2014 dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en las Diligencias Previas 26/2012, analizado por GÓMEZ-JARA⁹, establece una triple categoría de personas jurídicas, que la STS 154/2016, cit., también hace suya: las sociedades que operan con normalidad en el mercado, penalmente responsables estén mejor o peor organizadas; las que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal, a las que se refiere la regla 2ª del art. 66 bis, que son también responsables o *imputables* y, finalmente, las sociedades irresponsables o *inimputables*, aquellas sin ninguna clase de actividad legal o en que esta es meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos.

En relación con esta clasificación, el referido auto de la Audiencia Nacional recuerda, haciéndose eco de las posiciones mantenidas en la doctrina que «el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente, irá variando a lo largo del tiempo. Los únicos elementos que por el momento sirven de referencia jurídica son las menciones que se contienen en el art. 66 bis 2 del CP, aunque referidas a la graduación de las penas imponibles a las personas jurídicas...»¹⁰.

En realidad, no todas las sociedades que pueden ser calificadas como instrumentales deben quedar exentas de responsabilidad o considerarse *inimputables*. Entre tales sociedades instrumentales cabe distinguir, a su vez, tres modalidades, en función del objetivo criminal perseguido, generalmente la defraudación fiscal o el blanqueo de capitales:

- Sociedades constituidas para la obtención de una plusvalía simulada mediante la compra y posterior venta de un mismo activo, normalmente un bien inmueble (por su elevado valor) o activos financieros (por su dificultad para conocer su valor real)¹¹. Son las sociedades llamadas de *uso único*, que quedarían exentas de responsabilidad con arreglo a los criterios señalados.
- Sociedades utilizadas como mero instrumento para la tenencia o titularidad de activos. En general, esta fórmula perseguirá colocar como titular de determinados bienes a la sociedad, operando así a modo de velo que oculta a la persona física que realmente posee los fondos o disfruta del activo. Son las sociedades de *uso finalista*, también exentas de responsabilidad.

⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: «La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito del Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014», *Diario La Ley*, nº 8341, 26-6-2014.

¹⁰ Sobre esta cuestión, véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: «La imputabilidad organizativa...» cit., y *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, págs. 74-81.

¹¹ La operativa parte de la compra de un bien por la sociedad y su posterior venta con una plusvalía que no es real, ya que se sustenta en dos operaciones en donde al menos uno de los precios es manifiestamente más bajo o más alto que los de mercado, y que son pactados por las partes para generarla artificialmente. Una forma de dar credibilidad a las operaciones que generaron dicha diferencia de precio es formalizar las compraventas en documento público, incluso con la inscripción en el registro, lo que permitirá integrar fondos de origen ilícito enmascarados en esa plusvalía.

- En otras ocasiones, las sociedades instrumentales se emplean para la colocación de fondos al amparo de la actividad industrial o comercial de la propia sociedad, simulando que esta tiene una actividad mayor que la que realmente tiene y, en la mayoría de los casos, mezclando fondos de origen lícito e ilícito. Normalmente esta fórmula será más permanente en el tiempo, porque permitirá blanquear fondos generados de manera sucesiva, de forma que se irán integrando pequeñas cantidades como si fueran producto de la actividad comercial, y en muchos casos incrementando de manera gradual los fondos de origen ilícito. Son las sociedades llamadas de *uso gradual*. Estas sociedades sí merecen el reproche penal pese a su carácter fundamentalmente instrumental.

En el ámbito procesal, la regulación introducida en la LECrim por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que recoge las más importantes implicaciones procesales del régimen de responsabilidad de las personas jurídicas, evidencia igualmente que dicho régimen no ha sido concebido para las sociedades pantalla o meramente instrumentales. Baste pensar en las disposiciones relativas a la citación y la comparecencia, (art. 119), la conformidad (art. 787.8), el domicilio (art. 554.4º) o la rebeldía (art. 839 bis), entre otras.

La clasificación en tres grupos de sociedades que, atendiendo a su actividad, acogen la Circular 1/2016 y la STS 154/2016 tiene también indudable trascendencia procesal, como ya apuntaba el auto de 19 de mayo de 2014, cit. En relación con las sociedades puramente instrumentales (aquellas sin actividad legal alguna o meramente testimonial), su *inimputabilidad* determina que la posible conculcación de derechos procesales derivados de los conflictos de interés surgidos entre quien representa a la persona jurídica imputada y quien es imputado como persona física responsable del delito no conlleve la indefensión material de la persona jurídica.

Así se apuntaba ya en la STS 154/2016, cit.¹² y se desarrolla en la STS 583/2017, de 19 de julio, que desestima el recurso interpuesto por la persona jurídica alegando que había sido representada por una persona física objeto ella misma de acusación y con intereses distintos y contrapuestos a los de aquella. Esta sentencia parte efectivamente de que «en un caso en el cual efectivamente se apreciase en concreto la posible conculcación efectiva del derecho de defensa de la persona jurídica al haber sido representada en juicio, y a lo largo de todo el procedimiento, por una persona física objeto ella misma de acusación y con intereses distintos y contrapuestos a los de aquella, se pudiera proceder a la estimación de un motivo en la línea del presente, disponiendo la repetición, cuando menos, del Juicio oral». Sin embargo, en el caso concreto concluye que «difícilmente pueden apreciarse intereses contradictorios entre una empresa con forma de sociedad limitada y la persona física a quien la sentencia atribuye la total titularidad de facto de la mercantil» pues «Nos hallamos, ante una persona jurídica que viene a identificarse con personas físicas acusadas», de tal modo que «levantado el velo aparecen [los condenados]».

5. Las pequeñas empresas

Otras sociedades que no merecen un reproche penal, bastando la exclusiva imputación de la persona física son aquellas en las que existe una sustancial identidad entre el gestor y la persona jurídica, de manera que sus voluntades aparecen en la práctica totalmente solapadas o en

¹² STS 154/2016, de 29 de febrero (Fundamento Jurídico Decimoprimer): «... nos hallamos [...] ante una persona jurídica estrictamente instrumental o "pantalla", carente por tanto de cualquier actividad lícita y creada, exclusivamente, para la comisión de hechos delictivos. Tal circunstancia [...] tiene así mismo su reflejo en el hecho de la absoluta inutilidad [...] de la repetición de las actuaciones para dotarla de una defensa adecuada...».

que resulta irrelevante la personalidad jurídica en la concreta figura delictiva, evitando así una doble incriminación que resultaría contraria a la realidad de las cosas y podría vulnerar el principio *non bis in idem*.

Las Circulares 1/2011 y 1/2016 de la FGE recuerdan que el riesgo de incurrir en *bis in idem* es especialmente alto en el caso de las pequeñas empresas, tanto en los supuestos de conexión del art. 31 bis 1º a) –actos de los dirigentes– como del art. 31 bis 1º b) –actos de sus empleados indebidamente controlados por aquellos–.

La literalidad del art. 31 bis indica claramente que el sistema de responsabilidad diseñado, con las referencias al elenco de sujetos de la letra a), los deberes de control de la letra b) o los propios modelos de organización y gestión, está ideado fundamentalmente para la mediana y gran empresa y no para la pequeña empresa a las que las exigencias impuestas en dichos modelos resultan excesivas, aun con las correcciones del aptdo 3º del art. 31 bis. En realidad, el régimen especial de dicho apartado se limita a dispensar a las personas jurídicas de pequeñas dimensiones del cumplimiento de la condición segunda del apartado anterior, de modo que las funciones del oficial de cumplimiento las pueda desempeñar directamente el órgano de administración.

Como observa GONZÁLEZ CUSSAC, en las pequeñas empresas será frecuente no poder diferenciar las esferas de responsabilidad de la persona física administrador único de la concierne a la sociedad, de tal modo que esta identidad de sujetos no supera el test de constitucionalidad exigible. A ello parece referirse el legislador en el art. 31 ter 1º: «[...] 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»¹³.

El concepto de personas jurídicas de pequeñas dimensiones, aquellas que conforme al art. 31 bis. 3 están autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, no debe identificarse necesariamente con un determinado modelo de sociedad, concretamente con una sociedad unipersonal. El fundamento de la prohibición de *non bis in idem* no viene dado por el número de socios de la persona jurídica sino por la ausencia de una mínima complejidad interna que impida su adecuada distinción de la persona física que le ha transferido la responsabilidad. Como razona GÓMEZ-JARA, existen sociedades limitadas unipersonales con una complejidad organizativa propia (directivos, departamentos, secciones, empleados...) que las convierten, dice este autor –partidario de la teoría de la autorresponsabilidad empresarial– «en actores corporativos capaces de cometer un delito corporativo», en realidad sociedades capaces de ser contaminadas por las personas físicas responsables¹⁴. No solo cabe pensar en sociedades limitadas unipersonales (SLU) y, entre ellas, aquellas cuyo único socio es otra sociedad que, a su vez, puede tener multitud de socios. En España, a diferencia de otros países de nuestro entorno como Francia, Holanda, Portugal, Luxemburgo o Italia, existen también sociedades anónimas unipersonales (SAU) tanto de carácter público como privado, y tanto originarias, fundadas por un solo socio, como sobrevenidas, aquellas que inicialmente fueron constituidas por varios socios y que con el tiempo se han concretado en un solo socio cuya problemática y perfil de riesgo criminal es muy variable.

¹³ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 173.

¹⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: «El Tribunal Supremo...», *cit.*, págs. 169-170.

III. PERSONAS JURÍDICAS EXCLUIDAS DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL

La mayor parte del contenido del número 5 del art. 31 bis CP bajo la regulación de 2010 se conserva inalterado en el vigente art. 31 quinquies, que se refiere a las personas jurídicas excluidas del régimen de responsabilidad penal, manteniendo las mismas imprecisiones terminológicas, que la reforma introducida por la LO 1/2015 bien podía haber aprovechado para corregir.

«1. 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 las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

»2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del art. 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.»

1. Las personas jurídicas públicas excluidas del régimen de responsabilidad penal

El art. 31 quinquies establece una relación personas jurídicas públicas excluidas del régimen de responsabilidad penal al tiempo reiterativa e incompleta pues una vez mencionado el Estado y las Administraciones Públicas no resulta necesario repasar el sector público estatal, que además se hace solo de forma parcial. El listado es además desordenado y confuso, sin que las denominaciones empleadas se correspondan fielmente con las correspondientes clasificaciones administrativas.

El precepto comienza con la referencia al *Estado*, cuya exclusión del régimen de responsabilidad de las personas jurídicas, sea penal o administrativa, es la tónica general en derecho comparado¹⁵. Se fundamenta en el principio de división de poderes y en el monopolio exclusivo del *ius puniendi* por parte del Estado. Sería algo más que incongruente que el Estado, en definitiva, se sancionara a sí mismo.

La referencia a las *Administraciones públicas institucionales* alude al sector público institucional que, de acuerdo con el art. 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, modificado por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, está formado por los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado (Organismos autónomos y Entidades Públicas Empresariales), por las autoridades administrativas independientes, las sociedades mercantiles estatales, los consorcios adscritos a la Administración General del Estado, las fundaciones del sector público adscritas a la Administración General del Estado, los fondos sin personalidad jurídica, las universidades públicas no transferidas, las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas colaboradoras

¹⁵ Así se establece en el art. 121-2 del Código Penal francés, en el art. 1.3 del Decreto legislativo 231/2001 italiano, en el art.11.2 del Código Penal portugués o en el art. 54 del Código penal belga, entre otros. En EEUU, el Estado no puede ser demandado sin su consentimiento, el cual opera como un presupuesto de jurisdicción y debe prestarse de manera inequívoca (*United States c. Mitchell*, 1983). La exención de responsabilidad se extiende, además de al Estado Federal a los Estados Federados y al Gobierno Federal, a sus agencias y organismos.

con la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, así como sus centros mancomunados y cualesquiera organismos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado.

La siguiente mención a los *Organismos Reguladores* resulta superflua en la medida en que forman parte de las *Administraciones públicas institucionales*, como Entidades de Derecho Público. La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, llevó a cabo una regulación propia y especial para los seis organismos reguladores existentes en esos momentos. Posteriormente, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, integró en esta supervisión hasta siete preexistentes. Son organismos reguladores la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), la Comisión Nacional de la Energía o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Otras Entidades de Derecho Público son la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), el Consejo Económico y Social (CES), el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), el Museo del Prado o el Instituto Cervantes.

El art. 31 quinquies menciona a continuación a las *Agencias*, referencia que debe entenderse hecha a las Agencias estatales, «entidades de Derecho público, dotadas de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, facultadas para ejercer potestades administrativas, que son creadas por el Gobierno para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias» (art. 2 de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos). Nacidas con la voluntad de constituirse en el nuevo modelo de ente público, después de varios años de vigencia su desarrollo posterior ha sido muy limitado, con unas medidas de control de gasto público que han neutralizado la pretensión de dotar a las agencias de mayor autonomía financiera. Por eso, las *Agencias estatales* están llamadas a extinguirse tras la derogación de la Ley 28/2006 por la Ley 40/2015¹⁶. Son Agencias estatales, entre otras, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, la Agencia Estatal de Meteorología, el Boletín Oficial del Estado o el Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

A diferencia de las Agencias, las *Entidades Públicas Empresariales*, previstas en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado se han mantenido en la Ley 40/2015, pese a que esta también deroga la conocida por su acrónimo LOFAGE. Su mención es también superflua pues, junto con los organismos autónomos, son organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, parte pues de la Administración institucional. Se trata de entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía en su gestión, que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado y que junto con el ejercicio de potestades administrativas desarrollan actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación, pudiendo depender de la Administración General del Estado o de un Organismo autónomo vinculado o dependiente de ésta (art. 103 de la Ley 40/2015). Son *Entidades Públicas Empresariales*, el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), el Consorcio de Compensación de Seguros, la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre o el Instituto de Crédito Oficial.

¹⁶. Aunque derogada, la Ley se mantendrá en vigor hasta que concluya el plazo de adaptación de las agencias existentes en el sector público estatal a dicha Ley, para lo que fija un plazo de tres años a contar desde su entrada en vigor, producida el 2 de octubre de 2016.

Tras la exclusión de las organizaciones internacionales de derecho público, el texto deja también fuera del régimen de responsabilidad de las personas jurídicas a *aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas*, lo que permite incluir todo el sector público administrativo, señaladamente las autoridades administrativas independientes y los organismos autónomos, «entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia, tesorería y patrimonio propios y autonomía en su gestión, que desarrollan actividades propias de la Administración Pública, tanto actividades de fomento, prestacionales, de gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público» (art. 98 Ley 40/2015). Son organismos autónomos, entre otros, la Biblioteca Nacional, el Centro de Estudios Jurídicos, las distintas Confederaciones Hidrográficas, el Instituto de Crédito Oficial, el Instituto de Estudios Fiscales o los Parques Nacionales.

En resumen, de acuerdo con el art. 3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, modificada por la Disposición final octava de la Ley 40/2015, y dejando de lado los fondos sin personalidad jurídica y otros órganos con dotación diferenciada en los Presupuestos Generales del Estado que no gozan de personalidad jurídica y a los que, por lo tanto, no alcanza el régimen del art. 31 bis, el elenco de personas jurídicas públicas exentas de responsabilidad penal se extiende en el ámbito estatal a:

En el sector público administrativo:

- a) La Administración General del Estado, los organismos autónomos, las autoridades administrativas independientes, las universidades públicas no transferidas y las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, así como sus centros mancomunados.
- b) Los organismos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado y los consorcios que cumplan alguna de las dos características siguientes:
 - 1.^a Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro.
 - 2.^a Que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales, entendiéndose como tales a los efectos de esta Ley, los ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida de las entregas de bienes o prestaciones de servicios.

En el sector público empresarial:

- a) Las entidades públicas empresariales.
- b) Las sociedades mercantiles estatales.
- c) Cualesquiera organismos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado y los consorcios no incluidos en el sector público administrativo.

Finalmente, en el sector público fundacional, las fundaciones del sector público estatal, que se analizan en el apartado siguiente.

Aunque el Estado, como conjunto de los poderes y órganos de gobierno del país incluye a las Comunidades Autónomas, pues así está organizado territorialmente nuestro país, debe distinguirse entre el Sector Público Estatal, Autonómico y Local, de tal modo que junto a la

Administración General del Estado y bajo la acepción *Administraciones públicas institucionales*, se comprenden también las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local. El sector público institucional autonómico y local se completa, como el estatal, por los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de estas Administraciones Públicas y por las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas cuando ejerzan potestades administrativas.

2. Las fundaciones públicas

Las fundaciones del sector público estatal, del que forman parte al estar integradas en el llamado sector público fundacional, se rigen por la Ley 40/2015, por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (LF), la legislación autonómica que resulte aplicable en materia de fundaciones, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control económico-financiero y de contratación del sector público (art. 130 Ley 40/2015).

Son fundaciones del sector público estatal aquellas que reúnen los requisitos a que se refiere el art. 128.1 Ley 40/2015, a saber, sintéticamente: que tengan una aportación mayoritaria del sector público institucional estatal, que esta aportación con carácter permanente represente más del 50% del patrimonio y que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes de dicho sector público.

Su actividad propia es la realizada sin ánimo de lucro, para el cumplimiento de fines de interés general, con independencia de que el servicio se preste de forma gratuita o mediante contraprestación (art. 128.2 Ley 40/2015) y de que para la financiación de las actividades y el mantenimiento de la fundación pueda existir aportación del sector privado de forma no mayoritaria (art. 128.3).

La actividad fundacional pública es estrictamente administrativa, siempre relacionada con el ámbito competencial de las entidades públicas fundadoras, sin que ello suponga la asunción de competencias propias (art. 46.1 LF). Sus presupuestos, contabilidad, auditoría de cuentas y selección de personal se rigen por disposiciones administrativas (art. 46.3 y 4 LF), como su régimen de contratación, que se somete a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (art. 131 Ley 40/2015).

En definitiva, y como recuerda la Circular 1/2016, las fundaciones públicas no son sino simples formas de gestión, cuya existencia se debe a una decisión administrativa que debe obedecer al mejor cumplimiento de los fines de interés general. Si bien la fundación pública solo desarrolla tales actividades de interés general y nunca de carácter mercantil o industrial (Instrucción nº 1/2008, de 5 de febrero, de la Abogacía del Estado), aun cuando llevara a cabo ciertas actividades con fines lucrativos, mientras siga atendiendo necesidades de interés general, será considerada un organismo de derecho público (sentencia TJCE de 10 de abril de 2008, asunto C-393/06).

Por todo lo expuesto, su exclusión del régimen del art. 31 bis no ofrece duda, como tampoco la de las fundaciones del sector público autonómico, respecto de las que cada Comunidad Autónoma tiene su propia regulación, y local, pues si bien la constitución de fundaciones locales es una posibilidad no prevista expresamente en la legislación local, resulta inherente a la libre organización de los servicios públicos locales.

3. Las sociedades mercantiles públicas

Del conjunto de entidades mencionadas en el primitivo art. 31 bis. 5, las sociedades mercantiles estatales habían sido objeto de especial controversia. La OCDE, en el informe adoptado por el Grupo de Trabajo el 14 de diciembre de 2012 correspondiente a la fase 3 de la evaluación sobre el cumplimiento en España del Convenio contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales hecho en París el 17 de diciembre de 1997 mostraba su preocupación porque las sociedades públicas pudieran eludir el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas. Esta organización llamaba especialmente la atención sobre la titularidad pública de las acciones de las entidades financieras *rescatadas* por el Estado a través del FROB, alertando, de que «en España, la exclusión de la responsabilidad penal de estas sociedades es aún más preocupante por el hecho de que en muchos casos están controladas por gobiernos regionales» y concluía su informe recomendando una reforma del Código Penal que aclarara que las sociedades estatales eran penalmente responsables del delito del actual art. 286 ter.

Atendiendo a esta recomendación, la LO 1/2015 reconoce la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas, a las que dedica el número 2 del art. 31 quinquies, si bien limita las penas que le pueden ser impuestas a las previstas en los aps. a) y g) del art. 33.7 CP, esto es, la multa y la intervención judicial.

Debemos partir de que el fundamento de la exención de responsabilidad de las personas jurídicas públicas de naturaleza empresarial, cualquiera que sea su denominación, es evitar que pueda verse afectado un servicio público de interés general, pero no privilegiar a las sociedades mercantiles públicas frente a las privadas.

No siempre la distinción resulta sencilla, pues la línea divisoria entre funciones públicas y privadas es cada vez más imprecisa, con una Administración que deja con frecuencia en manos de empresarios privados la ejecución o prestación de servicios públicos y que también utiliza instrumentos de derecho privado para llevar a cabo determinadas prestaciones públicas. La confusión entre el interés público y los intereses económicos generales es en buena medida fruto de este proceso de privatización de la gestión pública.

La confusión no es exclusiva de nuestro país, más bien resulta común a buena parte de los países miembros de la OCDE, en cuyo entorno normativo priman los valores de la libre competencia y la apertura de los mercados, con general exclusión de las prácticas monopolistas y las políticas intervencionistas. De ahí que España no pueda establecer reservas a esos principios cuya observancia reclama la OCDE.

En todo caso parece indiscutible, como apunta CRESPO BARQUERO, que «la prevalencia de determinados objetivos –como la lucha contra la corrupción– aconseja depurar en lo posible la diferencia entre el ejercicio del poder democrático-institucional y la gestión económica de actividades en que se entrecruzan, a veces de forma indistinguible, intereses públicos y privados¹⁷».

Buen ejemplo de esta dificultad de distinguir la gestión pública de la privada lo constituyen las sociedades mercantiles estatales, aquellas sociedades mercantiles sobre las que se ejerce control estatal (art. 111 Ley 40/2015), bien porque la participación directa, en su capital social de

¹⁷ CRESPO BARQUERO, P.: «La reforma del Código Penal operada por LO 1/2015, de 30 de marzo: responsabilidad penal de las personas jurídicas», ponencia presentada en el Curso «Escuela de Verano del Ministerio Fiscal. La reforma del Código Penal operada por LO 1/2015». Disponible en el portal del CEJ, www.cej-mjusticia.es, pág. 59. La depuración a que se refiere CRESPO se lleva a cabo en Francia con la proclamación de que los entes territoriales y sus agrupaciones solo pueden ser penalmente responsables de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades que puedan ser objeto de convenios de delegación de servicio público, al considerar que esta limitación aspira a

la Administración General del Estado o alguna de las entidades que, integran el sector público institucional estatal, incluidas las sociedades mercantiles estatales, sea superior al 50 %, bien porque la sociedad mercantil sea la sociedad dominante de un grupo de sociedades, de conformidad con el art. 42 del Código de Comercio. Al referirse el art. 31 quinquies a las *sociedades mercantiles públicas* y no solo a las estatales, quedan también incluidas las constituidas por las Comunidades Autónomas y las Entidades locales.

La regulación penal vigente mantiene la exigencia (ya recogida en el anterior art. 31 bis.5) de que estas sociedades mercantiles públicas «ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general», enunciado que no se acomoda al ámbito competencial de las sociedades mercantiles pues estas no se dedican a la ejecución de *políticas públicas* («en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública», recuerda el art. 113 Ley 40/2015). En cuanto a la prestación de *servicios de interés económico general*, término ambiguo sin referencia en la normativa administrativa aplicable, tampoco las sociedades estatales se constituyen de ordinario para la realización de actividades de fomento, prescacionales, gestión de servicios públicos o producción de bienes de interés público, conceptos estos donde tendría encaje ese *interés económico general* a que se refiere el art. 31 quinquies.

En efecto, el cumplimiento de los programas correspondientes a las *políticas públicas* corresponde más propiamente a las Agencias Estatales (art. 2 Ley 28/2006) o a los Organismos Autónomos, como la prestación de *servicios públicos de interés económico general* o la gestión de los servicios públicos atañe, sobre todo, a los Organismos Autónomos, a las Entidades Públicas Empresariales o incluso a los Consorcios (arts. 98, 103 y 118 Ley 40/2015, respectivamente).

De entre las sociedades mercantiles públicas, solo las de capital exclusivamente público a que se refiere el art. 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas podrían constituirse para la prestación de *servicios de interés económico general*, atendiendo a su proximidad a las entidades públicas empresariales con las que comparten similar regulación. Como estas, tienen un régimen de funcionamiento mixto, público (el regulado en el Título VII de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, *del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, con competencias compartidas entre el Ministerio de tutela responsable de la política instrumental y el Ministerio de Hacienda) y privado (aunque con abundantes y significativas derogaciones del régimen general de las sociedades de capital: proceso especial de transmisión de acciones, modificaciones de estatutos, derecho de veto sobre los acuerdos de la Junta General, etc.). Ejemplos de sociedades mercantiles cuyo capital pertenece íntegramente al Estado son Paradores de Turismo de España, S.A., Minas de Almadén y Arrayanes, S.A., Navantia, S.A., Grupo Hunosa, Agencia EFE, Grupo Correos o Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A.

Por el contrario, el resto de sociedades mercantiles estatales –aquellas con capital no exclusivamente público– se rigen en mayor medida por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que resulta de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control económico-financiero y de contratación. Al menos en el ámbito estatal, estas sociedades suelen constituirse para la prestación de aquellos servicios que indistintamente podría encomendarse a

prevenir injustificadas discriminaciones a favor de las entidades públicas. En Italia, se excluye también a los entes públicos territoriales de extensión inferior a la del Estado y a los organismos públicos no económicos, previsión que pretende evitar que puedan verse afectadas por un eventual reproche penal las actividades y los servicios que desarrollan diferentes instituciones públicas con vocación de servir al interés general sin ánimo de lucro.

una empresa privada mediante el oportuno convenio de delegación del servicio público. Son sociedades mercantiles estatales con capital mayoritario público, Alimentos y Aceites, S.A., Grupo Mercasa, DEFEX, Hipódromo de la Zarzuela o la Compañía Española de Tabaco en Rama, S.A., entre otras cuya lejanía con la prestación de servicios públicos de interés económico general parece clara¹⁸.

Es asimismo este criterio de la titularidad pública de las acciones el que maneja la Sala Segunda para solucionar el controvertido tema de la idoneidad de los caudales de las sociedades mercantiles estatales para constituir el objeto del delito de malversación: «En estas empresas de capital exclusivamente público, la sociedad anónima aparece desvirtuada en aspectos esenciales, lo que determina que la naturaleza de los caudales de las sociedades con capital totalmente público guarden una gran semejanza con los de las entidades de derecho público», de tal modo que cuando tales sociedades «desarrollen funciones asimilables a las públicas, entendidas en un sentido lato sus caudales tendrán carácter necesariamente público», en tanto que «dentro de las empresas públicas, las que tienen participación pública mayoritaria o no, no integran una base apta para hablar de fondos públicos» (SSTS nº 166/2014, de 28 de febrero y 627/2014, de 7 de octubre)

De lo expuesto podemos concluir que solo las sociedades de capital exclusivamente público tendrán encomendada la prestación de servicios de interés económico general y a ellas vendría pues referido el privilegiado régimen del art. 31 quinquies, 2. El resto de sociedades mercantiles estatales serán, en principio, plenamente responsables, pues no les será de aplicación la limitación de responsabilidad que establece el referido precepto.

No obstante lo expuesto, y como señala la Circular 1/2016, «será finalmente el análisis del concreto fin público que desarrolla cada sociedad el que determine la calificación y relevancia del servicio prestado, pues el concepto de servicio público, desde una perspectiva funcional del patrimonio público, no ha de entenderse ligado o encorsetado por categorías administrativas, como interpreta la más reciente jurisprudencia en relación con el subtipo agravado del vigente art. 432.3 a) CP (STS nº 277/2015, de 3 de junio)».

Finalmente, entiendo que la modificación legal no cumple plenamente con las exigencias de la OCDE, pues la recomendación del Grupo de Trabajo instaba la reforma del Código Penal para incluir en el régimen de responsabilidad penal a «las empresas propiedad del Estado o controladas por el Estado», lo que claramente incluye junto a las *sociedades mercantiles públicas a las Entidades Públicas Empresariales*, que sin embargo, y pese a ser las que propiamente prestan «servicios de interés económico general», permanecen tras la reforma entre los sujetos excluidos¹⁹.

El último inciso del número 2 del art. 31 quinquies, establece una excepción al régimen de exclusión de las sociedades mercantiles públicas, que se refiere a las estructuras jurídicas creadas por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

¹⁸ El auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5 dictado en las DP 65/2018 que se siguen por un delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales del art. 286 ter CP contra la empresa pública de armamento DEFEX, participada en un 51% por el Estado (SEPI) y en el 49% restante por compañías privadas dedicadas a la venta de armas, considera –llamativamente– ser «evidente que DEFEX es una empresa pública que cumple una función pública o presta un servicio de interés económico general».

¹⁹ La literalidad de la Recomendación es clara: «*Amend the Penal Code to ensure that State-owned and State-controlled enterprises can also be held liable for bribery of foreign public officials under art 31bis PC; [Convention, Article 2, Article 5 and 2009 Recommendation III ii), V, Annex I(D), and Phase 2 recommendation 5a.]*». Mantiene que la reforma operada por la LO 1/2015 «no da plena satisfacción a los requerimientos de la OCDE», CRESPO BARQUERO (*op. cit.*, pág. 58).

Esta excepción al régimen particular de exclusión constituye, como señala GONZÁLEZ CUSSAC, un tercer nivel de especialidad en la responsabilidad de las sociedades mercantiles públicas. En un primer nivel, con la reforma las sociedades mercantiles públicas pasan a ser penalmente responsables, lo que conlleva una extensión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, conforme al segundo nivel, presentan una restricción respecto del régimen común en orden a las penas impositivas. Finalmente, en un tercer nivel de especialidad, el propio aptdo. 2º del nuevo art. 31 quinquies prevé que cuando se compruebe judicialmente que la sociedad es una pantalla, medio o instrumento para tratar de situarse en una posición de impunidad o de responsabilidad penal limitada, no operará el tratamiento penológico más benéfico, y en consecuencia podrán imponerle cualquiera de las penas previstas para el régimen general de la responsabilidad penal de cualquier sociedad²⁰.

Resulta llamativo que el aptdo. 5º del art. 31 bis conforme a la redacción de 2010 contuviera una previsión de esta naturaleza, pero entonces aplicable a todas las personas jurídicas públicas que declaraba en principio exentas de responsabilidad penal, sin la limitación del texto vigente a las sociedades mercantiles públicas²¹. De este modo, los entes públicos estarán siempre y en todo caso exonerados de responsabilidad penal, algo que ya criticó, sin éxito, el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto²² y que no parece responder a una decisión consciente de política criminal. No obstante, la disposición raramente producirá lagunas punitivas al tratarse de una conducta difícil de imaginar en los organismos, entidades y organizaciones mencionadas en el núm. 1 del art. 31 quinquies, a salvo, tal vez, algunas entidades públicas empresariales, de naturaleza más próxima a las sociedades mercantiles públicas.

La norma exige que la sociedad se haya constituido *ad hoc* con tal objetivo, por lo que la ilegalidad sobrevenida de la sociedad no será relevante.

4. Los supuestos controvertidos

4.1. Los partidos políticos

La primera modificación del art. 31 bis *original* de 2010 procede de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, que reformó el Código Penal *en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social*, y fue aprovechada en su tramitación parlamentaria para eliminar del listado de sujetos excluidos a los partidos políticos y a los sindicatos. El Preámbulo de la LO 7/2012 explicó sucintamente la repentina atribución de responsabilidad penal a partidos políticos y sindicatos asegurando que «de este modo se supera la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación²³».

²⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, págs. 191-192.

²¹ No falta quien opina que se debe entender que «el legislador añade la excepción a todos los supuestos del precepto ya que la norma no se refiere exclusivamente a los últimos» (GIMENO BEVIÁ, J.: *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters, Civitas, 2016, pág. 99).

²² El Consejo de Estado admite que «El apartado 2 del nuevo artículo 31 quinquies cubriría la mayor parte de los casos a que se refería ese párrafo, pues una conducta delictiva de esta naturaleza es más fácil que se produzca en la constitución de este tipo de personificaciones de Derecho privado que en la de otro tipo de organismos públicos. Sin embargo —continúa el Órgano consultivo—, no cabe excluir que este supuesto de hecho se produzca también, por ejemplo, en la constitución de una agencia o entidad pública empresarial, por lo que sería conveniente mantener una cautela de este tipo, reproduciendo el tenor del vigente párrafo segundo del artículo 31 bis.5 en el apartado 1 del artículo 31 bis».

²³ La enmienda fue introducida casi al final de la tramitación parlamentaria a iniciativa del partido UPyD, apoyada por el PP e IU.

La exclusión del régimen de responsabilidad penal de los partidos políticos proclamada solo dos años antes se supone fundada —el Preámbulo de la LO 5/2010 no alude a esta cuestión— en la relevante posición que ocupan en nuestro ordenamiento jurídico como expresión de la manifestación de la voluntad popular e instrumento fundamental para la participación política que les reconoce el art. 6 de la Constitución. La posición de los sindicatos, que han corrido la misma suerte legislativa que los partidos políticos, es ligeramente diferente pues, aunque tengan similar relevancia constitucional en los arts. 7 y 28 de la Constitución, la LO 11/1985, de libertad sindical, reconoce su responsabilidad por los actos o acuerdos de sus órganos estatutarios (art. 5) y se permite su suspensión o disolución mediante resolución firme de la autoridad judicial (art. 2.2.c). Por otra parte, las organizaciones empresariales son objeto en el art. 7 de la Constitución de idéntico tratamiento que los sindicatos, sin que por ello se las hubiera declarado en 2010 exentas de responsabilidad penal.

De cualquier modo, y centrándonos en los partidos políticos, su exclusión del régimen de responsabilidad fue criticada por buena parte de la doctrina, que no encontró una justificación técnica para ello y, sobre todo, por la opinión pública, que entendía que el legislador había procurado asegurar la impunidad de estas organizaciones amparado en un sistema que algunos filósofos y sociólogos califican con el neologismo de *partitocracia* por esa omnipresencia en la vida social y política de los partidos políticos y de sus representantes, que se convierten de manera casi automática en representantes de los ciudadanos en todas las instituciones. Teniendo en cuenta que para los ciudadanos españoles los/as políticos/as en general, los partidos políticos y la política representan el tercer problema de España tras el paro y la corrupción y por delante de la situación económica²⁴, y que la propia corrupción se asocia vivamente con los políticos y los partidos políticos, la exclusión estaba llamada a ser, como poco, polémica.

No obstante, y más allá de que el desafecto hacia los partidos políticos y su permanente imagen *sospechosa* sea una mala noticia para nuestro sistema democrático, no puede dejar de reconocerse que, aun siendo «entes privados de base asociativa, forman parte esencial en la arquitectura constitucional»²⁵ lo que convierte en poco deseable «sentar en el banquillo de los acusados unas siglas, un legado histórico y un proyecto colectivo que pertenece no a sus dirigentes, y ni siquiera a sus afiliados, sino a todos aquellos ciudadanos que —en su caso pese a sus dirigentes y sus afiliados— buscan en ese partido un cauce de expresión democrática»²⁶. Por eso no faltan voces en la doctrina más autorizada que consideran una «extralimitación de nuestro legislador nacional» extender a los partidos políticos un régimen de responsabilidad penal que en ningún momento tuvo la vista puesta en estos entes²⁷.

Volviendo la vista a los países de nuestro entorno, en general la exclusión de los partidos políticos no está expresamente contemplada, lo que no quiere decir que la posibilidad de dirigir la acción penal contra ellos resulte factible en la práctica²⁸. La situación en España es diferente

²⁴ Barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) correspondiente a abril de 2018. Para el 27,4% ciudadanos españoles los/as políticos/as en general, los partidos políticos y la política son el tercer problema del país tras el paro (62,3%) y la corrupción y el fraude (38,3%), posiciones que se mantienen estables en los últimos meses.

²⁵ Exposición de Motivos de la LO 6/2002, de 27 de junio de Partidos Políticos.

²⁶ CRESPO BARQUERO, P., *op. cit.*, pág. 58.

²⁷ MAZA MARTÍN, J.M., *op. cit.*, pág. 404 y ss., donde recoge las diferentes posiciones contrarias a la sanción penal de los partidos políticos.

²⁸ Italia, que no contempla propiamente la responsabilidad penal de la persona jurídica, sí excluye la responsabilidad de los entes que tienen encomendadas funciones de relieve constitucional, entre los que se incluyen los partidos políticos (art. 49 Constitución italiana). Sin em-

porque su omisión en la lista del art. 31 quinquies no da margen alguno de interpretación habida cuenta de que vino precedida por su expresa consideración como sujeto excluido de responsabilidad en el anterior nº 5 del art. 31 bis CP.

En definitiva, siendo incuestionable la responsabilidad penal de los partidos políticos en España, existe un amplio consenso doctrinal en que su régimen sancionador debería ser matizado, al modo de lo que sucede con las sociedades mercantiles públicas pues no resulta razonable que sanciones como la suspensión o la disolución puedan ser impuestas a los partidos políticos, salvo –advierte DEL MORAL GARCÍA– casos patológicos como los partidos creados con fines espurios como la obtención del censo²⁹. La multa aparece así como la única pena razonable a imponer a estos entes y del buen criterio de la Fiscalía y de nuestros órganos judiciales, se supone que en la práctica así será³⁰.

Por lo que se refiere a los delitos que pueden justificar la incriminación del partido político, MAZA MARTÍN propone, *lege ferenda*, que se establezca un catálogo que se limite a los delitos de corrupción política o económica, a los delitos electorales contemplados en la LO 5/1985, de 19-VI, del Régimen Electoral General, por su estrechísimo vínculo con la actividad propia de esta clase de organizaciones y, por supuesto, el delito de financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis CP)³¹. Siendo sin duda estos delitos los que desde un punto de vista de política criminal justifican la responsabilidad penal de los partidos políticos, entiendo que, una vez reconocida dicha responsabilidad, no existe razón para tal limitación. Ciertamente, hay delitos como los de prostitución y corrupción de menores, tráfico de drogas o contra la salud pública que son casi de impensable aparición en un partido político, pero otros como el descubrimiento y revelación de secretos, el delito fiscal o el blanqueo resultan fácilmente concebibles. Por otra parte, estas consideraciones son comunes a la mayoría de personas jurídicas.

Sin perjuicio de que la única vía de exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus *dirigentes* y por los subordinados indebidamente controlados por estos sea la adopción y ejecución de los correspondientes *programas de cumplimiento normativo*, lo cierto es que no existe una expresa obligación legal de establecer tales programas. La cuestión es diferente para los partidos políticos pues el art. 9 bis de la LO 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, (introducido por la LO 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos) explícitamente les impone la obligación de «adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión, a los efectos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal»³².

bargo, países como Francia, Bélgica, Portugal o Rumanía no los incluyen entre los sujetos de derecho público exentos de responsabilidad penal, en tanto otros como Austria expresamente admiten su responsabilidad.

²⁹ DEL MORAL GARCÍA, A.: «Responsabilidad penal de Partidos Políticos», ponencia presentada en el Curso «La financiación ilegal de partidos políticos», 2016.

³⁰ Solo puede ensombrecer este panorama la indeseable y frecuente presencia de los partidos políticos en el ejercicio de la acción popular. (Sobre esta cuestión, y el deseable rechazo a que los partidos políticos prolonguen su confrontación política en los Tribunales, *cf.*: LUZÓN CÁNOVAS, A.: «La acción popular. Análisis comparativo con la acusación particular», *Revista La Ley*, nº 5.483, 15 de febrero de 2002).

³¹ MAZA MARTÍN, J.M., *op. cit.*, págs. 472 y 473.

³² Critica MAZA MARTÍN esta obligación específica que se impone a los partidos políticos al considerar que, existiendo más de 4.600 partidos políticos inscritos en España que en su inmensa mayoría (más del 99%) son pequeñas organizaciones, la imposición legal representa una carga muy superior a la que sufren otras personas jurídicas de pequeñas dimensiones y medios, con la grave consecuencia añadida de que ello pudiera significar una dificultad insalvable para la constitución de un partido político (MAZA MARTÍN, *op. cit.*, págs. 399-400).

Resulta llamativo que la terminología utilizada no coincida con la prevista en el art. 31 bis y se acomode a un genérico modelo de prevención de delitos o, incluso más ampliamente, a un modelo de conductas *contrarias al ordenamiento jurídico*, no necesariamente penal, lejos de esa obligación de prevención específica de *delitos de la misma naturaleza* a que se refiere el art. 31 bis. La regulación del art. 9 bis se acomoda así mejor a ese objetivo de los programas de cumplimiento normativo que proclama la Circular 1/2016, que no es tanto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética corporativa, un compromiso corporativo que realmente disuada de conductas antijurídicas. Ello no obstante y por expresa remisión del art. 9 bis de la LO 8/2007, que debe entenderse referido a la totalidad del art. 31 bis, los programas de cumplimiento deberán cumplir las condiciones y requisitos de los números 2 y 5 de dicho precepto.

Las singularidades de los partidos políticos como asociaciones privadas con relevantes funciones públicas determinan claras especialidades en sus modelos de prevención. La estructura interna y funcionamiento democráticos que les impone la Constitución exigen una mayor transparencia y participación ciudadana, al menos de los afiliados, proponiendo MAZA MARTÍN que las facultades de control, incluyendo los adecuados canales de denuncia, deberían permitir a los afiliados ciertas facultades de control aun excediendo los límites mismos de la estructura organizativa, planteamiento ciertamente distante de la concepción de los *compliances* propios de otras personas jurídicas³³.

En lo atinente a los riesgos, estos se contraen a los propios de las personas que integran la organización, exclusión hecha, lógicamente, de los afiliados, que no pueden *contaminar* con sus actos al partido político y solamente respecto de la actividad propia del partido, no de la estrictamente política. Finalmente, el mapa de riesgos penales deberá tener en cuenta las particularidades propias de estas organizaciones y, entre ellas, como señala la Circular 1/2016, parece claro que los programas de prevención deberán atender especialmente a las conductas de financiación ilegal.

4.2. Los Colegios profesionales

El encaje de los Colegios profesionales entre las entidades de derecho público excluidas del régimen de responsabilidad penal es una de las cuestiones más controvertidas en la interpretación del art. 31 quinquies, condicionada sin duda por la peculiar naturaleza jurídica de estos entes asociativos. La propia Fiscalía General no ha sido ajena a ciertas vacilaciones, hasta el punto de que el criterio inicialmente mantenido por la Circular 1/2011, por otra parte ambiguo, fue corregido en la Circular 1/2016.

La Circular 1/2011 entendió que la responsabilidad penal de los colegios profesionales no podía considerarse excluida con carácter general remitiendo a «una valoración jurídica casuística» pues se trata de corporaciones que defienden intereses privados, aunque comunes a los miembros de un determinado sector económico o profesional, lo que les lleva a participar en tareas públicas en mayor o menor medida, «con un grado variable de asimilación de sus actos al régimen administrativo». La Circular 1/2016 se decanta por abandonar la aproximación casuista y niega a los Colegios profesionales el régimen de exención de responsabilidad penal.

³³. MAZA MARTÍN, *op. cit.*, págs. 451-458.

Fundamenta el cambio en que propiamente los Colegios profesionales no encajan en ninguna de las categorías mencionadas en el art. 31 quinquies. Señala la Fiscalía General que el ejercicio de potestades públicas de soberanía o administrativas solo resulta aplicable a las administraciones públicas y no a entes de naturaleza asociativa privada, como los Colegios profesionales, las Cámaras de comercio, los sindicatos o los propios partidos políticos.

En principio debe partirse de la responsabilidad penal de los Colegios profesionales sobre la base del carácter excepcional del régimen de exclusión establecido en el art. 31 quinquies y la propia literalidad del precepto, que no los menciona. Ante la dificultad de considerarlos contenidos entre el resto de personas jurídicas públicas citadas, cabe pensar que si el legislador hubiera querido excluir los Colegios profesionales del régimen de responsabilidad los habría mencionado expresamente, como hizo con los partidos políticos o los sindicatos bajo la regulación de 2010.

No obstante, la cuestión merece analizarse con mayor detenimiento, a la luz de la compleja naturaleza de los Colegios profesionales y su posible encaje en alguna de las categorías administrativas del art. 31 quinquies. En efecto, la naturaleza jurídica de estas corporaciones y sus funciones deontológicas y de ordenación y control les sitúan como una categoría peculiar, específica y diferente a la de entes de naturaleza asociativa privada.

La Constitución, en su art. 36, reconoce e institucionaliza las corporaciones de profesionales, conocidas con el nombre de Colegios, estableciendo respecto de ellos una reserva de Ley y el mandato de que su estructura interna y su funcionamiento sean democráticos. De acuerdo con la legislación vigente (Ley de Colegios Profesionales 2/1974, de 13 de febrero, modificada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre) cuya legitimidad constitucional no ha sido puesta en duda, son «corporaciones de Derecho público» (art. 1 Ley 2/1974 y SSTC 76/1983, de 5 de agosto y 23/1984, de 20 de febrero) pero también son «corporaciones sectoriales de base privada, esto es, corporaciones públicas por su composición y organización, que, sin embargo, realizan una actividad que en gran parte es privada, aunque tengan atribuidas por la ley o delegadas algunas funciones públicas» (STC 123/1987, de 15 de julio). Funciones públicas que, por otra parte, no interfieren en la competencia exclusiva y excluyente que tiene la Administración Pública por razón de su relación funcional con los diferentes colectivos colegiados³⁴.

La cuestión es si la indiscutible dimensión pública de los Colegios profesionales resulta suficiente como para considerarlos *Administraciones públicas territoriales e institucionales* u organizaciones que *ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas*, en la terminología empleada por el art. 31 quinquies CP. La respuesta ha de ser, en ambos casos, negativa.

En cuanto a la primera cuestión, porque en ninguna ley administrativa general se les incluye como parte de las Administraciones públicas territoriales o institucionales. Puede argumentarse que el que la normativa de las Administraciones Públicas no contemple directamente el funcionamiento de los Colegios profesionales y haya que acudir a una Ley especial no excluye su pertenencia a aquellas, a la vista de que la columna vertebral del derecho administrativo se ha venido conformando por una normativa caracterizada por la profusión de leyes, reales decretos y demás disposiciones de inferior rango ciertamente desordenada. Pero no es menos cierto

³⁴ El art. 1.3 Ley 2/1974 concreta cuáles son los fines esenciales de los Colegios profesionales: «la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados».

que la legislación básica sobre régimen jurídico administrativo, aplicable a todas las Administraciones Públicas, nunca se ha referido a los Colegios Profesionales.

La vigente Ley 40/2015 refiere el régimen jurídico específico de la Administración General del Estado, donde se incluye tanto la llamada Administración institucional, como la Administración periférica del Estado. Contiene además una regulación sistemática de las relaciones internas entre las Administraciones, estableciendo los principios generales de actuación y las técnicas de relación entre los distintos sujetos públicos. Pues bien, esta ley básica no menciona siquiera los Colegios profesionales, cosa que sí hace, por ejemplo, con las Universidades o las fundaciones públicas, sin perjuicio de que su regulación se recoja en una normativa propia.

Los Colegios profesionales, en definitiva, no pertenecen a la Administración territorial ni institucional sino a lo que se conoce como «Administración corporativa, es decir, [...] “corporaciones no territoriales”, “corporaciones sectoriales de base privada” o “entes públicos asociativos”, entendiéndose por tales, en términos generales, a diversas agrupaciones sociales, creadas por voluntad de la ley en función de diversos intereses sociales, fundamentalmente profesionales, dotadas frecuentemente de personalidad jurídico-pública, y acompañadas, también frecuentemente, del deber de afiliarse a las mismas» (STC 179/1994, de 16 de junio).

Por lo que se refiere a la segunda posibilidad de encaje de los Colegios profesionales en el art. 31 quinquies –entre las organizaciones que ejercen potestades públicas de soberanía o administrativas–, cabe convenir que los Colegios profesionales, en tanto que «corporaciones sectoriales de base privada» o «entes públicos asociativos» (STC 201/2013, de 5 de diciembre), son titulares de un conjunto de potestades públicas que la Ley viene a delegar en su favor, entre las que destaca la de ordenar la actividad profesional de los colegiados. La libertad de elección de profesión u oficio que proclama el art. 35 de la Constitución tiene el correlativo deber de sujetarse a unas normas y reglas determinadas por los propios Colegios profesionales con el fin de garantizar la buena práctica profesional, lo que representa una garantía de ordenación y control que se concreta en una función deontológica, consistente en la aprobación de unas normas de obligado cumplimiento para los profesionales que ejercen la profesión (Código deontológico) y la consiguiente potestad disciplinaria que establece un régimen propio de infracciones y sanciones.

Ahora bien, aunque las competencias organizativas y sancionadoras son de indiscutible naturaleza pública, los Colegios no ejercen propiamente potestades de soberanía o administrativas. La STC 3/2013, de 17 de enero, cuya doctrina se reitera en las posteriores SSTC 46/2013 y 50/2013, ambas de 28 de febrero; 63/2013, de 14 de marzo; 89/2013, de 22 de abril y 201/2013, de 5 de diciembre, contiene una síntesis de la abundante jurisprudencia constitucional en esta materia: «Aun cuando los colegios profesionales se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros, tienen también una dimensión pública que les equipara a las Administraciones públicas de carácter territorial, aunque a los solos aspectos organizativos y competenciales en los que ésta se concreta y singulariza [SSTC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 26; 20/1988, de 18 de febrero, FJ 4; y 87/1989, de 11 de mayo, FJ 3 b)]. En definitiva, corresponde al Estado fijar las reglas básicas a que los colegios profesionales han de ajustar su organización y competencias, aunque con menor extensión e intensidad que cuando se refiere a las Administraciones públicas en sentido estricto (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 71)».

Por otra parte y como ya advirtió la Circular 1/2016, la falta de encaje normativo de los Colegios profesionales entre las entidades públicas citadas en el art. 31 quinquies resulta plenamente conforme con el criterio de las Directivas que en el ámbito de la Unión Europea definen la «**persona jurídica**» como «cualquier entidad que tenga personalidad jurídica con arreglo al Derecho aplicable, con excepción de los Estados u otros organismos públicos en el ejercicio de la autoridad estatal y de las organizaciones internacionales públicas»³⁵.

El criterio general de responsabilidad no significa eliminar esa casuística a la que remitía la Circular 1/2011. Las circunstancias de cada supuesto serán apreciadas a la hora de valorar el encaje en el art. 31 bis CP. Así, resulta innegable que cuando un administrador de un Colegio profesional interviene en representación de la sociedad en una relación contractual o presenta una declaración tributaria puede transferir la responsabilidad penal a dicho Colegio. Por el contrario, el Colegio no será responsable de las actuaciones puramente profesionales de sus colegiados, pues faltará el requisito del art. 31 bis) 1 CP, como se verá más adelante al analizar las sociedades profesionales. A título ejemplificativo, algunos de los delitos que pueden cometer los Colegios profesionales alcanzarían a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores, blanqueo de capitales, e descubrimiento y revelación de secretos o los delitos contra la Hacienda Pública, respecto de actividades económicas no exentas, en las que se produce la ordenación de medios materiales y humanos con el fin de obtener beneficios (la actividad propia no lucrativa está exenta).

En definitiva, la elaboración de un programa de organización y gestión que diseñe un mapa de riesgos adecuado, en el que se determinen las actividades en cuyo entorno pueden llevarse a cabo los delitos que son susceptibles de comisión por el concreto Colegio profesional es, como apunta MUÑOZ CUESTA, la única vía para lograr la exención de responsabilidad penal por los delitos cometidos en nombre o por cuenta de la corporación y en su beneficio por las personas a que se refiere el art. 31 bis. 1 CP³⁶.

4.3. Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación

Como los Colegios profesionales, los partidos políticos o los sindicatos las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación son entes de naturaleza asociativa privada que llevan a cabo una labor de defensa de los intereses del sector ante todo tipo de autoridades e instituciones nacionales e internacionales.

Según establece el art. 2 de la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, tales Cámaras (en adelante, Cámaras de Comercio) «son corporaciones de derecho público con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, que se configuran como órganos consultivos y de colaboración con las Administraciones Públicas, sin menoscabo de los intereses privados que persiguen. Su estructura y funcionamiento deberán ser democráticos».

³⁵ Directiva 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal. En términos prácticamente idénticos y a título de ejemplo la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información o la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación.

³⁶ MUÑOZ CUESTA, J.: «Responsabilidad penal de los colegios profesionales», *Revista Aranzadi Doctrinal* num.10/2016 parte Tribuna, 2016.

Las Cámaras de Comercio son un organismo tutelado, que depende en el ejercicio de su actividad de una Administración pública tutelante, bien de la Administración General de Estado o de las Comunidades Autónomas, cuya finalidad es la representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria, los servicios y la navegación, así como la prestación de servicios a las empresas que ejerzan las indicadas actividades. Ejercerán además las competencias de carácter público que les atribuye esta Ley y las que les puedan ser asignadas por las Administraciones Públicas. Se trata pues de un organismo de carácter bifronte, que desarrolla funciones de naturaleza pública-administrativa (art. 5. 1 y 2 Ley 4/2014) y en tal sentido sometidas a su propia Ley y supletoriamente a la legislación referente a la estructura y funcionamiento de las Administraciones Públicas (art. 2 Ley 4/2014). En todo lo referente a la contratación y el régimen patrimonial se someten al derecho privado (arts. 2 y 5.3 Ley 4/2014).

Las similitudes entre las Cámaras de Comercio y los Colegios profesionales son altas, pero la naturaleza pública es en estas de menor intensidad que en los Colegios profesionales. En tal sentido, la colegiación, obligatoria en los Colegios y voluntaria en las Cámaras (art. 7 Ley 4/2014 y Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre) marca una relevante diferencia.

Ciertamente que las Cámaras de Comercio, como los Colegios profesionales, desempeñan funciones jurídico-públicas más o menos relevantes, pero esencialmente siguen siendo formaciones o agrupaciones sociales. Por eso, la jurisprudencia constitucional (SSTC 179/1994, cit y 223/1994, de 18 de julio) reconoce «a vertiente negativa del derecho de asociación» que implica el carácter excepcional de la adscripción forzosa de estas Corporaciones Públicas respecto del principio de libertad, «que debe encontrar justificación, bien en disposiciones constitucionales (así, en el art. 36 CE), bien, a falta de ellas, en las características de los fines de interés público que persigan» de tal modo que la «integración forzosa en una agrupación de base (en términos amplios) «asociativa», sólo será admisible cuando venga determinada tanto por la relevancia del fin público que se persigue, como por la imposibilidad, o al menos dificultad, de obtener tal fin, sin recurrir a la adscripción forzada a un ente corporativo», algo que el máximo intérprete de la Constitución no reconoce a las Cámaras de Comercio que, más allá de la defensa de sectores profesionales y económicos con manifiesta repercusión en los intereses públicos generales, tienen como función esencial «los intereses particulares que son propios de unas categorías profesionales concretas, esto es, los intereses profesionales, y sobre todo económicos, de quienes ejercen el comercio, la industria o la navegación».

Sobre la exigencia de que la estructura interna y funcionamiento de las Cámaras de Comercio deban ser democráticos, mandato común a los Colegios profesionales, partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales, el Tribunal Constitucional destaca que «pone de relieve algo extremadamente importante a fin de comprender el complejo carácter de algunos de estos entes, que no es sino su última y decisiva dimensión social, su carácter último de formas de organización social. Su base, en efecto, es siempre social, sus órganos son de extracción social, sus intereses, por más que pueden ser también generales, son siempre y en último término intereses sociales» (STC 179/1994, de 16 de junio).

En definitiva, las Cámaras de Comercio quedan claramente excluidas del régimen de exención de responsabilidad penal que el art. 31 bis predica de determinadas entidades y corporaciones de derecho público.

4.4. Las sociedades profesionales

La evolución de las actividades profesionales y su creciente complejidad, que tienen su origen en las ventajas que derivan de la especialización y la división del trabajo, han dado lugar a la paulatina sustitución de la actuación aislada del profesional por una labor de equipo. En los últimos tiempos, estos equipos u organizaciones colectivas que ejercen las profesiones colegiadas se han venido organizando bajo distintas formas societarias, realidad cuya generalización ha exigido su detallada regulación, que en España se llevó a cabo con la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.

De conformidad con el art. 1 de la Ley 2/2007, son sociedades profesionales aquellas que tienen por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional, entendiendo por actividad profesional aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional.

En este contexto, la sociedad profesional se constituye en una nueva clase de profesional colegiado, que podrá adoptar cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes, cumplimentando los requisitos establecidos en la Ley 2/2007.

Está fuera de duda que la sociedad profesional, como cualquier otra persona jurídica, es responsable penalmente por los delitos cometidos en su beneficio por las personas que pueden vincularla, de acuerdo con los criterios que establecen las letras a) y b) del art. 31 bis. 1. Podrá ser responsable penal, por ejemplo, de un delito de cohecho si la sociedad –sus representantes o empleados– retribuye con una dádiva a un funcionario para que este dicte un acto injusto en beneficio de la sociedad o de un delito fiscal si defrauda a la Hacienda Pública eludiendo el pago de tributos.

En el ámbito civil y en garantía de los terceros que requieran los servicios profesionales la Ley 2/2007 establece, junto a la responsabilidad personal de los profesionales, socios o no, que hayan intervenido en la prestación del servicio, la responsabilidad societaria solidaria, siendo de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan³⁷. Por supuesto, la responsabilidad civil *ex delicto* de estas sociedades podrá ser también exigida con base en el art. 120. 4º CP, en los casos en que la persona jurídica no sea responsable penalmente, cuando no pueda acreditarse el beneficio de la empresa o el defecto de control no haya existido o haya sido leve.

La cuestión objeto de debate es otra y se refiere a la capacidad de las sociedades profesionales para poder ser acusadas por los delitos atribuidos a sus socios o empleados en el ejercicio de su actividad profesional, esto es, si la sociedad profesional puede ser declarada penalmente responsable por los delitos cometidos en el ejercicio profesional por el abogado, médico, auditor... que trabaja para esa organización societaria.

La sociedad profesional es la titular de la relación jurídica establecida con el cliente, quien contrata con ella, de tal modo que los actos propios de la actividad profesional son ejecutados directamente bajo la razón o denominación social por un determinado profesional integrado en la sociedad, a la que le son atribuidos los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de dicha actividad profesional. Ahora bien, del mismo modo, los profesionales gozan de plena

³⁷ A tal efecto, las sociedades profesionales tienen la obligación de estipular un seguro que cubra la responsabilidad en la que estas puedan incurrir en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social (art. 11 Ley 2/2007).

autonomía e independencia en la formación de su criterio profesional, sea un dictamen jurídico, una opinión, diagnóstico o tratamiento médico, un proyecto arquitectónico o un informe de auditoría contable. En estos casos, las obligaciones de la sociedad profesional se circunscribirían a garantizar unos adecuados sistemas de control de la calidad del trabajo o servicio pero no tanto el propio contenido del mismo.

El auto de incoación de procedimiento abreviado de 11 de mayo de 2017, del Juzgado Central de Instrucción nº 4, en las Diligencias Previas 59/2012 (caso BANKIA) aplica esta doctrina al caso de una conocida sociedad profesional (DELOITTE), a la que exime de responsabilidad entendiendo que la actuación profesional de los socios de auditoría se rige, por mandato legal, por los principios de absoluta autonomía e independencia de criterio en el desempeño de su trabajo de auditoría. De este modo, dice la resolución, el socio auditor «es el responsable de firmar el Informe de Auditoría que acompañaba al Folleto de Emisión depositado en la Comisión Nacional de Mercado de Valores por parte de BANKIA para su salida a Bolsa, y sobre el que la firma de la que es Socio no interviene, ni puede intervenir, de forma que la responsabilidad que pudiera recaer por dicha actuación auditora lo será sobre el Socio Auditor, y no sobre la firma o sociedad profesional a la que aquel pertenece». Limitada así la responsabilidad de la sociedad a garantizar la adecuada calidad en la prestación del servicio, el auto considera que Deloitte sí había aportado a la causa la documentación que acreditaba que la sociedad misma contaba con un manual de *compliance* que cumplía con los requisitos establecidos en el art. 31 bis y que su gestión contaba con un sistema de control de calidad adecuado para exigir al personal de la misma el cumplimiento de las normas profesionales, estableciendo medidas de vigilancia y control idóneas para evitar la comisión de ilícitos.

Por lo tanto, a la sociedad profesional auditora y, por extensión, a cualquier sociedad profesional, no le es exigible el control de la opinión o del trabajo del profesional persona física pues eso atentaría contra el mandato de independencia y autonomía del profesional, sea socio o no³⁸. Lo que sí debe hacer la sociedad profesional—sus responsables de cumplimiento— es supervisar, vigilar y controlar el proceso de formación de la opinión, garantizando que el trabajo se presta en las mejores condiciones mediante el establecimiento de los adecuados sistemas de control de calidad. La responsabilidad penal de la sociedad quedaría pues limitada a la adecuación de tales sistemas.

Sin embargo, la cuestión, a nuestro juicio adecuadamente resuelta en el citado auto de 11 de mayo de 2017, dista de estar pacíficamente admitida por nuestros Tribunales. A falta de la necesaria jurisprudencia que, en esta y en tantas otras cuestiones, vaya delimitando el contenido y los límites de la responsabilidad corporativa, debe recordarse que dicho auto fue en este punto dejado sin efecto por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección Tercera) que en el auto 351/2017, de 15 de septiembre, expresamente rechazó el criterio del Instructor acordando extender la responsabilidad penal a la consultora al descartar

³⁸. GÓMEZ-JARA, en su estudio sobre el auto de 11 de mayo de 2017 añade un argumento exculpativo de la sociedad, que no maneja la mentada resolución judicial, basado en que la actuación de los socios de la persona jurídica no genera una responsabilidad penal de la persona jurídica, sino una responsabilidad penal individual porque el art. 31 bis CP establece como criterios de transferencia de la responsabilidad penal a la persona jurídica las actuaciones de sus representantes legales (administradores en sentido amplio) o de los empleados sometidos al control de estos pero no de los socios. [GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: «Compliance y delito corporativo: a propósito del auto de 11 de mayo de 2017 del Juzgado Central de Instrucción número cuatro (Caso Bankia)», *Diario La Ley*, nº 9018, 11 de julio de 2017, Editorial Wolters Kluwer].

una supuesta autonomía profesional entre el auditor acusado y Deloitte cuando, en definitiva, «constituyen la misma unidad jurídica».

Por otra parte la Sala Penal duda sobre la verdadera eficacia del sistema de control de calidad interno, del manual de cumplimiento normativo y de las políticas de control de la línea de auditoría, todo lo cual califica de «planteamiento teórico» de tal manera que «pese a la incuestionable colaboración de la firma Deloitte [...] resulta difícil afirmar sin cuestionamiento que la sociedad fiscalizó adecuadamente las sucesivas auditorías, siendo que al tiempo se producía un beneficio para la entidad», razones que llevan al Tribunal a mantener la acción penal y aplazar la cuestión de la suficiencia de las políticas de prevención de riesgos penales al juicio oral.

Más allá de la cuestión central sobre la independencia del socio respecto de la sociedad profesional, la resolución de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional deja traslucir otra cuestión todavía más trascendental: el problemático encaje procesal de la firme apuesta del legislador por los programas de cumplimiento como instrumento para la prevención de delitos. Las evidentes dificultades para valorar la idoneidad de cada modelo de organización y gestión, son sorteadas en EE.UU. mediante el recurso a los denominados «acuerdos de encausamiento diferidos» o «acuerdos de no enjuiciamiento» (*deferred prosecution or non-prosecution agreements*). Se trata de acuerdos informales con las entidades corporativas para evitar que un proceso penal siga adelante, a cambio del cumplimiento por parte de la corporación de condiciones tales como el pago de multas, la admisión de hechos, la obligación de modificar su estructura corporativa o la colaboración en la investigación. Se consigue así un doble objetivo. Para la acusación, eludir un difícil juicio sobre la idoneidad del modelo de prevención de riesgos corporativos. Para la empresa, el acuerdo supone evitar someterse a un largo y publicitado proceso penal, lo que constituye el principal acicate para la implantación de fórmulas preventivas que se conviertan en una «*Circunstancia de exención de responsabilidad que, en definitiva, lo que persigue esencialmente no es otra cosa que posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la persona jurídica, en evitación de mayores daños reputacionales para la entidad...*» (STS 154/2016, cit.). Sin embargo, este objetivo empresarial de lograr una «pronta exoneración» difícilmente se va a conseguir en España, como la práctica judicial va avanzando, con un sistema procesal en el que el ámbito de la conformidad está tan restringido, el Fiscal no tiene atribuida la instrucción de los procedimientos penales, la admisibilidad del principio de oportunidad queda restringido exclusivamente al procedimiento por delito leve, que no juega en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y en el que la acusación pública convive con las acusaciones particulares y populares³⁹.

³⁹ Valga como ejemplo las Diligencias Previas 59/2012 del Juzgado Central de Instrucción nº 4, en las que el juicio oral se ha abierto contra BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS, S.A. y de BANKIA, S.A. pese a la petición del Fiscal de sobreesimiento de la causa penal (sin perjuicio de la responsabilidad civil correspondiente) por entender que la conducta corporativa de estas entidades demostraba el compromiso de sus actuales dirigentes con una cultura de cumplimiento corporativo que alcanza a la exención de la pena que pudiera corresponderle de conformidad con lo dispuesto en el art. 31 bis CP.

LA CONTRIBUCIÓN DEL MAGISTRADO JOSÉ MANUEL MAZA A LA CONSOLIDACIÓN DE UN MODELO DE AUTORRESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Manuel Marchena Gómez
Magistrado del Tribunal Supremo
Presidente de la Sala Penal

SUMARIO

I. *IN MEMORIAM*; II. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: UNA NOVEDAD *CUASIRREVOLUCIONARIA*; III. LA REIVINDICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD: STS 514/2015, 2 de septiembre; IV. PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD O RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO: STS 154/2016, 29 DE FEBRERO; IV. 1. La proclamación del principio de autorresponsabilidad; IV. 2. La convergencia de intereses contrapuestos entre la persona jurídica y la persona física; IV. 3. Los planes de prevención y la cultura empresarial de respeto a la norma; IV. 4. Principio de proporcionalidad y respuesta penal al delito cometido por las personas jurídicas; V. EL DELITO CORPORATIVO: LAS GARANTÍAS DERIVADAS DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN: STS 221/2016, 16 DE MARZO; VI. LA CONFIRMACIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL FAVORABLE A LA AUTORRESPONSABILIDAD: STS 516/2016, 13 DE JUNIO; VII. AUSENCIA DE *LITIS CONSORCIO* PASIVO NECESARIO ENTRE PERSONA FÍSICA Y PERSONA JURÍDICA PARA JUSTIFICAR LA PROCEDENCIA DE LA CONDENA DE CUALQUIERA DE ELLAS (STS 445/2017, 21 DE JUNIO); VIII. PERSONA JURÍDICA Y DERECHO A LA ÚLTIMA PALABRA (STS 583/2017, 19 DE JULIO). IX. CONCLUSIÓN

I. *IN MEMORIAM*

La muerte de JOSÉ MANUEL MAZA ha dejado en nosotros una profunda sensación de vacío. Su desaparición no sólo ha dolido a quienes tuvimos ocasión de disfrutar de su amistad y de convivir profesionalmente con él durante muchos años. Las muestras de afecto y los homenajes a su memoria se siguen sucediendo con una regularidad nada usual. El paso del tiempo, bálsamo para el dolor, no produce en el caso de JOSÉ MANUEL el mismo efecto. Su ausencia es recordada en el día a día de nuestro trabajo en la Sala Segunda del Tribunal Supremo. La aportación de sus conocimientos técnicos y de su dilatada experiencia jurisdiccional eran una garantía añadida a la cotidiana deliberación.

Pero su contribución iba más allá del enriquecedor debate técnico que está en la base de todo pronunciamiento jurisprudencial. JOSÉ MANUEL sabía crear una atmósfera de concordia entre los Magistrados de la Sala que hacía mucho más fácil lo que, en un principio, a otros nos parecía un camino lleno de obstáculos y dificultades. Precisamente por ello, su recuerdo se pasea entre nosotros siempre que nos enfrentamos a un problema interpretativo susceptible de muchos enfoques y en el que la deliberación tropieza con lo que aparece como un escollo aparentemente insalvable.

Su incuestionable formación jurídica y su actitud constructiva en el proceso de deliberación colegiada están en la base de muchas de sus sentencias, algunas de ellas, de gran impacto jurisprudencial. La naturaleza de una publicación de estas características, sin embargo, desaconseja una enumeración de aquellas resoluciones que pudieran considerarse como sus ponencias más innovadoras. No se trata –por innecesario– de subrayar la valiosa y plural aportación de JOSÉ MANUEL a esa labor de complementación del ordenamiento jurídico que nuestro sistema confiere a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La publicación que ahora ve la luz opta por crear un hilo conductor en torno a una de las materias que más motivaban a nuestro llorado compañero. La responsabilidad de las personas jurídicas fue para él un tema al que dedicó –fui testigo privilegiado de ello– muchas horas de estudio y sacrificio personal. No es casualidad que inspirara también su tesis doctoral, presentada y defendida algunos meses después de haber asumido la ponencia del primer recurso de casación en el que ese problema se suscitaba en toda su dimensión. La STS 154/2016, 29 de febrero –titulada por algunos la *sentencia bisiesta*–, tuvo que decantarse por uno de los modelos dogmáticos explicativos de la responsabilidad criminal de los entes colectivos. Y lo hizo sentando las bases de una línea jurisprudencial que, pese a los iniciales siete votos particulares concurrentes que enriquecieron aquella resolución, hoy puede considerarse plenamente consolidada.

Así lo evidencia un examen de la jurisprudencia más reciente. Más allá de algunos de los matices introducidos en pronunciamientos ulteriores, las claves definitorias de nuestro sistema fueron dibujadas con vocación de continuidad en la ya citada STS 154/2016.

Un recorrido esquemático y de síntesis por las resoluciones más destacadas en esta materia, nos concede la oportunidad de subrayar las notas definitorias de un modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas, cuyo verdadero alcance no puede entenderse sin la inteligente contribución de JOSÉ MANUEL MAZA.

II. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: UNA NOVEDAD *CUASIRREVOLUCIONARIA*

La incorporación a nuestro sistema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituye una novedad *cuasirrevolucionaria*. Durante siglos generaciones de juristas han sido educadas al cobijo de un epigrama del que, hasta hace bien poco, nadie discutía su carácter axiomático. La seguridad que proporcionaba la vigencia del principio *societas delinquere non potest*, estaba asociada al carácter incontrovertible de otras categorías normativas sin las cuales el derecho penal moderno no era entendible. La idea de responsabilidad por el hecho propio, el principio de culpabilidad, la capacidad natural de acción y, en fin, la importancia de que cualquier sistema punitivo

huya de ficciones para construir el juicio de autoría, hacían explicable la solidez de aquella afirmación. En el fondo, no se hacía otra cosa que rendir culto a una idea tan elemental como que el delito sólo puede construirse a partir de una conducta humana.

En su tesis doctoral, publicada bajo el título *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos*, decía MAZA MARTÍN, J.M., que «... la incorporación a nuestro sistema legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas [...] supuso, sin duda, una verdadera revolución en el ámbito no sólo de la dogmática penal sino también, lo que resulta quizá incluso más trascendente por mayor impacto social, en la práctica forense, pudiendo afirmar que nos hallamos ante una verdadera tercera vía dentro del Derecho Penal patrio, con su propia y autónoma interpretación de los principios rectores del sistema».

La necesidad de introducir algunos matices al histórico principio de irresponsabilidad de las personas jurídicas se ha abierto paso de forma paralela a la consolidación de una delincuencia económica que ha descubierto en los entramados societarios una verdadera puerta falsa para el enmascaramiento. Hoy se habla ya de una *dogmática de la globalización* que vendría caracterizada –en palabras de SILVA SÁNCHEZ– por cierto abandono de los principios y garantías del *viejo y buen derecho penal liberal*.

Lamentablemente una novedad de este alcance ha estado marcada por la improvisación. La introducción sobrevenida del art. 31 bis del CP durante la tramitación en el Senado de la LO 5/2010, 22 de junio, permitió eludir así el preceptivo dictamen de los órganos del Estado que han de ser oídos en los procesos legislativos que afecten al sistema de justicia. Y la posterior reforma de ese mismo precepto por la LO 1/2015, 30 de marzo, han reforzado esa sensación de falta de rigor en la creación normativa. Esta última reforma ha nacido con la declarada vocación de uniformar la interpretación de un precepto cuya falta de uniformidad, sin embargo, no se había manifestado todavía como un problema a la espera de solución. En el Preámbulo de la citada ley se justificaba la necesidad de reforma a partir de una experiencia aplicativa que, desde luego, no había llegado a existir: «la reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del “debido control”, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal. [...] Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales».

Sea como fuere, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no parece una ocurrencia legislativa con fecha de caducidad. Los juristas tenemos que familiarizarnos con su existencia y, por supuesto, con su efectiva aplicación. El mandato legislativo es inequívoco. El debate entre partidarios y detractores del régimen de responsabilidad penal derivado del art. 31 bis del CP tiene que pasar a mejor vida. Es cierto que existían modelos alternativos de incriminación. El derecho comparado ofrece buena muestra de ello. Sin embargo, no cabe otra actitud que la adaptación de tan novedosa fuente de imputación a los principios de legitimación en nuestro sistema constitucional la condena penal. El silencio de la centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre aspectos esenciales del proceso seguido contra un ente colectivo, sólo remediado por los añadidos parciales de la LO 5/2010, 22 de junio, dibujan un escenario de incertidumbre

que habrá ser clarificado por una jurisprudencia que aborde y resuelva, caso por caso, los aspectos más controvertidos.

Y esa es la actitud asumida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en los primeros y más relevantes pronunciamientos sobre la materia.

III. LA REIVINDICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD: STS 514/2015, 2 DE SEPTIEMBRE

El primero de los pronunciamientos de la Sala Segunda se limitó a un recordatorio que, para algunos, implicaba la proclamación de una obviedad, mientras que para otros expresaba un *obiter dicta* perturbador y discutible por lo que tiene de adscripción a una concepción no siempre compartida de la responsabilidad de las personas jurídicas. Se trataba de una causa penal por un delito de estafa contra el administrador de una empresa inmobiliaria, en la que también se había dictado condena penal contra la sociedad administrada por aquél. Ninguna de las incógnitas que suscita el nuevo modelo de responsabilidad estaba presente, ni en la sentencia recurrida ni en el escrito de formalización del recurso. De hecho, el recurso de casación sólo perseguía la absolución de la persona física acusada. Se aceptaba la condena a una pena pecuniaria de la persona jurídica y no se mencionaba discrepancia alguna con el fallo condenatorio –de escueta motivación– que afectaba a la inmobiliaria.

La estimación del recurso promovido por el administrador, al entender el Tribunal Supremo que no estaba acreditada la concurrencia del elemento nuclear del engaño que define el delito de estafa, hace explicable el razonamiento de la Sala incorporado al FJ 3º: «... el efecto extensivo que el art. 903 de la LECrim impone respecto de las decisiones favorables que se deriven de la interposición de un recurso de casación, sugiere importantes matices cuando la exoneración de la responsabilidad por vulneración del derecho a la presunción de inocencia se declara respecto de la persona física que ha actuado en nombre de la sociedad que ha resultado también condenada. En el presente caso, sin embargo, el laconismo de la sentencia de instancia respecto del fundamento de la responsabilidad criminal declarada en relación con la entidad G.B.R.I., S.L., el silencio de los recurrentes y, sobre todo, la irrelevancia penal del hecho de referencia, conducen a declarar también extinguida toda responsabilidad criminal respecto de la sociedad receptora de las transferencias económicas que fueron abonadas por los querellantes».

Pues bien, precisa ese mismo fundamento jurídico que «... la ausencia de un recurso formalizado por esta entidad, obliga a la Sala a no abordar el llamativo distanciamiento del FJ 4º de la sentencia recurrida respecto de las exigencias del principio de culpabilidad (art. 5 CP). Esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 bis del CP. Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal».

Este lacónico mensaje ha sido valorado por muchos como el anticipado anuncio de una toma de postura del Tribunal Supremo sobre dos cuestiones básicas. De una parte, el debatido tema de la fuente de responsabilidad penal de las personas jurídicas; de otra, sobre el

estatuto jurídico de su llamamiento como parte al proceso. Sin embargo, los términos en que el recurso de casación había sido formalizado no permitían abordar lo que no había sido objeto de recurso.

IV. PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD O RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO: STS 154/2016, 29 DE FEBRERO

Esta segunda resolución –fruto de una deliberación del Pleno de la Sala Segunda– dio oportunidad a JOSÉ MANUEL MAZA de desarrollar una ponencia de gran trascendencia. La lectura de su densa fundamentación jurídica, compatible con un lenguaje preciso, directo y claro, pone de manifiesto la variedad de temas que fueron objeto de tratamiento. El tono en el que esos problemas son abordados no es ajeno a una vocación didáctica, tan definitoria del ponente. Algunos de sus pasajes desprenden un inequívoco aroma propedéutico. Con toda probabilidad, el desenlace final, inspirado en esa metodología, ha contribuido al impacto de la sentencia y a su generalizada difusión en los círculos jurídicos.

Esa voluntad unificadora aparece resaltada con toda evidencia cuando se razona en los siguientes términos: «... a fin de cumplir con las funciones nomofiláctica y de unificación doctrinal que esta Sala tiene encomendadas como Tribunal casacional, tratándose de materia tan novedosa como compleja, y por tanto precisada en el momento presente de una dotación, dirigida a los órganos de instrucción y de enjuiciamiento, de criterios válidos en la interpretación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas acordes con el sentido, naturaleza y finalidad del mismo, se considera de interés dejar aquí constancia de las siguientes precisiones».

La existencia de siete votos particulares de carácter concurrente es la mejor prueba de que nos movemos en un terreno escurridizo. La propia sentencia ya advierte de las dificultades derivadas de la divergencia valorativa expresada en las opiniones disidentes.

Varias son las cuestiones que merecen ser anotadas.

En primer lugar, la propia naturaleza del hecho declarado probado, relacionado con una organización delictiva que se dedicaba a la importación de grandes cantidades de cocaína que, procedentes de un país latinoamericano, se camuflaban en maquinaria pesada. No se trataba, por tanto, de una actividad económica lícita en cuyo escenario se consumaba el delito, pero tampoco de una simple sociedad pantalla susceptible del tratamiento que el CP dispensa a las entidades puramente instrumentales. El hecho de que una de esas sociedades –que resultó condenada a la pena de disolución– tuviera más de cien empleados, impedía etiquetarla como un ente ficticio centrado en la exclusiva importación clandestina de estupefacientes.

IV. 1. La proclamación del principio de autorresponsabilidad

La Sala no elude la proclamación de un sistema de autorresponsabilidad en el que la pena impuesta a la persona jurídica se construye a partir del hecho propio. Descarta así la idea de responsabilidad vicarial y recuerda la necesidad de definir un injusto propio como fundamento de esa responsabilidad: «... el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la

organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización».

La responsabilidad de los entes colectivos aparece, por tanto, ligada a lo que la sentencia denomina «... la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos».

IV. 2. La convergencia de intereses contrapuestos entre la persona jurídica y la persona física

La sentencia llama también la atención sobre la importancia del derecho a un proceso con todas las garantías, evitando toda posibilidad de colisión de intereses entre la defensa de la persona física y la que asume la estrategia de exoneración de la persona jurídica. Se trata así de evitar el riesgo de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se convierta en un instrumento de camuflaje de la responsabilidad penal individual de los directivos o personal subordinado que hayan delinquido en beneficio de su propia empresa. La Sala, en fin, destaca la necesidad de evitar que la estructura societaria sirva para ocultar la ejecución de hechos individuales de naturaleza delictiva.

Precisamente por ello, la designación de los profesionales llamados a asumir la representación y defensa de la persona jurídica no debería verse nunca mediatizada por una mal entendida convergencia de intereses que llevara al sacrificio de los derechos de la persona jurídica, que fuera entregada como moneda de cambio, por ejemplo, para alcanzar un ventajoso acuerdo a cambio de la reparación económica del daño causado. Se trata de responder al interrogante acerca de cuál habrá de ser el régimen para designar a la persona física que deba actuar en representación de esa persona jurídica en el procedimiento en el que se enjuicie su posible responsabilidad penal, no sólo en el ejercicio de la estricta función representativa, sino también a la hora de dirigir y adoptar las decisiones oportunas en orden a la estrategia de defensa a seguir como más adecuada para los intereses propios de la representada, lo que obviamente resulta de una importancia aún mayor.

Decíamos en el FJ 8º que «... la cuestión lógicamente se suscita especialmente en aquellos supuestos en los que pudiera existir un conflicto de intereses procesales entre los de quienes, en principio, estarían legalmente llamados a llevar a cabo tales funciones representativas (representantes y administradores) y los propios e independientes de la persona jurídica, que a su vez pudieren incluso afectar a los derechos de terceros, como sus trabajadores, acreedores, accionistas minoritarios, etc. [...] Más en concreto aún, cuando aquel a quien se encomiende tal tarea fuere, a su vez, posible responsable de la infracción que da origen a la condena de la representada, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que su actuación se extiende también a las decisiones relativas a la estrategia de defensa a seguir, que incluirán la posibilidad de optar por un camino de colaboración con las autoridades encargadas de la persecución y castigo del delito cometido por la persona física en el seno de la colectiva, aportando datos y pruebas sobre la identidad de su autor y los hechos por él cometidos, con el fin de obtener para la persona jurídica los beneficios punitivos derivados de esa opción como consecuencia de la aplicación de la correspondiente atenuante [*vid.* art. 31 quáter b) CP]».

Precisamente por ello, advertiríamos que «... en estos casos, dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación».

En el mismo fundamento jurídico, la Sala mira hacia el derecho comparado en la búsqueda de soluciones que evitan ese riesgo: «... semejante cuestión, de tanta trascendencia procesal como puede advertirse y que es resuelta en otros ordenamientos con distintas fórmulas, como la designación a estos efectos por el órgano jurisdiccional correspondiente de una especie de “defensor judicial” de la persona jurídica, la asignación de tales responsabilidades a un órgano colegiado compuesto por personas independientes junto con otras en representación de los intereses de terceros afectados por las posibles consecuencias sancionadoras derivadas del ilícito de la persona jurídica, etc. o como lo era también en nuestro propio país en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 (art. 51.1) mediante la atribución de esas funciones de defensa, con carácter prioritario, al “director del sistema de control interno de la entidad” (el denominado también como “oficial de cumplimiento”), evidentemente no puede ser resuelta, con carácter general, por esta Sala».

IV. 3. Los planes de prevención y la cultura empresarial de respeto a la norma

Subraya también el papel destacado que nuestro sistema reserva a los planes de *compliance*, pieza angular sin la que el edificio sobre el que se ha construido el régimen penal de responsabilidad de las personas jurídicas se resiente de modo irreparable. En el FJ 8, apartado 4, letra b) la Sala considera conveniente señalar «... intentando eludir en lo posible categorías doctrinales que, sin ser necesarias para la decisión sobre las pretensiones aquí deducidas, podrían dar origen a eventuales confusiones interpretativas, que lo que no admite duda, visto el texto legal (art. 31 bis CP, especialmente tras la Reforma de la LO 1/2015) [...] el hecho de que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización. [...] Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal [...], ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica».

De forma intencionada, el ponente elude el debate doctrinal acerca de la naturaleza de esos planes de prevención que, por expresa voluntad del legislador, pueden llegar a asegurar el efecto exoneratorio: «... y ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que [...] podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física».

No se identifica el criterio mayoritario con la tesis postulada por la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, que ve en la existencia de esos planes de prevención y control una «excusa absolutoria vinculada a la punibilidad», hasta el punto de calificar esa afirmación como «... discutible si tenemos en cuenta que una “excusa absolutoria” ha de partir, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad, cuya punición se excluye, mientras que a nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción».

La falta de vigencia de esos mecanismos de control lleva al ponente a etiquetar su ausencia como el verdadero «... núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica que, como venimos diciendo, no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas “compliances” o “modelos de cumplimiento”, exigidos para la aplicación de la eximente que, además, ciertas personas jurídicas, por su pequeño tamaño o menor capacidad económica, no pudieran cumplidamente implementar».

IV. 4. Principio de proporcionalidad y respuesta penal al delito cometido por las personas jurídicas

La directa aplicación del principio de proporcionalidad para rebajar la pena, sustituyendo la definitiva disolución acordada en la instancia y reemplazándola por una pena pecuniaria, constituye otro de los contenidos más relevantes de la doctrina proclamada por la sentencia que estamos comentando. En el FJ 10 se corrige la decisión de la Audiencia Nacional en los siguientes términos: «... la incorrecta aplicación de las reglas de determinación de las penas, en concreto la de la disolución de la condenada, extremo sobre el que resulta de gran importancia pronunciarnos puesto que se trata de una empresa que, según se nos dice, daba empleo a más de cien trabajadores que habrían de sufrir los graves perjuicios derivados de semejante castigo cuando, además y como ya se ha dicho, los intereses de la persona jurídica, que son también los de ellos, pudieran no haber sido defendidos con la máxima diligencia por aquel que fue llamado a hacerlo. [...] En efecto, según el contenido del art. 66 bis CP a propósito de las reglas de determinación de las penas aplicables a las personas jurídicas, cuando de sanciones interdictivas, o privativas de derechos, se trate como en el presente supuesto, éstas habrán de aplicarse, con carácter general y entre otros aspectos, atendiendo a “Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores” [art. 66 bis 1ª b) CP]».

La llamada de la Sala a una detenida ponderación de las circunstancias del caso concreto, conducen a dejar sin efecto la pena de disolución y a su sustitución por una respuesta de naturaleza económica. Se rechaza la línea argumental del Tribunal de instancia y se concluye en los siguientes términos: «... el hecho de que la estructura y cometido lícito de la persona jurídica fueren utilizados por la persona física integrante de la misma para cometer la infracción de la que es autora no significa obligadamente, así como tampoco la carencia absoluta de medidas de prevención del delito, que la misma deba de disolverse en los términos del art. 33.7 b) CP (LA LEY 3996/1995), sino que se requerirá, cuando menos, motivar adecuadamente el criterio de ponderación entre la relevancia diferente de su actividad legal y el delito cometido en su seno, en busca de una respuesta proporcionada tanto a la gravedad de su actuar culpable como a los intereses de terceros afectados y ajenos a cualquier clase de responsabilidad».

V. EL DELITO CORPORATIVO: LAS GARANTÍAS DERIVADAS DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN: STS 221/2016, 16 DE MARZO

La sentencia a la que ahora nos referimos asume como punto de partida la complejidad de una novedad tan rupturista respecto de los viejos esquemas analíticos impuestos por la teoría general del delito, siempre concebido en nuestro derecho codificado como una acción u omisión imputable a una persona física. Así se razona en el FJ 5º: «... la existencia de puntos controvertidos [...] aconseja no interpretar algunas de las soluciones proclamadas como respuestas cerradas, ajenas a un proceso ulterior de matización. En pocas materias como la que ahora nos ocupa las soluciones dogmáticas son tan variadas. El debate parece inacabable y el hecho de que algunos de los autores que han abanderado las propuestas más audaces a la hora de explicar la responsabilidad de las personas jurídicas, hayan rectificado sus planteamientos iniciales, es indicativo de que a un catálogo tan abierto de problemas no se puede responder con un repertorio cerrado y excluyente de soluciones. El cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre una novedad tan radical referida a los sujetos de la imputación penal, sólo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a nuestra consideración uno u otro problema».

Reconocidas de forma explícita las dificultades para explicar el injusto de las personas jurídicas, este tercer pronunciamiento confirma la apuesta de la Sala Segunda por el principio de autorresponsabilidad, al tiempo que recuerda la necesidad de desvincular las soluciones jurisprudenciales de la rigidez impuesta por las categorías dogmáticas: «... la responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva. De lo que se trata, en fin, es de aceptar que sólo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad».

Y una vez proclamada la ineludible exigencia de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se desvincule de un hecho propio, la Sala insiste, en línea de lo que ya fuera proclamado en la STS 1545/2016, 29 de febrero, en la necesidad de un estatuto procesal de parte pasiva en el que el ente colectivo esté rodeado del cuadro de garantías definido por el canon constitucional del derecho a un proceso justo: «... el conjunto de derechos invocables por la persona jurídica, derivado de su estatuto procesal de parte pasiva, eso sí, con las obligadas modulaciones, no puede ser distinto del que ostenta la persona física a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo. Y es que la posición de los entes colectivos en el proceso, cuando son llamados a soportar la imputación penal, no debería hacerse depender del previo planteamiento dogmático que el intérprete suscriba acerca del fundamento de esa responsabilidad. En efecto, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015».

Se recuerda así que el desafío probatorio que incumbe al Ministerio Fiscal no ve relajada su intensidad en función de que la acción penal se dirija contra una persona física o una persona jurídica. Así se expresa en el apartado B del FJ 5º: «... la Sala no puede identificarse –insistimos, con independencia del criterio que en el plano dogmático se suscriba respecto del carácter vicarial o de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica– con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción *iuris tantum* de que ha existido un defecto organizativo. Y para alcanzar esa conclusión no es necesario abrazar el criterio de que el fundamento de la responsabilidad corporativa no puede explicarse desde la acción individual de otro. Basta con reparar en algo tan elemental como que esa responsabilidad se está exigiendo en un proceso penal, las sanciones impuestas son de naturaleza penal y la acreditación del presupuesto del que derivan aquéllas no puede sustraerse al entendimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia. Sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el *ius puniendi* del Estado».

De ahí que, «... en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos –pericial, documental, testifical– para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad».

La absolución de la persona jurídica imputada es consecuencia de la extemporaneidad del emplazamiento de la entidad que luego resultó condenada y que, precisamente por ello, se vio privada de la posibilidad de hacer valer su derecho a la prueba.

No alza ningún obstáculo interpretativo a lo así razonado el hecho de que la Directiva 16/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, no incluya entre sus previsiones a la persona jurídica (*cf.* art. 2). Se trata de una puntuación obligada a la vista de la pluralidad de sistemas vigentes en el ámbito europeo, la mayoría de los cuales, como es sabido, excluye la responsabilidad penal y opta por modelos sancionadores mixtos o genuinamente administrativos. De ahí que en el *considerando* 14 de la citada Directiva se precise que «... en el estado actual de desarrollo del Derecho nacional y de la jurisprudencia tanto nacional como de la Unión, resulta prematuro legislar a escala de la Unión en materia de presunción de inocencia de las personas jurídicas. Por consiguiente, la presente Directiva no debe aplicarse a las personas jurídicas. Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación de la presunción de inocencia a las personas jurídicas, tal como se establece, en particular, en el CEDH y la interpretan el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia».

VI. LA CONFIRMACIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL FAVORABLE A LA AUTORRESPONSABILIDAD: STS 516/2016, 13 DE JUNIO

La última de las resoluciones destacables rechaza, en atención a la fecha de comisión de los hechos, la aplicación del art. 31 bis para atribuir responsabilidad a una empresa que ocasionó daños al medio ambiente. Sin embargo, recuerda que «... en el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema de autorresponsabilidad (*cf.* auto de aclaración), siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad».

Con similar claridad, la STS 668/2017, 11 de octubre, apuntaba que «... la Sala es consciente de que la opción jurisprudencial por un sistema de autorresponsabilidad no es ajena a las críticas dogmáticas de quienes entienden que la idea de empresa como una organización autopoietica que se administra y organiza a sí misma, conduce a una irreparable invasión del espacio que ha de reservarse a la psique del individuo como presupuesto de cualquier idea de culpabilidad».

VII. LA AUSENCIA DE UN *LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO* ENTRE PERSONA FÍSICA Y PERSONA JURÍDICA PARA JUSTIFICAR LA PROCEDENCIA DE LA CONDENA DE CUALQUIERA DE ELLAS (STS 455/2017, 21 DE JUNIO)

Para concluir que la responsabilidad de la persona física y del ente colectivo se explican a partir de distintas fuentes de antijuridicidad, basta con una lectura detenida del art. 31 *ter* del CP, en cuyo apartado 1º se recuerda que «la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien os-

tente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella». Y añade el apartado 2º 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 hubieran sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas».

Pues bien, la STS 455/2017, 21 de junio, tuvo la oportunidad de dar respuesta a una alegación defensiva en la que se imputaba a la sentencia de instancia una vulneración del principio acusatorio, en la medida en que la acción penal se había dirigido tan solo contra la persona física. Se sostenía entonces «... la vulneración del principio acusatorio por cuanto no se ha perseguido penalmente ex artículo 31 bis CP a la persona jurídica, hoy acusación particular, en quien concurre la cualidad de beneficiaria de las subvenciones, sosteniendo lo que podríamos denominar un impropio litisconsorcio pasivo necesario. Sin embargo ello carece de fundamento si tenemos en cuenta que la responsabilidad penal de la persona física (administrador o representante legal o persona que actúe individualmente o como integrante de un órgano de la persona jurídica) es autónoma de la del ente social; además la pretensión de haberse vulnerado el principio acusatorio por defecto tampoco es sostenible pues no existe el derecho a la condena de otro; y, por último, como señala el Ministerio Fiscal en su informe “los comportamientos de la persona física (acusado), no se realizaron en beneficio directo o indirecto de la sociedad, como exige el artículo 31 bis del CP, sino en todo caso en su perjuicio”, con cita de la STS 154/2016».

Y en la STS 668/2017, 11 de octubre, negábamos la existencia «... de un extravagante *litis consorcio* pasivo necesario entre la persona jurídica y la persona física, recordando la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica frente a la que es predicable del directivo o empleado que comete el delito de referencia».

VIII. PERSONA JURÍDICA Y DERECHO A LA ÚLTIMA PALABRA (STS 583/2017, 19 DE JULIO)

La sentencia 154/2016, 29 de febrero, ya incorporaba en su fundamentación jurídica una referencia a las consecuencias de la omisión de un turno *ad hoc* del derecho a la última palabra para la persona jurídica. Esta reivindicación fue también acogida en el recurso de casación que tuvo como desenlace la STS 583/2017, 19 de julio. En ambas resoluciones se concluye la ausencia de indefensión. Respalda esta idea, no sólo la cita de la jurisprudencia constitucional que ha evolucionado hasta negar a la omisión del derecho a la última palabra la condición de defecto estructural con aptitud para generar la quiebra del principio de contradicción, sino la práctica identidad en la estrategia defensiva asumida por ambas defensas.

En el FJ 2º, apartado b) se razona que «... desde el punto de vista material o de fondo, es decir desde la necesidad de indagar en qué medida puede anudarse algún género de indefensión a esa supuesta omisión (un trámite formal de última palabra a una persona jurídica que estaba defendida por letrado, cuyos titulares reales eran parte en el juicio, y que no había designado

a nadie diferente para ostentar su representación, designación que en todo caso correspondía a esos propietarios reales también partes en el proceso y que por tanto lo conocían de sobra su existencia y vicisitudes), las conclusiones no pueden ser más contundentes: ninguna indefensión ha podido producirse».

En el caso entonces enjuiciado, la singular configuración de la persona jurídica que había sido enjuiciada y condenada, prácticamente identificada con la persona física que aparecía como única titular de ese ente colectivo, ofreció a la Sala Segunda una línea argumental orientada a descartar la indefensión material que reivindicaba la defensa: «... por una parte en el plano de identificar los reales intereses de la persona jurídica, hay que destacar que su titularidad real corresponde íntegramente según la sentencia a uno de los acusados: se declara probado que Amadeo Pio era el auténtico y único propietario de Transpinelo (al 100%). Eso cambia radicalmente la perspectiva las apreciaciones vertidas y erige en argumento irrefutable. Quien es real titular de Transpinelo y por tanto sobre quien recae en definitiva materialmente y en forma directa la pena impuesta a la persona jurídica ha sido parte en el proceso y ha gozado de todos los derechos y entre ellos el derecho a la última palabra. Pudo ejercerlos en nombre propio (su intervención final cristalizó una petición de disculpas) y además en defensa de los intereses de Transpinelo que son los suyos pues sería titular único. Levantando el velo aparece Amadeo Pio. Pero incluso a un nivel formal los titulares de una mayoría del accionariado (Manuel Roberto y Alberto Benito y Zulima Inocencia como heredera del titular formal ya fallecido) han sido parte en este proceso con plenitud de derechos. Todos han sido acusados y condenados».

A la vista de esta línea de razonamiento, resulta de interés destacar dos ideas. La primera, la conveniencia de evitar cualquier género de equívoca convergencia en los intereses de la persona física a la que se imputa el hecho de referencia y la persona jurídica en cuyo provecho se haya actuado. La segunda, que no hay razones para un tratamiento especial del derecho a la última palabra cuando ha sido el representante de la persona jurídica encausada quien se ha visto privado de expresar lo que convenga al derecho de la entidad enjuiciada. Su omisión sólo podrá generar un vicio invalidante en aquellas ocasiones en las que pueda acreditarse.

IX. CONCLUSIÓN

La responsabilidad penal de las personas jurídicas ya ha sido abordada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en distintas resoluciones que hoy permiten considerar plenamente consolidado un modelo de autorresponsabilidad, distante de las notas que definen el sistema vicarial alternativo. La responsabilidad penal de la persona jurídica no puede explicarse, por tanto, como la simple derivación o transferencia de los efectos del acto ilícito imputado a la persona física. Es algo más. Y lo es tanto en el plano sustantivo, en el que puede llegar a proclamarse un injusto y una culpabilidad por el hecho propio, como en el orden procesal, en el que su presencia en el proceso penal le atribuye todos los derechos predicables de su condición de parte. Nuestro sistema constitucional no admite la imposición de una pena —y las previstas para las personas jurídicas lo son— sin que la investigación y enjuiciamiento del hecho imputado se ajusten a las garantías del derecho a un proceso justo. No es admisible dos tipos de sujetos de

la imputación. La persona física, verdadera titular de derechos irrenunciables, y la persona jurídica, cuyo enjuiciamiento sería compatible con la imposición de una pena sin otro respaldo que el incontrolado voluntarismo de quien ha de dictar sentencia.

Y ninguno de estos presupuestos, que hoy se aceptan con relativa naturalidad, son entendibles sin la aportación de nuestro querido y llorado JOSÉ MANUEL MAZA. Su magisterio, su capacidad de trabajo y su inquietud intelectual están presentes en nuestra jurisprudencia. Gracias, JOSÉ MANUEL, por tu trabajo. Sirvan estas líneas como homenaje de admiración y de profundo afecto.

LA PRUEBA PERICIAL EN EL MARCO DE LOS DELITOS CONTRA LA CORRUPCIÓN. COLABORACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA

Andrés Martínez Arrieta
Magistrado del Tribunal Supremo

Conocí a JOSÉ MANUEL MAZA hace ya muchos años en un viaje a Honduras en el que los disertamos sobre el proceso penal tras la incorporación del principio de oralidad al enjuiciamiento y siempre me sorprendió su capacidad de comunicación y la profundidad de su ideario procesal y penal. Junto a ello la profundidad de la observancia del principio de transparencia para resolver las cuestiones más dudosas de la jurisdicción penal. En los últimos tiempos había profundizado en el estudio de la persona jurídica siendo suya la ponencia de la primera sentencia de esta Sala sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y con cuya ponencia me alineé desde el principio.

Días antes de su inesperado fallecimiento mantuvimos una conversación en la que le sugerí la oportunidad de promover desde la Fiscalía General del Estado una reforma legislativa para incorporar a nuestro ordenamiento una condena de perseguibilidad para la responsabilidad penal de las personas jurídicas con una triple finalidad: actuar el principio de oportunidad en esta exigencia de responsabilidad; actuar la necesaria negociación en los delitos en los que interviene la responsabilidad de la persona jurídica, y propiciando su colaboración en la indagación de los hechos delictivos.

Esa función exige la creación de una Fiscalía especializada para asegurar las necesidades de unidad la interpretación de la norma y en aplicación de las anteriores premisas. Me consta que asumió esa idea con grandes expectativas y quedamos en desarrollarla.

SUMARIO

I. REGULACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL¹: 1.1. Generalidades.

1.2. La regulación de la prueba pericial. 1.3. Fases de la pericia.

1.4. Clase de periciales. 1.5. Valoración de la pericial.

II. ASPECTOS RELEVANTES DE LA PERICIAL EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN: 2.1. El derecho a no autoincriminarse, el derecho a no declarar y el derecho a no colaborar. 2.2. La colaboración del imputado mediante la aportación de documental a un proceso penal. 2.3. Distinta conformación según el órgano encargado de la investigación. Aplicación a personas jurídicas. 2.4. El valor en el proceso penal de la documental aportada en un procedimiento administrativo.

2.5. La relación de colaboración con la administración tributaria en la investigación de delitos relacionados con la corrupción. 2.5.1. Pericial de inteligencia.

¹ El presente trabajo que incorporo al homenaje a mi querido amigo JOSÉ MANUEL MAZA tiene su origen en una aportación al Grupo de delitos contra la corrupción que el Consejo General del Poder Judicial constituyó y que va encontrando su dirección. Con algunas incorporaciones, sobre todo de jurisprudencia, el presente trabajo es reproducción de aquél.

La prueba pericial en el marco de los delitos de corrupción.

I. REGULACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL

Generalidades

El proceso penal es el marco legal por el que la jurisdicción procede a indagar la realidad de un hecho denunciado que, si resulta acreditado, asocia la consecuencia jurídica prevista en la norma penal sustantiva. En un Estado democrático, la función esencial y primordial del derecho penal no es únicamente la de actuar el *ius puniendi* del Estado, sino también actuar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, absolviendo al acusado inocente; a la tutela judicial efectiva, disponiendo el marco para actuar los intereses y derechos; a la libertad, declarándolo así cuando ello sea procedente a través del procedimiento de habeas corpus; y en nuestro derecho, al asociarse la acción penal y la civil, también declarar la responsabilidad civil cuando ésta tenga su origen en un hecho delictivo, así como proceder al comiso de bienes precedentes o relacionados con un delito, de conformidad con la ley procesal.

El hecho enjuiciado es, desde la perspectiva que interesa al proceso penal, un hecho histórico que es preciso reconstruir a través de la actividad probatoria dirigida al juez, desde las partes, procurando que éste obtenga la convicción que le permita declararlo como un hecho probado en el antecedente de la sentencia reservado al efecto. La prueba es, por lo tanto, un instrumento de los que se valen las partes –instrumento de prueba– para llevar al juez el convencimiento sobre un hecho –resultado de prueba–. La debida correlación entre prueba como instrumento y prueba como resultado, exige que sólo pueda ser empleado en el proceso reconstructivo aquellas actividades de prueba –instrumentos– lícitos y regulares. La licitud y la regularidad resultan de la actuación de los medios de prueba de acuerdo a la previsión legal, o la disciplina de garantía de la prueba, sin vulneración de los derechos constitucionales, de defensa, de libertad, etc., y a los principios que rigen en el proceso penal de inmediación, de oralidad, de contradicción efectiva y de publicidad. La prueba, además de su licitud y regularidad, tendrá que tener el sentido razonable de cargo, al incidir sobre el hecho y la participación en el mismo de la persona acusada, y no albergar una duda razonable, pues la duda, en derecho penal, favorece al reo al afectar el principio *in dubio pro reo*.

La prueba va dirigida a lograr el convencimiento del juez. Esta consideración ha pasado a lo largo de la historia procesal por varios momentos, en gran medida correlativos al desarrollo de los modelos de convivencia social que la doctrina procesal ha estudiado en el ámbito de las reglas de valoración probatoria, cambiantes en la historia del proceso:

- La convicción obtenida a partir de señales de la naturaleza o de la divinidad – los juicios de Dios.
- La prueba legal o tasada confiriendo valor a los distintos elementos de prueba.
- El sistema de la íntima convicción, posteriormente centrada en la conciencia del juez – art. 741 de la Ley procesal.
- El sistema de la sana crítica en el que prima un sistema de apreciación en conciencia junto a un aporte de apreciación racional – art.120 CE, y 714 LECrim, que permite basar el criterio de la íntima convicción combinado con la exposición racional de la convicción a partir de la motivación-

- En el derecho penal moderno, además, de apreciación en conciencia y racionalidad, propio de toda resolución judicial que refiere el criterio de prevalencia de las fuentes probatorias, añade un nuevo requisito, el de la certeza, expresado con la frase «fuera de toda duda razonable», que materializa en un proceso de convicción la exigencia del principio *in dubio pro reo*. En su virtud, la prueba no debe ser solo acreditativa de un hecho, también ha de excluir alternativas razonables contrarias a su acreditación.

A estas funciones se ha referido la Sala II al estudiar el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia y las funciones revisoras de un Tribunal de casación.

En términos de la STS 968/2016, de 21 de diciembre, STS 968/2016, de 21 de diciembre: «La función casacional encomendada a esta Sala, respecto de la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia denunciada, se contrae a la comprobación de tres aspectos. A saber: a) que el tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; b) que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos; y c) que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba. Es decir, legalidad y regularidad de la prueba, carácter de prueba de cargo y racionalidad de la convicción examinada a partir de la motivación.

»En consecuencia, si la prueba de cargo existe, si no puede ser tachada de ilícita, y se muestra bastante para alcanzar la convicción condenatoria, en la valoración que, de la misma, lleva a cabo el tribunal *a quo*, no le es posible a esta Sala entrar a censurar el criterio de dicho tribunal, sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles. En el orden penal de la jurisdicción, la vigencia del principio del *in dubio pro reo* y la naturaleza constitucional del derecho a la presunción de inocencia configuran unas exigencias específicas del régimen de valoración de las pruebas cuyas premisas son las de la regularidad, la licitud de la prueba su carácter de cargo, al incidir en la participación en el hecho de una persona. La prueba ha de ser valorada no sólo de acuerdo a las reglas de la sana crítica, pues la fuerza del *in dubio pro reo* nos lleva a desterrar de la convicción la actividad probatoria que no supere las dudas de la participación en el hecho de una persona. De ahí que la alternativa razonable, a la que el recurrente se refiere para impugnar la convicción del Tribunal del Jurado, supone que en el examen de la convicción ha de desecharse la prueba que no supere la duda sobre la participación de un acusado en un hecho delictivo. Esa duda no sólo puede plantearse al órgano que con inmediatez percibe la prueba, pues la estructura racional de la valoración de la prueba es revisable en apelación y casación y la duda puede alcanzar al órgano encargado de la revisión. En términos de la STS 806/2016, de 27 de octubre, la presunción de inocencia incluye la valoración racional de la prueba de cargo y la valoración de la prueba de descargo ofrecida desde la defensa, pues el derecho a la presunción de inocencia supone la comprobación de la precisa prueba de cargo sobre el hecho, su regularidad y legalidad en la obtención, y la racionalidad de la convicción fáctica más allá de toda duda razonable, lo que implica que de plantearse dudas en los hechos, en virtud de alternativas posibles y razonables, su concurrencia debe favorecer al reo».

Esta evolución de la valoración de la prueba expresa la impronta de la razonabilidad como fundamento de la función jurisdiccional en la fijación del hecho probado como presupuesto de la subsunción e imposición de una pena.

Con respecto a la prueba pericial, se parte de una característica propia; el llamado al proceso como perito es un tercero con conocimientos específicos de carácter científico, artístico, técnico o práctico, que aplica sobre un objeto en prueba y proporciona al Juez elementos para el examen y conformación del hecho. El perito, o experto, es un tercero que aporta al proceso sus conocimientos. El art. 456 de la Ley procesal penal establece que el Juez debe acordar el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante para el enjuiciamiento, fueran necesarios o concernientes conocimientos científicos o artísticos. Constituye un elemento esencial del perito, además de sus conocimientos, el de la ajeneidad respecto al objeto del proceso y a las funciones que en el mismo se desarrollan (art. 464) y no podrá prestar informe pericial los comprendidos en el art. 416 LECrim, esto es las personas dispensadas de la obligación de declarar, precisamente por la vinculación con las partes o con el objeto del proceso. El art. 468 prevé la recusación del perito entre otras razones por el interés directo o indirecto en la causa.

La función de juzgar, como función atribuida de forma exclusiva a los jueces y tribunales, presupone la delimitación de un objeto – expresado en un relato fáctico y una subsunción del hecho relevante–, sobre el que articular una prueba y si el juez lo declara probado señalar la consecuencia jurídica prevista en la ley. En esa función el juez debe proceder, como premisa necesaria a la fijación del hecho, para lo que es relevante la prueba y, en su caso la pericial.

La prueba pericial en la ley procesal penal

El art. 456 de la LECrim, prevé que «El juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos».

Perito es, por lo tanto, la persona que posee conocimientos científicos o artísticos, llamada al proceso para que declare sobre extremos que requieren ese conocimiento cuando sean necesarios o convenientes. Como dice el diccionario de la Real Academia Española, el perito es la persona sabia, experimentada, hábil o práctica en una ciencia o arte.

Perito ha de ser una persona con esos conocimientos específicos, con titulación o sin ella (art. 457), estableciéndose una preferencia por los titulados en caso de concurrencia (art. 458).

Según el art. 459 de la ley procesal, el informe pericial deberá ser realizado por dos peritos, con la excepción expresa del caso de que sólo hubiera uno en el lugar y no fuera posible esperar para la realización de la pericia. En el procedimiento abreviado, el art. 788 exceptiona la duplicidad de peritos previendo su realización por uno solo. También este procedimiento presenta otra novedad, cual es la posibilidad de transformar en prueba documental, con validez probatoria acreditativa, a los informes emitidos por los laboratorios oficiales. Esta posibilidad se circunscribe a los informes periciales sobre «naturaleza, cantidad y pureza» de sustancias estupefacientes, y sujeto a que se haga constar que en su relación se ha seguido los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas.

Fases de la pericia

El procedimiento de la prueba pericial consta de varias fases:

a) Designación.- Le corresponde al juez de instancia que designará a los peritos de acuerdo a la forma prevista para la citación de testigos, esto es, cédula entregada por el alguacil, portero del juzgado, agente judicial (art. 460 LECrim), si bien, en caso de urgencia, la formalidad documentada podrá ser sustituida por el llamamiento verbal, sin perjuicio de su documentación posterior levantando el correspondiente atestado (art. 461 LECrim).

La designación es obligatoria para el nombrado, salvo impedimento legal (art. 462) que deberá ser puesto en conocimiento del juez en el acto de recibir el nombramiento, debiendo proceder el juez a dos nombramientos. El incumplimiento de la obligación acarrea las consecuencias sancionables del art. 463, que son las propias de los testigos.

Expresamente la ley procesal declara la incapacidad para ser perito de la persona ofendida por el delito, así como los parientes del acusado o su abogado, los supuestos del art. 416 de la ley procesal, incurriendo en responsabilidad penal o disciplinaria quien incumpla la anterior obligación.

El perito así nombrado tiene reconocido un derecho a reclamar los honorarios e indemnizaciones que le correspondiera –los que sean justos– si no le hubieran reconocido en ese concepto por los presupuestos de un organismo del Estado, provincia o municipio (art. 465 LECrim).

Al nombramiento por el juez subsigue la notificación de los nombrados a las partes procesales (art. 466 LECrim) abriéndose la posibilidad de recusación de los peritos por éstas, distinguiendo el supuesto de que los peritos deben reiterar su informe en el juicio oral, en cuyo caso no procederá la recusación, o el supuesto de que no pudiera reproducirse esa pericia, en cuyo caso podrá instarse la recusación (art. 467), de acuerdo a las causas previstas en el art. 468 de la Ley procesal penal, básicamente, el parentesco, el interés directo o indirecto en la causa o la amistad o enemistad.

La recusación deberá instarse tan pronto tenga conocimiento de la designación, antes de la realización de la pericia, siendo resuelta por el juez «sin levantar mano» (art. 470 LECrim).

El procedimiento de designación expuesto es el que realiza el juez de instrucción. También cabe que el querellante y el querellado, la acusación y la defensa, puedan nombrar peritos a su costa (art. 471 LECrim), instando la ley a que si fueran varios acusadores y acusados, se pongan de acuerdo entre ellos.

La ley procesal posibilita un examen conjunto del objeto de la pericia –«como las circunstancias lo permitan»– para que acusados y acusadores puedan intervenir en ella.

La designación de peritos por las partes del proceso precluye en el momento de comenzar el reconocimiento, previendo la ley que el juez deberá comprobar la titularidad de los peritos para la actuación autorizada.

El nombramiento, no obstante, es del juez quien recibirá juramento, conforme al art. 434 de la Ley procesal, de proceder bien y fielmente a sus operaciones y de no proponerse otro fin que el de descubrir y declarar la verdad (art. 474 LECrim).

Por último, es el juez quien determina el objeto de la pericial.

b) Reconocimiento.- La segunda fase de la prueba pericial. Al reconocimiento pueden acudir los peritos designados, por sí o por sus representantes (art. 476 LECrim). El acto será

presidido por el Juez, o la persona a quien designe (Juez municipal o en un funcionario de la policía judicial) (art. 477), actuando siempre el Letrado de la administración de justicia que actúe en la causa. Las partes que asistan al reconocimiento de efectos podrían realizar las observaciones que estimen pertinentes (art. 480 LECrim).

c) Redacción del informe pericial.

El art. 481 LECrim prevé que realizado el reconocimiento los peritos se retiraran para deliberar y realizar sus conclusiones.

Prevé la ley que si los nombrados plantean divergencias en las conclusiones, el juez nombraría un tercero debiendo repetir el reconocimiento para alcanzar la conclusión solicitada (art. 484 LECrim).

De acuerdo al art. 478 LECrim, el informe pericial contendrá, si fuera posible:

- 1) Descripción de la persona o cosa que será objeto de la misma, en el estado o modo en que se halle. La redacta el Letrado de la administración de justicia (en las Secretarías) dictándola los peritos y suscribiéndole todos.
- 2) Relación detallada de todas las operaciones practicadas por los peritos y de su resultado, extendida y autorizada de la misma forma que la anterior.
- 3) Las conclusiones que a vista de tales datos formulados los peritos conforme a los principios y reglas de su ciencia o arte.

Una vez realizado el informe, el juez podrá, por sí o a instancia de las partes, formular preguntas a los peritos dirigidas a la aclaración o a la ampliación del informe, haciendo constar en el acta esas respuestas como parte del informe (art. 480 LECrim y 483 LECrim).

La regulación de la prueba pericial en la ley procesal es, terminológicamente, muy antigua y muy detallada para asegurar la unidad del acto. Los detalles que la ley pretende chocan con las exigencias técnicas del conocimiento científico que impide la realización de la pericia a los terceros que la ley señala, siendo preciso una mayor concreción de la designación, pero es sugerente del interés en la realización de la pericia.

Las modificaciones posteriores son relevantes. El art. 325 permite que el informe pericial a través de videoconferencia u «otro sistema similar que permite la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 229 de la LOPJ».

La regulación de la prueba pericial adolece de cierta desactualización tanto en lo referente a las especificaciones de la prueba científica, las distintas modalidades de pericias, como las personas que puedan ser nombradas peritos, y a la impronta de los derechos fundamentales respecto de los demás de los sujetos investigados en la realización de la pericia, como el derecho a no declarar y las exigencias del principio *nemo tenetur*, así como la compatibilidad de las actuaciones inspectoras de la administración con la pericia judicial cuando ese ejercicio con la pericia, pueden llevar consigo una responsabilidad penal.

Clase de periciales

Como se ha expuesto anteriormente el fin primordial de la prueba, de la prueba pericial por lo tanto, es el de llevar al juez la convicción sobre un hecho que las partes procesales han llevado al enjuiciamiento. El juez va a obtener y declarar la verdad, no material, sino la verdad

forense o procesal, esto es, aquélla que puede obtenerse a partir de las diligencias de prueba lícita y regularmente practicada.

En ese proceso de valoración por el juez ha de atenderse a la licitud, a la observación de la disciplina de garantía de la respectiva prueba, y a su práctica de acuerdo a los principios de inmediatez, contradicción efectiva, publicidad y oralidad.

Realizada la prueba en condiciones de licitud y regularidad dispuestas debe ser examinada para comprobar su sentido de cargo, la capacidad para la acreditación de un hecho. Como se expuso anteriormente en un breve repaso al régimen de valoración, la evolución de las reglas comunes de valoración previstas en el ordenamiento, desde la convicción obtenida a partir de señales de la naturaleza o de la propia divinidad, como los denominados juicios de Dios que abonaron a la concepción mágica de la justicia propia de épocas oscurantistas, hasta la actual racionalización, ha sido patente ir descubriendo la relevancia del juicio racional que debe ser examinado por las distintas instancias judiciales revisoras sin inmediatez.

La racionalización de la valoración probatoria llevó al legislador a establecer reglas tasadas de valoración de la prueba, con los que se pretendió sujetar a los jueces a complicadas reglas por las que se disponía la mayor cualificación de determinados estamentos personales sobre otros, el hidalgo sobre el menestral, por la mayor dificultad de comprar su testimonio, o del hombre sobre la mujer, «por su mayor seso», reglas que hoy causarían estupor y enojo, pero, en todo caso, muy complicadas y difíciles de retener. Ello contribuyó a que en la Edad Moderna y, sobre todo, a partir de la Revolución francesa, que dispuso el enjuiciamiento de los ciudadanos a través de la institución del Jurado, se suprimieran estas confusas reglas que son sustituidas por la libre conciencia. La irrupción de los jueces legos, con la consecuencia derivada del desconocimiento de las complicadas reglas de valoración, propició un nuevo régimen de valoración residenciada en la conciencia del juzgador. El art. 741 de la ley procesal se origina en esta concepción de la valoración, «los jueces apreciarán en conciencia las pruebas practicadas en el juicio oral». Los jueces profesionales heredan esta concepción y utilizan una regla nacida para facilitar la función jurisdiccional de los jurados legos: la íntima convicción. A esta apreciación en conciencia la subsigue la regla de la «sana crítica» que incorpora a la conciencia la racionalidad de la convicción. Este criterio pasa a la ley de enjuiciamiento civil y se incorpora al resto del ordenamiento procesal, de forma definitiva, a partir de la Constitución de 1978, cuyo artículo 120 exige la motivación de la convicción racional, lo que supone exteriorizar la convicción racional a través de su expresión en la sentencia.

La necesidad de la motivación, era, desde luego, anterior a la promulgación de la Constitución pero su exigencia, como elemento esencial de la convicción judicial, alcanza su expresión normativa con la Constitución.

En el enjuiciamiento penal la vigencia de los principios esenciales de la presunción de inocencia y del *in dubio pro reo*, conforman una función valoradora asentada sobre una mayor exigencia, cual es la constatación de la ausencia de una alternativa razonable que obliga al juez penal a representar hipótesis razonables deducidas de la valoración de la prueba y desecharlas pues, de lo contrario, la prueba será insuficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia. En la doctrina y jurisprudencia se ha añadido el término «fuera de toda duda razonable», para expresar la certeza con la que debe declararse un hecho como probado

para que tenga relevancia en la aplicación de un tipo penal. Esa expresión de expulsión de la duda y la exigencia de certeza es una manifestación expresa del principio *in dubio pro reo*, en cuya virtud, en materia penal, la valoración de la prueba exige no sólo la acreditación de un hecho, sino también la exclusión de alternativas razonables contrarias a la acreditación del hecho objeto de la acusación.

Pues bien, la prueba pericial aparece caracterizada porque el perito es llamado al proceso por tener unos conocimientos específicos de carácter científico, artístico, técnico o práctico que referido a un hecho o circunstancia importante para el objeto del enjuiciamiento son precisos para la declaración fáctica que se realiza en el proceso penal.

Del art. 456 de la Ley procesal resulta:

- a) Que la pericia es precisa para una adecuada valoración del hecho enjuiciado.
- b) Que debe proporcionar la necesaria certeza sobre el hecho o circunstancias relevantes (art. 335 LECrim).

Respecto a la cualificación de los conocimientos precisos para la pericia MICHELE TARUFFO proporciona una clarificadora clasificación de las pericias atendiendo, precisamente, a la tecnicidad de los conocimientos requeridos.

- c) Pseudocientífica, en referencia a aquellas periciales que carecen de base científica, como la grafología, los sueros de la verdad, etc., en los que no hay base científica en los que apoyar sus criterios y conclusiones. No son prueba pericial y no son admitidas –(Ver SSTs 26-11-1991; 900/1997, de 23 de junio; 179/2014, de 6 de marzo– suero de la verdad).
- d) Pruebas periciales de naturaleza científica, «soft», en referencia a pericias de naturaleza humanística o de disciplinas sociales, en las que con una expresión de su ciencia cada vez más sofisticada –como las periciales psiquiátrica, psicológica, la de credibilidad, etc., prima en su comprensión y valoración criterios nacidos del sentido común frente al carácter puramente científico de la pericia. Se considera que son pruebas absolutamente necesarias pero en su valoración cuenta el sentido común que se refiere con la expresión aportada por el perito al racionalizar la apreciación del juez.
- e) Pruebas científicas «duras», como la química, ingeniería o biológicas, en las que el apartado técnico es absolutamente relevante en la conformación de la conclusión que expone.

Sobre esta distinción surge un problema referido a la valoración de estas pruebas periciales científicas «puras», dispuestas por un juez que ha acudido a esta prueba, precisamente, porque carece del conocimiento necesario por alcanzar una convicción del objeto sometido a examen. En estos supuestos, cabe el riesgo de trasvasar la función jurisdiccional al perito que va a decidir sobre el objeto de la pericia que, en ocasiones, tiene una trascendental relevancia en la resolución del objeto de juicio. En otros términos, si el juez precisa del aporte del perito, puede producirse un trasvase de la jurisdicción al perito quien va a determinar como hecho probado el concreto contenido de lo sometido a su pericia.

Para solucionar la problemática expuesta es preciso recordar que la regla esencial en la valoración de la prueba es la íntima convicción apoyada en la crítica derivada de la racionalidad que se debe expresar en la sentencia. Desaparecido el sistema de prueba tasada, no puede regresar al sistema que atribuye al perito la función decisora, que sea él quien realice la valoración

a través de su conocimiento técnico. Por altos y técnicos que sean sus conocimientos, los mismos no le convierten en órgano de decisión para la fijación de un hecho, sino que en la valoración de la prueba rige el principio de libre valoración de la prueba sujeto a la racionalidad, evitando la usurpación de la función jurisdiccional por parte del perito. Corresponde al juez su valoración desde la valoración crítica de la pericial científica.

Valoración de la pericial

El perito es un auxiliar del Juez y su informe debe ser valorado de acuerdo a las reglas de la sana crítica atendiendo a los criterios de racionalización y a la observancia de las reglas que disciplinan la realización de la pericia, tanto las que afectan a la recogida del objeto de la pericia, como a su tratamiento y análisis. También debe tenerse en cuenta, la cualificación del perito, el apoyo científico de sus conclusiones y la relevancia de las conclusiones respecto a la conformación del hecho y a la valoración jurídica.

Desde la perspectiva expuesta, y para asegurar, la función jurisdiccional que corresponde al juez, evitando que el perito usurpe funciones judiciales, es preciso que el juez, al tiempo de valorar la pericia indague sobre los siguientes aspectos de la pericia que permite su análisis a partir de:

- a) Conexión.- La conexión de la pericia con el hecho-objeto del proceso, su pertinencia y relevancia en la conformación del hecho y la subsunción.
- b) Evaluación contrastada.- La pericia debe ser susceptible de ser evaluada por su contraste con otras pericias para conformar o rebatir sus conclusiones.
- c) Compatibilidad con otras pericias.- La pericia ha de ser compatible con alguna de las hipótesis que pudieran plantearse. No puede ser una conclusión sorpresiva, sino que se corresponda y es compatible con alguna de las hipótesis que le hicieron precedente. Se trata de acreditar un curso causal lógico y perceptible.
- d) Simplicidad expositiva.- A mayor simplicidad argumentativa mayor calidad de la pericia, pues la sencillez a la explicación contribuye a clarificar su entendimiento y hacerlo compatible con el sentido común.
- e) Compatibilidad con la respectiva disciplina técnica.- Las conclusiones del perito deben ser compatibles con la disciplina jurídica y admitidas sus conclusiones por la comunidad jurídica.
- f) Idoneidad del perito, valorando su formación sobre el objeto de la pericia.
- g) Relación con la causa

El perito es, en esencia, un experto reclamado para informar sobre un concreto aspecto de *la inquisitio* o el enjuiciamiento. Esa aportación al proceso no puede ser emitido por quien aparezca comprometido, de forma directa o indirecta, con el proceso. De ahí que el art. 468 de la Ley procesal prevea la recusación del perito que tenga interés directo o indirecto en la causa pues ese interés con el objeto de la causa compromete su función de asesoramiento sobre el concreto hecho para el que es llamado. Esta situación tiene especial relevancia respecto a las instrucciones judiciales en las que intervienen en las denominadas unidades de auxilio judicial, inspectores de Hacienda, finanzas, de trabajo, cuya función es la de colaborar activamente con el juez en la investigación en la causa penal instruida. Es claro que se trata de funcionarios altamente

cualificados a los que es predicable la realización de una función paragonable con el contenido marcado por el art. 103 de la Constitución, servir con objetividad intereses generales. Al respecto no albergo duda alguna. Ahora bien, su compromiso con la función investigadora, como cualquier funcionario policial; fiscal o judicial que instruyen la causa, afecta a la función que corresponde al perito. Es por ello que las garantías del acusatorio impide que el juez instructor, o quien haya participado en la investigación, directa o indirectamente, no puede juzgar, porque esa función aparece comprometida dado el conocimiento previo que constituye un prejuicio en el enjuiciamiento.

La función del perito, auxilio al juez para determinar el contenido de elementos de la tipicidad, no puede ser realizado por quien ha participado en la instrucción, por mantener en la causa un interés directo o indirecto, que le hace aparecer como prevenido respecto al objeto sobre el que debe peritar.

Además, la pericia es un fenómeno complejo normalmente con dos momentos importantes, la recogida del objeto de la pericia y el tratamiento del mismo por su análisis, de los que resulta la elaboración de las conclusiones. En esos momentos deben respetarse no sólo los protocolos científicos que rigen en la materia, sino también las exigencias derivadas de la judicialización del proceso, respetando la posición procesal de las partes y los derechos que le asisten.

A través de la observación de los anteriores postulados evitaremos la tentación del perito, o de las partes procesales que apoyan una conclusión, de asumir una función jurisdiccional de decisión y conformación del hecho probado.

Muchas veces se ha postulado desde círculos profesionales que los jueces deben poseer conocimientos específicos, y reputados de suficiencia, para conocer y poder valorar adecuadamente una pericial que requiera esos conocimientos específicos. Se postula una especialidad del juez para determinadas materias lo que contribuiría a la mejora del sistema. De alguna manera se trata, aunque no sea su objeto, de un argumento que aunque no lo quiera trata de resucitar el conocimiento privado del juez como fuente de información de la convicción judicial.

Personalmente no lo creo preciso. Aunque siempre es necesario un conocimiento amplio de las áreas del quehacer judicial, ha de tenerse en cuenta que el Juez con un conocimiento en una materia que precisa de estudios técnicos corre el riesgo de incorporar a su función jurisdiccional esos conocimientos limitando y socavando el juego preciso del derecho de defensa de las partes en el proceso, aportando al enjuiciamiento elementos relevantes respecto a los que ni se puede practicar el adecuado control, ni pueden ser contradichos ni cuestionados por la defensa. Los conocimientos técnicos son aportados por el perito para la valoración sobre su relevancia con el objeto del proceso una función jurisdiccional sujeta a las exigencias del proceso debido en la elaboración de la actividad probatoria.

Por otra parte, no es fácil proporcionar elementos de sana crítica que permitan dar una respuesta a las dificultades que surgen en la valoración por un lego de una prueba pericial científica. Si el fundamento de la pericia es el auxilio del juez respecto a datos que son desconocidos por él, cómo prescindir de los conocimientos científicos proporcionados por quien es perito experto en la materia, y afirmar, al tiempo, que el juez no está vinculado por las conclusiones del perito cuando carece de esos conocimientos. En un sentido contrario pero también relacionado, si la finalidad del proceso es la de descubrir la verdad material. ¿Es posible prescindir

de los conocimientos privados del Juez? ¿Por qué ha de prescindirse de esos conocimientos que proporcionan al sistema la rapidez y la búsqueda de la verdad material?

La respuesta a ambos interrogantes ha de encontrarse en el fundamento de la prueba pericial y ponerla en relación con la función jurisdiccional en los términos anteriormente señalados. No es lo mismo saber y conocer que percibir la prueba y valorar los conocimientos y percepciones sensoriales realizadas desde la inmediación. Al juez le corresponde valorar la prueba que otros, desde la percepción sensorial o científica, le aportan. Los conocimientos científicos del juez participan de la misma naturaleza de los conocimientos privados del Juez. El juez testigo de un hecho no puede intervenir en la jurisdiccionalidad del hecho que investiga o juzga porque compromete su ajeneidad respecto de la producción de la prueba y lesiona el derecho de defensa de la parte a la que puede perjudicar. Su aporte al proceso compromete la contradicción en la valoración de la prueba impidiendo a la defensa cuestionar el hecho y la credibilidad de quien ha sido testigo o es perito del hecho. Además, aun cuando pudiéramos representamos el control del conocimiento judicial en la instancia, ésta no se produciría nunca en la revisión del pronunciamiento.

La necesidad de preservar la imparcialidad del Juez hace que no pueda participar en el enjuiciamiento y su abstención vendría producida por el art. 219 LOPJ. La misma solución ha de producirse respecto de los conocimientos científicos o técnicos del Juez, pues además de comprometer la contradicción, el derecho de defensa, y a la ajeneidad del juez respecto al hecho, el conocimiento científico del juez no es constatable científicamente, y aunque lo fuera, no hay posibilidad de indagar en los términos anteriormente relacionados para el perito –auxiliar del juez. No se puede indagar sobre la pertinencia de ese conocimiento con el objeto del proceso. Además, en caso de revisión por la vía de los recursos, no podría constatarse la existencia de prueba pericial para su control mediante la exposición de la recogida de datos, tratamientos y análisis, y exposición de las conclusiones.

No obstante, la exigencia de una valoración de la prueba que huya de la superficialidad hace preciso unos conocimientos en la materia suficientes para una adecuada valoración de la pericia.

II. ASPECTOS RELEVANTES DE LA PERICIAL EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

Realizado el anterior apunte sobre el contenido, en general, de la prueba pericial, me propongo un análisis de aspectos que considero relevantes en el estudio de la prueba en los delitos relacionados con la corrupción. Vaya por delante que como grupo de investigación se pretende buscar una interpretación de la norma que incida en la aplicación de los principios generales de una ley procesal con la eficacia en la represión de la corrupción. Como grupo de investigación se proponen soluciones que, en ocasiones, no son coincidentes con las contenidas en resoluciones de órganos de composición plural.

A pesar de ser muchas las cuestiones que pueden plantearse respecto a la prueba pericial y su incidencia en los delitos relacionados con la corrupción abordaré las que, entiendo, tienen una especial problemática con incidencia en la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

De principio una observación general respecto de ésta última. A mi juicio hay una excesiva traslación de la problemática inherente a la realización de la prueba en las personas físicas hacia las personas jurídicas con olvido de que el diseño de las pruebas y de las injerencias tiene como núcleo esencial la dignidad de la persona física atributo que pertenece, principalmente, a la persona física. Se hace preciso dimensionar la cuestión para dar una adecuada solución a la valoración de la prueba respecto de las personas jurídicas y, en general, los derechos que les asisten. El sistema procesal penal se apoya en un conjunto de injerencias y garantías, resultando que un postulado esencial del proceso penal, que ahonda sus raíces en el liberalismo de la revolución francesa, es el de acotar el poder del Estado preservando al individuo frente a ese poder. La representación gráfica de la justicia como la dama que sujeta una balanza mientras tapa sus ojos con una venda es expresiva del sistema diseñado. Estado e individuo acuden al proceso con igualdad de armas y como esa construcción es pura estrategia es preciso, a manera de discriminación positiva, aunar la posición del individuo al que se le otorgan derechos para contrapesar el poder del Estado. Sus derechos procesales a no declarar, a ser asistido de letrado, etc., no son sino manifestaciones de esa pretensión de igualdad entre las dos partes esenciales del proceso penal, el Estado y el autor del hecho enjuiciado, situación evidentemente desigual pues, ciertamente, el poder del Estado, y sus órganos es muy superior al del individuo, pero es preciso dotarla de ciertos derechos de naturaleza procesal para respetar, en todo caso, la dignidad de la persona, auspiciando que la prueba penal se realice sin la colaboración del investigado quien voluntariamente decidirá si quiere realizarlo.

La aparición del principio *nemo tenetur*, el derecho a no declarar, a no ser fuente de prueba, a no colaborar supone, en definitiva, un reconocimiento a la dignidad del sujeto individual a no colaborar en su condena. Y la dignidad es patrimonio principal de la persona física. La persona jurídica no reúne la intensidad suficiente para ser titular con un mismo contenido del derecho. Los principios y garantías del proceso penal nacen y se desarrollan teniendo como destinataria la persona física informada de la dignidad, como fundamento del orden constitucional. Ahora bien, ¿es trasladable ese patrimonio, *sic et simpliciter* a la persona jurídica? Personalmente, tengo serias dudas, entre otras razones porque la persona jurídica es persona sujeta de derechos en la medida en que cumple con el ordenamiento, pues en caso contrario puede ser una sociedad pantalla, fantasma, impenetrable. La persona física siempre es sujeto de derecho en tanto que la jurídica lo es por el derecho, porque así lo prevé el ordenamiento y sujeto al mismo. Por lo tanto, los derechos de una son naturales, en tanto que los de las personas jurídicas son atribuidos.

También me referiré a los problemas que plantea la prueba pericial en la fase de recogida de datos. Su incidencia en las personas físicas y jurídicas requeridas para el aporte de documentación de contenido económico creo, debe ser distinta. No es factible una equiparación de su contenido para una u otra persona. La incidencia que en este supuesto tiene el principio *nemo tenetur*, el derecho a no ser fuente de prueba y a no colaborar con el órgano de la investigación y enjuiciamiento criminal, y su relación con el derecho a no declarar que constituye el género del que el derecho a no colaborar trae causa entiendo no es la misma para una u otra persona.

El derecho a no autoincriminarse, el derecho a no declarar y el derecho a no colaborar

El derecho a no declarar, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, suele ser analizado desde la perspectiva de su consideración como manifestación del principio

nemo tenetur y del derecho a no colaborar y ser fuente de prueba en el proceso dirigido contra él. Aparece recogido en el artículo 24.2 de la Constitución, tiene un anclaje claro en la dignidad humana, pues de la «boca» del acusado no pueden salir los elementos probatorios de su condena. De no proclamarse como derecho, resultaría que podía llegar a autorizarse la obtención de declaraciones mediante el empleo de medios coactivos para lograr su confesión, el fin justificaría los medios, o se posibilitaría el empleo de engaños para propiciar errores en el investigado. Con su promulgación se trata de garantizar el derecho del acusado, del investigado, a no colaborar en la indagación de su responsabilidad penal, evitando toda tentación de empleo coactivo y engaños en la indagación policial. A partir de esa construcción, el proceso penal se dibuja partiendo de la ausencia de una colaboración del imputado, estableciendo la pretendida igualdad de las partes del proceso.

Una reiterada jurisprudencia ha destacado estos aspectos del principio *nemo tenetur* y los derechos en los que se desdobra. En este sentido, las STS 62/2013, de 29 de enero; STS 977/12, de 30 de octubre; STS 857/2012, de 9 de noviembre; STS 142/2009, de 15 de junio: «En el elenco de derechos y garantías que incorpora la tutela judicial, se admite que el sospechoso, inculpado, imputado o acusado pueda guardar silencio, total o parcial, o incluso silenciar aquellas partes que no le convengan, siendo estas facultades una manifestación de sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, expresamente previstos en el art. 24.2 CE como garantía instrumental del más amplio derecho de defensa, a tenor del cual se reconoce a todo ciudadano el derecho a no colaborar en su propia incriminación (STS núm. 857/2012, de 9 de noviembre, por remisión a las SSTC núm. 57/2002, de 11 de marzo)».

Esta forma de entender el derecho a no declarar como el derecho a no colaborar con la propia incriminación, en definitiva, con la ausencia de toda obligación de proporcionar a la acusación ningún elemento que pueda servir a los fines de ésta, ha sido también la expresada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en numerosas sentencias, como la número 2026/2004, de 14 de Octubre. En esta última, con referencia al art. 391 de la Ley procesal penal, referida al cuerpo de escritura, a cuyo tenor, el juez puede solicitar al procesado, sin emplear ningún género de coacción, que escriba a su presencia algunas palabras o frases cuando esta medida la considere útil para desvanecer dudas sobre la legitimidad de un escrito que se le atribuya, «El derecho a no declarar contra sí mismo y el principio *nemo tenetur se ipsum accusare* constituyen derechos reconocidos en el art. 24.2 de la Constitución. Estos derechos no se refieren sólo a las declaraciones autoinculpatorias; se refieren también a la inexistencia de obligación alguna del acusado de proporcionar ninguna clase de elementos a la acusación que pudieran servir para los fines de ésta. Por esta razón, no existe obligación del inculpado de proporcionar ningún cuerpo de escritura que pueda servir para la práctica de una pericia caligráfica». Esta interpretación es la coherente con el contenido esencial del derecho que resulta de la interpretación del precepto, pues la literalidad del precepto solo contendría la no obligación de declarar, de realizar una aportación personal a través de la declaración. Por lo tanto, su contenido esencial no se refiere sólo a la declaración personal sino que se extiende a la colaboración con el órgano de investigación y de enjuiciamiento.

En esa misma línea se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sus Sentencias, 57/2002, de 11 de marzo, 155/2002, de 22 de julio. Y también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

para el que pese a no estar expresamente recogido en el artículo 6 del Convenio, el derecho a no contribuir a la propia incriminación forma parte de la noción misma de proceso justo.

Para recoger el criterio expuesto, es relevante destacar la conexión que desde la jurisprudencia se realiza entre el derecho de defensa y el derecho a no declarar contra sí mismo alcanza una especial relevancia. La STC n.º 68/2006, de 13 de marzo, expone que dado que ambos derechos «son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable».

Se consagra un derecho a no autoincriminarse, que iría más allá del derecho a no declarar o a no confesarse culpable. No solo implicaría el derecho a guardar silencio, sino que eliminaría o negaría, la obligación de realizar cualquier conducta que pudiera apoyar el interés perseguido desde la acusación; desde la elaboración de un cuerpo de escritura, hasta la práctica de alguna pericial, pasando por la aportación de cualquier documento que pueda contener cualquier información incriminatoria. Son muchas las resoluciones de la jurisprudencia que de forma tanto o más asertiva proclama el derecho.

No obstante, también podemos encontrar en la jurisprudencia resoluciones que relativizan el planteamiento amplio para distinguir el derecho a no declarar de la realización de actos de colaboración que no supongan una vulneración del derecho de defensa y del derecho a no declarar. En ocasiones, según se arguye, porque no se trata propiamente de una declaración personal, una declaración de voluntad, que implique un reconocimiento de la culpabilidad en el hecho, sino de un acto de colaboración que no afecta al derecho a no declarar contra sí mismo. En el sentido expuesto, la STS 480/2009, de 22 de mayo, incide en la mínima intervención física para legitimar la obtención de un cuerpo de escritura, «no es propiamente un acto de colaboración determinante de su condena». «Determinados actos de colaboración con la justicia no vulneran estos derechos porque, precisamente, no constituyen una declaración, que es el ámbito reservado a los derechos proclamados en los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución». En otras ocasiones, a mi juicio sin mucho apoyo lógico, se arguye sobre criterios de mínima invasión. «Podrá justificarse, en principio, tal negativa por el hecho de que podría implicar una autoacusación a lo que tiene derecho a excusarse por el amparo que le presta el art. 24.2 CE en el que se dispone que nadie está obligado a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable. Pues bien, se trata de una prueba, realizar un cuerpo de escritura, que por sus características no supone una intervención corporal propiamente dicha ya que para practicarla no es necesario realizar una invasión de derechos propios de la persona como la intimidad personal o la integridad física. Desde el punto de vista de su agresividad corporal podemos decir que se trata de una acción totalmente banal a la que el interesado puede prestarse sin que por ello se resientan sus derechos fundamentales», (STS 259/2006, de 6 de marzo). «No obstante, al tratarse de una aportación probatoria de carácter personal que pudiera afectar al derecho a no declarar o a no confesarse culpable, cabe analizar su naturaleza para determinar si nos encontramos ante una prueba de confesión o tiene una naturaleza distinta. Al igual que sucede con las pruebas de alcoholemia o de identificación de voz, consideramos que prestarse a realizar un cuerpo de

escritura para que sea sometida a contraste con otras que constan ya incorporadas para comprobar su autenticidad o identidad, no es igual que obligar al interesado a emitir una declaración reconociendo su culpabilidad, ya que como dice el Tribunal Constitucional refiriéndose a la prueba de alcoholemia, se trata de prestar el consentimiento para que se haga o la persona objeto de “una especial modalidad de pericia” exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.3 CE. Una prueba de estas características no vulnera la presunción de inocencia y así lo ha puesto de relieve la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Dictamen 8239/74 de 4.12, al declarar que la posibilidad ofrecida al inculpado de probar un elemento del que se discrepe no equivale a establecer una presunción de culpabilidad contraria a la presunción de inocencia, puesto que, si puede parecer evidente que, siendo positivo el resultado de la prueba, puede derivarse una sentencia condenatoria, tampoco lo es menos que este mismo examen, si fuera negativo, puede exculpar al imputado (SSTS. 259/2006 de 6.3, 1232/97 de 3.11)».

No comparto por entero esta argumentación en cuanto afirma la posibilidad de injerencia sobre la base de una mínima afectación. Creo que la cuestión necesita un nuevo enfoque de esta jurisprudencia que se apoya en la Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 161/1997, de 2 de octubre, reiterando la 103/85. Estas Sentencias justifican la prueba de alcoholemia desde la mínima afectación al derecho de defensa por la mínima intervención, mínima injerencia, que su realización suponía. Estas Sentencias creo que han desenfocado el tema. No cabe argumentar sobre la base de considerar que se trata de intervenciones mínimas, inapreciables en su contenido de injerencia, pues no cabe calibrar como intrascendente una afectación de un derecho fundamental, por mínimo que sea. En el supuesto, de la prueba de alcoholemia, y como expondré más adelante, no cabe argumentar sobre el derecho a no declarar, pues entiendo más acertado centrar la argumentación en señalar que el permiso de conducir, como concesión del Estado para participar en actos de contenido arriesgado y necesitados de específica regulación, puede, y debe, comprobar en cualquier momento, el uso que se realiza de la concesión que permite la conducción de un medio peligroso. En otras palabras, está legitimado para comprobar el uso de la conducción. No se trata de limitar un derecho fundamental a conducir, que como tal no existe, y cuya invasión necesitaría de una legitimación de la injerencia, sino de un control de la concesión que puede desarrollarse en cualquier momento, esto es, tanto como consecuencia de un acto de investigación de un suceso revelador de una anomalía, como de forma aleatoria. Se trata de comprobar el uso de una concesión, las condiciones de utilización.

Esa confusión de institutos ha complicado la clarificación de la naturaleza de la colaboración. Creo que bastaba con afirmar la primera parte del argumento de esa Sentencia del Tribunal Constitucional (STC 161/1997), de 2 de octubre y dejar de lado argumentos basados en la mínima afectación de la intimidad. «La conducción de vehículos a motor es una actividad que puede poner en grave peligro la vida y la integridad física de muchas personas, hasta llegar a convertirse en la actualidad en la primera causa de mortalidad en un segmento de edad de la población española; de ahí que, como sucede con otras muchas actividades potencialmente peligrosas, resulte plenamente justificable que los poderes públicos, que deben velar en primerísimo lugar por la vida de los ciudadanos, supediten el ejercicio de esta actividad al cumplimiento de severos requisitos, sometan a quienes quieran desarrollarla a controles preventivos llevados

a cabo por parte de las Administraciones Públicas y se anude a su incumplimiento sanciones acordes con la gravedad de los bienes que se pretende proteger».

El desarrollo de esta argumentación que se acaba de expresar nos permite afirmar que es factible solicitar actos de colaboración que no implican una afectación del principio *nemo tenetur*. Verificar el uso que se realiza de una concesión administrativa y comprobar que se ajusta a las condiciones para las que se facultó a su titular a conducir vehículos de motor no guarda relación con el derecho a no declarar. La actuación del Estado es legítima, y su legitimación no resulta de ser considerando una injerencia mínima o inapreciable, sino como funcionamiento normal de las instituciones de control. De hecho, cuando se controla aleatoriamente, no es para comprobar un actuar delictivo, sino sólo para ordenar el uso de una concesión. Podemos trasladar el hecho a otras actividades, como la exigencia de documentos con trascendencia fiscal o de otra naturaleza, que participan de esta misma exigencia, comprobar el adecuado funcionamiento de los sistemas dispuestos para una adecuada convivencia social. Desde este planteamiento estimo que sobran las consideraciones ancladas en la injerencia en derechos fundamentales que necesitan partir de la proporcionalidad y el respeto al contenido esencial del derecho. Entiendo que, también con un uso proporcionado de los medios de control, la administración puede, y debe, realizar funciones de control sobre extremos sometidos a regularización.

Ahora bien, si la realización de un cuerpo de escritura no afecta, desde luego, al derecho a no declarar en su acepción literal, su realización ha de ser cohonestada con el derecho a no ser fuente de prueba en un proceso en el que aparece como imputado. Por lo tanto abarcado por ese derecho, el imputado como reacción propia de su dignidad no puede verse compelido a colaborar en la exigencia de su responsabilidad. No se trata de un supuesto de mínima intervención en el derecho, ni se enmarca en la consideración de especial modalidad de pericia, sino en la consideración de que un imputado, por su propia dignidad, puede colaborar, si quiere, en la realización de actos de prueba, pero no puede ser compelido a su realización. Su colaboración es voluntaria y su actuación, debidamente informada de la trascendencia de sus actos. El derecho a no colaborar se apoya, por lo tanto, en el derecho a un proceso justo que parte de la premisa de una colaboración respetuosa con la dignidad y la defensa.

En el caso, esa colaboración es posible pero el sujeto al que se le solicita puede prestarla y asentir, siempre que se actúe con plena información de sus derechos y consciente de la trascendencia de sus actos.

Ahora bien, si el imputado puede expresar su derecho a no colaborar, ello no significa que el investigador no pueda acudir a otros mecanismos para llevar a cabo la pericia sin requerir su colaboración, por ej.: acudir a cualquier registro en el que conste escritos indubitados de la persona respecto a la que se considera necesaria la pericia.

Por lo tanto son dos planos distintos. La realización de determinadas actuaciones que puedan tener contenido procesal son actuaciones del Estado que se realizan sin necesidad de tener presente una infracción penal y sus órganos pueden realizar para asegurar la observancia de las normas de convivencia. Cuando esas solicitudes de colaboración se enmarcan en un proceso penal, el imputado puede reaccionar arguyendo su derecho a no ser fuente de prueba. Este derecho surge como consecuencia de su consideración de sujeto pasivo del proceso penal porque su conducta es objeto de indagación pericial. El proceso penal comprende la actuación preprocesal como actividad dirigida al descubrimiento de un hecho delictivo, pero no incluye

la actuación de una inspección desconectada de un hecho delictivo. La distinta conformación entre la actuación administrativa –de control de la actividad– y la procesal penal –de indagación– de cara a conformar una consecuencia jurídica penal se justifica en la distinta naturaleza del control de la administración y la penal que obedece en exigencias distintas. La actuación administrativa de control de la regulación legal y la penal, de actuación investigadora de un hecho tipificado como delito y conminado con penal.

En conclusión, de conformidad con lo expuesto es preciso distinguir entre actuaciones de colaboración desconectadas de un proceso de indagación criminal, aunque su ejercicio suponga una posible, y posterior, incriminación, como los controles de alcoholemia o las inspecciones y requerimiento de información tributaria y las actuaciones, realizados por el órgano de la justicia penal de indagación enmarcadas en un proceso de averiguación de la relevancia penal de unos hechos, en los que el derecho a no declarar y a no ser fuente de prueba juega con su total intensidad, como parte del derecho de defensa y de la propia consideración de la dignidad humana.

El derecho a no autoincriminarse se erige así como garantía frente al ejercicio por parte del Estado del sistema penal de depuración de una responsabilidad penal. Así lo recoge la jurisprudencia de la Sala II, por todas STS 513/2010, de 10 de junio, cuando refiere que el derecho a no declarar contra sí mismo o a confesarse culpable “se pone en funcionamiento cuando el acusado está sujeto a los poderes coercitivos del Estado por su detención. El derecho le protege contra el uso por parte del Estado del poder de subvertir el derecho de un acusado a elegir si quiere o no hablar con las autoridades”.

El elemento diferenciador es por lo tanto, la *inquisitio* penal y las reacciones del individuo frente al Estado. Nuestro ordenamiento, respecto a las personas físicas, ha acogido, de forma reiterada, la opción más amplia del derecho que comprende no sólo el derecho a no declarar, sino también a no colaborar, si bien este segundo contenido carece de una base legislativa sólida y es preciso apoyarlo en consideraciones propias de la indagación procesal conforme al proceso debido. Ahora bien, las exigencias originadas en la administración tienen un apoyo legal que proporciona una cobertura para su exigencia.

La colaboración del imputado mediante la aportación de documental a un proceso penal

La cuestión que plantea el interrogante de esta sección tendrá su adecuada respuesta dependiendo del contenido que demos al derecho a no declarar. Si damos un contenido estricto al derecho a no declarar, a no confesarse culpable, su entendimiento se limita a que de su declaración no resulten elementos de condena salvo su expresión voluntaria. Por lo tanto, el deber de colaboración no resulta afectado por el derecho a no declarar y comprende atender los requerimientos efectuados desde la investigación de un delito y las reclamaciones que al efecto se realicen, o las colaboraciones precisas para la realización de una prueba pericial. Por el contrario, una concepción más amplia del derecho a no declarar comprende el supuesto de no estar obligado a atender un requerimiento de entrega de documentación, pues resulta afectado el derecho a no declarar al tratarse de una manifestación sobre el contenido de la inculpación, de un acto de colaboración parangonable con el derecho a no declarar y a no confesarse culpable. En esta doble consideración, es preciso relacionarla con la diferenciación derivada del órgano requiriente, si la administración o el órgano judicial, los dos con distinta proyección en el contenido de los derechos.

Analizaremos la cuestión desde la perspectiva del cumplimiento de las obligaciones tributarias especialmente reguladas en la Ley General Tributaria. Cabe preguntarse si la concepción amplia el derecho, esto es, no declarar y no colaborar entra en colisión con la intensidad con la que se proclama la obligación de colaborar con la administración tributaria.

La Ley General Tributaria establece deberes de colaboración específicos que pueden entrar en abierta contradicción con la interpretación amplia las exigencias del principio en el que apoyamos el genérico derecho a no colaborar. Por otra parte, aunque no fuera por investigación de delito sino por infracción administrativa, cabría preguntarse sobre la extensión de la cobertura garantista de la proclamación del derecho toda vez que la diferenciación entre el ilícito administrativo y el penal lo integra la cuantía de la cuota defraudada, algo que, en principio, es ajeno a la antijuricidad. Por lo tanto, la diferencia es meramente cuantitativa y no cualitativa.

La solución al problema enunciado no puede venir dada por la previsión constitucional del art. 31.1 de la Constitución, la obligatoriedad de sostenimiento de los gastos públicos mediante un sistema tributario justo. Todos los delitos protegen bienes jurídicos de contenido constitucional y ese amparo constitucional es predicable para toda investigación.

Entiendo que para solucionar la cuestión es necesario diferenciar la actuación inspectora de la administración y la de la indagación judicial por delito.

Los deberes constitucionales, como es el cumplimiento de las obligaciones tributarias, exigen determinadas previsiones del ordenamiento dirigidas a asegurar su correcto funcionamiento, y la previsión de los tributos forman parte de las exigencias derivadas de una vida en sociedad que exige concretas y determinadas aportaciones y colaboraciones. En otros términos, el órgano estatal encargado de la recaudación tributaria, para asegurar el cumplimiento de sus deberes de control, precisa de la colaboración ciudadana como elemento propio de la convivencia social. Desde esa perspectiva puede realizar exigencias de colaboración para asegurar la vigencia de la norma, como manifestación de nuestra identidad social. El análisis de la cuestión no se debe realizar desde un deber de colaborar con quien investiga la realización de un delito o de una infracción administrativa, sino que el normal funcionamiento de la administración tributaria exige la colaboración ciudadana para fijar el correcto funcionamiento de esa parcela administrativa. Las obligaciones tributarias se establecen para asegurar el correcto funcionamiento del servicio, no para perseguir hechos delictivos. El Estado puede requerir de colaboraciones para el cumplimiento de las obligaciones tributarias. Cuando la administración actúa no lo hace para investigar un delito sino para conformar una obligación constitucional. El delito aparece, si lo hace, en una etapa posterior que no compromete la actuación de la administración.

Aunque la diferencia entre el ilícito administrativo y el penal la diferenciación, en algunas tipicidades, es meramente cuantitativa, las consecuencias derivadas de la infracción no son solamente cuantitativas. El nivel de reproche penal es singularmente más importante que el administrativo. Éste repara la situación anterior a la infracción con una sanción económica, en tanto que el penal puede afectar a la libertad. Es por ello que el haz de garantías debe ser más riguroso correspondiente a la importancia de las consecuencias jurídicas derivadas de uno y otro.

Analizamos la anterior conclusión en otro ejemplo con menor carga sancionatoria. Si convenimos en que todo detenido ha de prestar su asentimiento a la identificación a partir de las huellas dactilares, dirigidas a asegurar que el privado de libertad es una persona perfectamente identificada, esa colaboración en la identificación no se opone a que esas huellas puedan

ser comparadas con otras en bases de datos policiales respecto a delitos ajenos al que motivó su detención. Esa actividad, entendida como colaboración no va dirigida a la indagación de una responsabilidad criminal sino a asegurar la correcta identificación de un detenido. Una vez asentada la huella en una base de datos nada impide que pueda ser revisada para cotejar con huellas dubitadas y realizar sobre esa base de datos una indagación desconectada de la causa de la detención. Cuestión distinta es que un investigado por un hecho delictivo concreto deba ser informado y de requerirse su colaboración para aportar cualquier tipo de vestigio personal sobre el que indagar requiere voluntariedad en su pretensión de colaboración, pues se trata de un requerimiento en una investigación que le concierne como imputado. O, también, si en la investigación de un hecho delictivo concreto, surgen personas sospechosas de participación, cualquier indagación sobre esa persona que requiere su colaboración requiere que sea informada y su colaboración sea voluntaria.

En definitiva, en el caso de impregnación de huellas para identificación no se trata de colaboración en la averiguación de un delito, sino de someterse a una impregnación de sus huellas para asegurar la identificación pues el sistema exige asegurar esa correcta identificación. La colaboración requerida para la correcta identificación se exige para asegurar la identidad y ese requerimiento es el ajeno a una concreta investigación que sí requeriría su colaboración voluntaria. Por el contrario, en el caso de que las huellas se solicitan para una concreta investigación de un delito respecto de alguien que sea sospechoso, su colaboración debe ser voluntaria e informada.

En materia tributaria, la ordenación de la sociedad exige determinadas prestaciones a la ciudadanía de carácter obligatorio, no para incriminarse sino para asegurar la observancia de unas obligaciones derivadas de la convivencia y previstas constitucionalmente. No se realiza porque exista una sospecha de ilegalidad, sino para comprobar el correcto funcionamiento en el cumplimiento de obligaciones tributarias. Desde esa perspectiva, el cumplimiento de los actos de colaboración son propios de las facultades de control de la obligación tributaria.

El deber de colaborar ante órganos de la investigación. Aplicación a personas jurídicas

En este contexto, es preciso diferenciar entre órganos encargados de la pesquisa, los órganos de la administración tributaria y los órganos de la jurisdicción, dada la distinta conformación con la que se configura el requerimiento y colaboración. Si es la administración tributaria la que reclama la documentación para asegurar el buen funcionamiento de la tributación, no hace sino cumplir con las facultades para las que ha sido creada, asegurar la correcta contribución al sostenimiento de los gastos públicos y ello aun cuando pueda existir sospecha de incumplimiento de la obligación. El delito no se conforma sino después de comprobar que la cuota defraudada es superior a 120.000 euros. Hasta que no deduzca tanto de culpa al Ministerio fiscal no hay indagación por delito. La situación del órgano judicial que indaga un actuar delictivo, en el que obra la documentación incriminatoria por aportación del expediente tributario desde la administración al órgano judicial a través de la fiscalía, es distinta. Se trata de una indagación por delito, formalmente imputado, y cualquier colaboración debe ser informada y voluntaria. Cualquier nuevo documento, o es aportado voluntariamente por el requerido, o incorporado a partir de su petición a un archivo público.

En mi opinión hay actos necesarios para el control de una actividad que no implican ni un quebranto al derecho a no declarar, ni un quebranto al derecho a no ser fuente de prueba. No se trata de actos de naturaleza procesal, enmarcados en un proceso de indagación de un hecho delictivo, sino de actos referidos a la ordenación social correspondientes a un deber legal y constitucional de pagar impuestos. En la prueba de alcoholemia, como expuse, se trata de la comprobación del correcto uso de la concesión que habilita a la conducción de un vehículo, de un medio peligroso, que como tal aparece especialmente regulado por el ordenamiento. Igual ocurre respecto de determinadas identificaciones, como las huellas dactilares que se toman respecto de cualquier detenido en sede policial. Se hace preciso asegurar la identificación de una persona, no tanto para indagar su participación en hechos delictivos como para asegurar la correcta injerencia en la libertad y la identificación de la persona inferida en su libertad.

Si nos situamos en esta posición, la cuestión relativa a si el ciudadano está obligado, o no, a aportar determinados documentos al expediente administrativo, debe ser analizado, no tanto desde la perspectiva del derecho a no declarar contra sí mismo, sino desde la perspectiva del deber de colaborar al sostenimiento de los gastos sociales. Como antes se expuso la razón por la que el sujeto debe colaborar en la prueba de alcoholemia no parte de la afectación del derecho a no declarar, ni de considerar que la afectación es mínima, sino del control de la concesión que compete al Estado. En el requerimiento de documentación, la cuestión debe relacionarse con el deber de contribuir al sostenimiento del gasto público, como consecuencia de la convivencia social asegurando el funcionamiento del adecuado y justo del gasto público. Ese deber se cohonesta con las facultades revisoras del deber que compete a la administración tributaria y entre esas facultades los requerimientos de información.

En nuestro ordenamiento, el enfoque para una solución sería el de situar el requerimiento dentro o fuera del proceso penal. Si el requerimiento se produce fuera del proceso penal, incluso aunque administrativamente existiera alguna sospecha, lo cual es lógico pues los actos de la administración no son siempre aleatorios, el deber no es tanto de colaboración con la administración represora, sino el de cumplir con los derivados de una administración para la que el ordenamiento ha dispuesto la colaboración total porque el asunto público que gestiona es común, general y requiere de la colaboración ciudadana. La convivencia social exige que la resultancia documental de actos con trascendencia tributaria no sólo deba ser guardados cinco años, sino que deben ser aportados cuando sean requeridos y ello con independencia de si hay un ilícito o no. En sede de la administración no hay indagación delictiva pues esta se conforma cuando, a resultados de la cuota defraudada, se llega a la decisión de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Si el requerimiento se realiza en sede jurisdiccional, enmarcada en un proceso penal, la solución es distinta pues el requerimiento va dirigido a indagar un actuar delictivo que se investiga y respecto al que el investigado no está obligado a declarar, tampoco a colaborar, sin perjuicio de que la documentación puede ser obtenida de otras fuentes que no requieren el permiso del investigado.

Dicho lo cual, veamos el marco jurídico aplicable a la cuestión discutida. Por su claridad expositiva reproduzco el informe de la Abogacía del Estado en el recurso de casación 374/2017. «El artículo 180.1 de la Ley General Tributaria 58/2003, dispone lo siguiente:

»Si la Administración tributaria estimase que la infracción pudiera ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública, pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente, o remitirá el expediente al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo, que quedará suspendido mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme, tenga lugar el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal.

»Este precepto ha sido desarrollado por el artículo 32.1 del Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general del régimen sancionador tributario, según el cual:

»1. En el supuesto de que la Administración tributaria considere que la conducta del obligado tributario pudiera ser constitutiva del delito tipificado en el artículo 305 del Código Penal, se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo que quedará suspendido y procederá de conformidad con lo dispuesto en este artículo.

»También quedará suspendido el procedimiento administrativo cuando la Administración tributaria tenga conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos.

»2. Cuando la circunstancia prevista en el apartado anterior se aprecie antes de la propuesta de liquidación, el órgano, equipo o unidad remitirá las actuaciones practicadas con las diligencias en las que consten los hechos y circunstancias que, a su juicio, determinan la posible responsabilidad penal y un informe preceptivo sobre la presunta concurrencia en los hechos de los elementos constitutivos del delito al jefe del órgano administrativo competente, por medio de su superior jerárquico.

»Cuando la apreciación tenga lugar después de la propuesta de liquidación, será el órgano competente para liquidar quien debe proceder a impulsar el procedimiento, previa elaboración del preceptivo informe.

»Cuando dicha apreciación se produzca durante la tramitación del procedimiento sancionador, y los actos de liquidación ya hayan sido dictados, el órgano, equipo o unidad que instruya dicho procedimiento suspenderá su tramitación y trasladará las actuaciones de comprobación y las del procedimiento sancionador, junto con el correspondiente informe, al jefe del órgano administrativo competente, por medio de su superior jerárquico.

»Asimismo, se suspenderá la ejecución de la liquidación hasta que recaiga la correspondiente resolución judicial.

»La posibilidad de advertir que los hechos son constitutivos de delito puede producirse en diferentes situaciones: en un procedimiento inspector y en un procedimiento sancionador.

»La remisión del tanto de la culpa a la jurisdicción penal sólo habrá de realizarse en el momento en el que los hechos puestos de manifiesto en el seno del procedimiento inspector revelen con el suficiente grado de certeza un ejercicio de investigación prolijo y minucioso, que ha de realizarse con la máxima seriedad, a fin de evitar denuncias promovidas sin el debido fundamento.

»No precisa la ley cual es el grado de certeza de la comisión del delito que debe alcanzar la administración para pasar el tanto de culpa. Sin embargo, sí exige el Reglamento sancionador que la Agencia tributaria elabore un informe preceptivo sobre la concurrencia de los elementos constitutivos del delito, artículo 32.2, lo cual exige un amplio trabajo de investigación y estudio.

»La certidumbre exigible se configura de acuerdo a los artículos 785 bis y 790.6 de la Ley procesal penal. Por el primero se dispone que el Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito. El segundo establece que el Juez de Instrucción acordará la apertura de juicio oral salvo que estime que el hecho no es constitutivo de delito o que no existen indicios racionales de criminalidad. Puede por ello entenderse que la Administración tributaria deberá pasar el tanto de culpa si en el procedimiento administrativo constan indicios racionales que permiten deducir que los hechos son constitutivos de delito. Se trata de una decisión de la administración tributaria sujeta a dos controles de tipicidad penal.

»Lo habitual es que las actuaciones irregulares se detecten por la Agencia tributaria en procedimientos de inspección. Incluso, puede sostenerse que la Inspección de la administración tributaria tiene claro desde el inicio de su actuación un actuar delictivo. Ello es lógico. Con lógica podemos convenir que la Inspección, no actúa al azar, sino que como resultado de planes de actuación y de actuaciones concretas de las que resultan indicios y motivos racionales, puede representarse un actuar delictivo previsible. Ahora bien ello supone un nivel de exigencia suficiente pero sujeta a la decisión de otros órganos, el Ministerio fiscal y el juez de instrucción que imputa. La mayoría de los supuestos que acaban en los Juzgados implican un mayor o menor grado de sofisticación, y todos tienen en común una voluntad de ocultación que requiere de investigación y estudio para su resolución.

»Se suele invocar la doctrina fijada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Saunders vs. Reino Unido*. En el caso que estudió el TEDH el procedimiento administrativo era sancionador, luego ya revestía unas especiales características que no pueden trasladarse sin más a un procedimiento administrativo de inspección. La primera y principal, que el fin del procedimiento sancionador, a priori, es la imposición de una sanción, lo que implica determinados derechos para el administrado, y cargas para la Administración. Sin embargo, en un proceso inspector, si acaso, se buscará la práctica de una liquidación, sin que exista en principio ninguna sospecha de irregularidad sancionable, o incluso punible.

»En segundo lugar, en el caso *Saunders*, el órgano administrativo que inspeccionaba al administrado puso de manifiesto la posible existencia de actuaciones delictivas, y a pesar de ello, siguió durante ciertos meses investigando al administrado. Esta diferencia es clave, pues sí se actuó administrativamente mientras se había declarado que existían indicios de criminalidad.

»La consideración de la doctrina de la STEDH nos lleva a tener en cuenta tres elementos que relacionamos desde la perspectiva de nuestro ordenamiento:

»La decisión sobre el traslado del tanto de la culpa, es una decisión discrecional de la Administración. Y principalmente, que la doctrina expuesta es menos exigible en el procedimiento inspector que en el procedimiento sancionador, pues no se cierne sobre el contribuyente, en principio, ninguna razón para dudar de la punibilidad de su actuación.

»Dicho esto, dado que se trata de una potestad discrecional, el control que debe realizarse de su corrección es la motivación de la decisión adoptada, velando por que no haya existido arbitrariedad.

»Un modo de controlar tal discrecionalidad, consistirá en verificar que las diligencias practicadas han sido siempre tendentes a obtener datos necesarios para llevar a cabo la correspondiente liquidación tributaria. Hasta tanto no hay consideraciones delictivas y la aportación de documentos es preciso para esa declaración de concurrencia.

»Que existe lo que se podría calificar como una fase intermedia. Esa fase se iniciaría al expresar el actuario que los hechos son constitutivos de delito, momento en el que debe elaborar el preceptivo informe para justificar su opinión. Y terminaría con el momento en el que o bien se eleva el tanto de la culpa, o se rechaza la opinión por el órgano administrativo. Sólo en esa fase, cuando se declara formalmente una cuota superior a 120.000 euros, deberán paralizarse las diligencias, y todo aquello que se practique con posterioridad, deberá ser analizado desde la pretensión de requerimientos.»

La Sentencia número 374/2017, Recurso 1729/2016, de 24 de mayo aborda esta cuestión, en parecidos términos a los anteriormente expuestos, y declara la implicación de la Sentencia Sanders a la actuación de la Agencia tributaria antes de dar cuenta a la fiscalía:

«En relación a la cita que se hace de la doctrina del TEDH en el caso Saunders conviene recordar, ya que el recurrente no lo hace, que el ciudadano actuaba bajo la siguiente regulación: los inspectores tuvieron nueve entrevistas con el demandante, quien asistido por sus abogados estaba obligado a responder a las preguntas. En caso contrario, un Tribunal podía condenarle por contempt (desobediencia a la autoridad) a una multa o a una pena de reclusión hasta dos años.

»El TEDH afirmó que la cuestión de si, a la luz de las circunstancias de la causa, el demandante fue víctima de una vulneración injustificable de su derecho a no contribuir a su propia incriminación dependerá del uso realizado por la acusación, durante el proceso, de las declaraciones obtenidas por los inspectores bajo amenaza de sanción. Pero advirtiéndole que no prohíbe el uso, en un proceso penal, de datos que hayan podido obtenerse del acusado recurriendo a facultades coercitivas, pero que existan con independencia de la voluntad del sospechoso, como, por ejemplo, las muestras de aliento, sangre y orina.

»Estimado que lo que ocurrió en aquel caso es que se utilizaron declaraciones del acusado con finalidad incriminatoria, hipótesis muy diversa de la aportación de documentos.

»Y que por ello no entró a examinar la cuestión de las alegaciones del señor Saunders con arreglo a las cuales las autoridades instructoras retrasaron deliberadamente el inicio de la investigación policial para permitir a los inspectores recoger elementos de prueba en el ejercicio de sus facultades coercitivas.

»La compulsión (penal) que justificó la sentencia europea es inimaginable en el caso que ahora juzgamos, pues en absoluto podía dar lugar a estimar cometido el delito de desobediencia (A lo sumo la sanción administrativa prevista en el actual artículo 198 de la LGT o en el artículo 203 de la misma en la redacción vigente por ley de 2003) Ni lo utilizado en el proceso penal fueron declaraciones vertidas por el acusado, sino datos que existían previamente fijados en documentos y obtenibles en su caso al margen de la voluntad del acusado.

»Similar compulsión en la obtención de declaraciones en fase de investigación administrativa fue la que concurrió en el caso J. L., G. M. R. y A. K. P. CONTRA REINO UNIDO en el que recayó la sentencia del TEDH de fecha 9 de septiembre de 2000. En efecto en tal asunto la premisa descalificada por el TEDH fue la de que los inspectores interrogaron separadamente a los solicitantes en varias ocasiones. La ley imponía a estos últimos la obligación de responder a las preguntas que se les planteaban. En su defecto, un Tribunal podía concluir que se había atacado la autoridad de la justicia e imponerles una multa o una pena de prisión que podía llegar hasta los dos años. La justificación de la sentencia radicaba en que la acusación realizó

ante el jurado la lectura durante tres días de las actas de las entrevistas de los solicitantes con los inspectores del DTI, de manera que tendiera a acusarlos. Es decir se usan declaraciones no equivalentes a documentos entregados.

»Ciertamente en el caso *Chambaz contra Suiza* el TEDH (sentencia de 5 de abril de 2012) examinó la legitimidad de la imposición de una sanción pecuniaria a quien, requerido por la administración tributaria, no atendió el requerimiento de aportar documentación, porque de ella podía derivar responsabilidad penal.

»Desde luego la legitimidad de tal sanción es diversa de la que se cuestiona cuando, sí se aporta la documentación requerida, lo que se plantea es si cabe utilizar lo así aportado en el proceso penal. El TEDH estimó que tal derecho implica que las autoridades buscarán el fundamento de su argumentación sin recurrir a elementos de prueba obtenidos bajo presión o con desprecio de la voluntad del acusado.

»En el caso por nosotros ahora juzgado es de subrayar: a) que no se alega ni consta que en la citación al recurrente se le advirtiera que de no atender el requerimiento se le sancionaría de ninguna manera; b) que el requerimiento fue voluntariamente aceptado por el recurrente una vez asesorado jurídicamente y cumplimentado por quien le representaba en su relación con la administración tributaria, y c) que ninguna sanción fue impuesta en relación con las respuestas dadas a los sucesivos requerimientos.

»Por otra parte tampoco se ha hecho uso para justificar la condena de declaraciones pre-procesales del acusado. Lo que, por otra parte estaría vetado incluso al margen del derecho *nemo tenetur* o privilegio de no autoincriminación.

»Y respecto a este último bastaría advertir que tal derecho no es en absoluto irrenunciable. El acusado puede declarar cuantas veces desee. Eso sí siempre advertido del derecho a no hacerlo. En el presente caso el asesoramiento al efecto era evidente ya que fueron sus asesores, a quienes el recurrente reconoce alta cualificación técnica, los que contestaron a los requerimientos. Y, reiteramos, no fue su declaración lo que se erigió en fundamento de la condena.

»En la STC 142/2009 se advirtió que no atentaba al derecho a no autoincriminarse, siquiera en el ámbito de un procedimiento administrativo sancionador, que en la comparecencia en el expediente de información reservada los recurrentes fueran preguntados sobre los hechos denunciados, tras darse lectura al escrito de denuncia, realizando libremente y sin coacción alguna las declaraciones que tuvieron por conveniente y añadiendo, también de forma absolutamente voluntaria –como destaca el órgano judicial– las manifestaciones por las que posteriormente fueron sancionados.

»En relación con tal derecho el TC ha establecido una bien conocida doctrina de la que es ejemplo la sentencia 68/2006: los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable «son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable» (SSTC197/1995, de 21 de diciembre, F. 6; 161/1997, de 2 de octubre, F. 5; 229/1999, de 13 de diciembre, F. 3 b); 127/2000, de 16 de mayo, F. 4 a); 67/2001, de 17 de marzo, F. 6). Y hemos declarado asimismo que los citados

derechos «entroncan también con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia: la que sitúa en la acusación la carga de la prueba; esta carga no se puede trocar fácticamente haciendo recaer en el imputado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación» (STC 161/1997, de 2 de octubre, F. 5).

»Pero precisó «no apreciándose la existencia del requisito subjetivo de que la coacción haya sido ejercida por el poder público sobre la persona que facilitó la información incriminatoria y que finalmente fue la destinataria de las medidas punitivas, debe desestimarse el recurso de amparo» (vid. STC 18/2005 de 1 de febrero).»

Aplicación a las personas jurídicas

Qué referencia cabe realizar respecto a las personas jurídicas que desde el 2010 pueden ser responsables penales de un hecho.

El art. 409 bis y el 786 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, han dispuesto, tras la reforma del año 2011, que cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, en la toma de declaración de su representante, especialmente designado por ella a estos efectos, se aplicará lo dispuesto en los preceptos correspondientes del texto legal, en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluidos, dice el precepto, los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable; añadiendo que la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación determinará que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar. Se añade en el art. 786 bis el derecho a la última palabra.

Por lo tanto, el legislador penal ha consagrado el derecho de la persona jurídica a no declarar y a no confesarse culpable, lo que no supone sino la concreción del art. 24 de la Constitución para las personas jurídicas. Jurisprudencialmente hemos declarado el derecho de la persona jurídica a la presunción de inocencia, por otra parte reconocido a toda persona acusada en el procedimiento penal, pero necesitado de una concreción en el proceso penal. En la STS 221/2016, de 16 de marzo, se afirma en este sentido: «El proceso penal es incompatible con una doble vía probatoria, aquella por la que discurre la prueba de la acción de la persona física y aquella otra por la que transita la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica», y la «Sala no puede identificarse con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción *iuris tantum* de que ha existido un defecto organizativo [...] para alcanzar esta conclusión [...] basta con reparar en algo tan elemental como que esa responsabilidad se esta exigiendo en un proceso penal, las sanciones impuestas son de naturaleza penal y la acreditación del presupuesto del que derivan aquellas no puede sustraerse al entendimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia. Sería contrario a nuestra concepción sobre este principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del fiscal alcanzaría la máxima exigencia y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el *ius puniendi* del Estado». La afirmación es clara e indicativa de la equiparación a los efectos de este derecho entre las personas físicas y jurídicas. Otro tanto cabe decir respecto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues como parte del proceso tiene los derechos derivados de esa condición procesal.

Por su parte, el artículo 786 bis de la Ley procesal penal también reconoce a las personas jurídicas, en la fase de juicio oral, los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable, como también se le reconoce el derecho a ejercer la última palabra al finalizar dicho acto.

Este reconocimiento legal sin embargo no impide que nos planteemos, al margen de las posibles modulaciones que con respecto a la prueba documental hemos propuesto en apartados anteriores, el alcance del derecho a no declarar de las personas jurídicas, y, concretamente, si el derecho a no ser fuente de prueba, tiene el mismo contenido que se predica de una persona física.

En el fondo de la cuestión late la consideración de la naturaleza de la responsabilidad penal de la persona jurídica para lo que es preciso situarse en una perspectiva tradicional, que considera a la persona jurídica como una mera ficción o creación del derecho, o desde una perspectiva, más moderna, para la que las personas jurídicas son una realidad social incontestable merecedora de una equiparación absoluta a las personas físicas, inclusive a los derechos fundamentales, al honor, o a la inviolabilidad del domicilio.

Si repasamos nuestro ordenamiento, legal y su interpretación jurisprudencial, comprobamos que el reconocimiento de algunos de estos derechos, como el de la inviolabilidad del domicilio, lo ha sido, realizado, con algún matiz respecto a la persona física.

El Tribunal Constitucional, en su STC 69/1999, de 26 de abril, aun cuando reiteró su posición de que estas entidades gozaban de este derecho fundamental a la inviolabilidad, declaró simultáneamente que merecía una menor protección, porque las jurídicas, dijo el Tribunal, por su propia naturaleza, no gozan de un ámbito de intimidad, referido a la vida personal y familiar, propio exclusivamente de las personas físicas, y que es el que subyace en la protección de su domicilio o morada. De esta forma, declaró, el ámbito de protección del domicilio de las personas jurídicas sólo se extendía a los espacios físicos que fueran indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros.

En un sentido también de diferenciar la persona física de la jurídica, la STS 125/2014, de 20 de febrero, al declarar que «No anda descaminada la argumentación del recurrente cuando evoca el art. 554.4 LECrim. Pero no se puede compartir la conclusión que quiere extraer de ahí. Sería contrario a la voluntad cristalina de la ley. Según el recurso todo registro en un lugar donde puedan custodiarse papeles o documentos que se quieren mantener reservados a terceros requeriría autorización judicial. La última reforma del precepto invocado posiblemente no haya sido del todo afortunada. Introduce algunas dosis de incoherencia interna que el recurrente sabe aprovechar. Pero está claro que la Constitución y la Ley limitan la exigencia de autorización judicial a la entrada en lo que constituye el domicilio, lo que supone excluir ese presupuesto de otros lugares o ámbitos (un vehículo, un local comercial, un almacén...) salvo previsión expresa. El legislador ordinario ha extendido la exigencia a otros casos particulares entre los que se encuentra el introducido en 2011 solo para las personas jurídicas imputadas. No es muy congruente. Pero no puede proyectarse esa previsión más allá de su ámbito específico: domicilio de personas jurídicas *imputadas*».

»La autorización judicial está pensada para proteger ese primer reducto de privacidad que es la morada, no para poner trabas a la investigación penal. Rige la inviolabilidad del domicilio también para los no imputados y también en actuaciones no penales. Esto es una obviedad. No se entiende por eso muy bien qué razones adicionales confluyen para una tutela reforzada cuando estamos ante una persona jurídica imputada, que no concurren también cuando lo que se registra es la sede de una persona jurídica no imputada (la imputación o no a veces depende solo del tipo de delito). Idéntica tutela debiera dispensarse a la persona jurídica imputada que a la no imputada. Que la responsabilidad penal alcance a la persona jurídica no imponía nuevas previsiones en materia de medidas de investigación invasivas de derechos fundamentales. No ha pensado así el legislador y la Ley 37/2011 añadió un nuevo apartado cuarto al art. 554 –entrada y registro domiciliario– con esta previsión que sirve de base al recurrente para su argumento: “Tratándose de personas jurídicas imputadas, (se considera domicilio)el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que queden reservados al conocimiento de terceros”. No se atisban las razones de esa ampliación del concepto de domicilio operativa sólo para personas jurídicas imputadas. El registro de una oficina aneja a una tienda, donde también se guardan soportes de la industria o negocio, no exige mandamiento judicial si el titular del local es una persona física o una persona jurídica no imputada. Se pueden registrar esos lugares para esclarecer un delito no imputable a una persona jurídica (v.gr. una apropiación indebida); pero no si se tratase de una estafa, lo que no parece lógico. En ambos casos el derecho a custodiar es el mismo y la finalidad de su limitación idéntica: exigir responsabilidades penales. La «privacidad» de una persona jurídica no se robustece cuando se convierte en posible responsable penal. Tan tutelada ha de estar la intimidad de las personas jurídicas no imputadas como la de las imputadas. Sin embargo a tenor de la ley solo es predicable ese concepto ampliado de domicilio a estos efectos de la persona jurídica imputada, y por tanto solo respecto de delitos susceptibles de generar responsabilidad penal de entes morales. La disposición encierra, sin duda, incoherencias. Pero no pueden salvarse por la vía que propone el recurrente: extender las incoherencias a otros supuestos en contradicción con la clara normativa legal. No puede proyectarse esa previsión sobre supuestos diferentes a los contemplados en ella: ni sobre estancias o negocios abiertos al público, ni sobre sedes de personas jurídicas cuando las mismas sean ajenas a la imputación.»

Tampoco la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, por otro lado, llega a equiparar en todos los aspectos a las personas físicas y a las jurídicas, al permitir, por ejemplo, y de conformidad con el artículo 786 bis de la LECrim, que el juicio oral se celebre en su ausencia, sin ningún tipo de limitación, con lo que ello puede suponer en la limitación del derecho de defensa y contradicción.

El derecho comparado con ordenamientos que gozan de una amplia tradición en el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como los Estados Unidos, resulta incontestable, que no reconocen a las organizaciones el derecho fundamental a no declarar o a no confesarse culpable.

En el ordenamiento norteamericano, pionero en la fijación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el Tribunal Supremo Federal, en la primera sentencia dictada, caso *Hale*

v. Henkel, para confirmarlo posteriormente en *United States v. White*, y desde entonces continúa vigente. Siguiendo a María Ángeles Villegas, en cuadernos digitales de formación nº 13 del Consejo General del Poder Judicial, dos argumentos fundamentales están presentes en una y otra resolución.

El primero podríamos decir que atiende a la naturaleza y finalidad del derecho. Así, para el Tribunal Supremo Federal, estamos ante un derecho eminentemente personal, que como tal solo debe aplicarse a las personas físicas, tal como, por otro lado, se deriva de las propias funciones que el mismo está llamado a cumplir. Este derecho nace para que la investigación y el proceso penal respeten la dignidad, la humanidad y la imparcialidad; y fue designado para prevenir que pudiera obtenerse «de los labios del acusado» las pruebas necesarias para su condena, o para que este fuera forzado a presentar o autenticar cualquier documento personal que pudiera incriminarle. Su consagración pretende impedir, en definitiva, que se puede utilizar la tortura o cualquier otro medio, aunque sea menos violento, pero igualmente reprobable, para obtener coactivamente pruebas incriminatorias.

Estas preocupaciones, para el Tribunal Supremo Federal, no están presentes sin embargo cuando tratamos con personas jurídicas, que carecen de las cualidades propias del ser humano y por tanto no pueden ser víctimas de aquello que se pretenden proteger a través de este derecho.

El segundo argumento es de naturaleza práctica, pero no por ello menos interesante, y está relacionado con las consecuencias que una conclusión contraria habría tenido en los supuestos de hecho examinados, donde los representantes legales de las entidades implicadas habían sido requeridos para presentar determinada documentación atinente a la misma. Según este segundo argumento, la capacidad de control que el poder público ejerce, justificadamente, sobre la naturaleza de muchas de las actividades económicas desarrolladas por este tipo de organizaciones, se vería seriamente mermado si, invocando su derecho a no autoincriminarse, las mismas pudieran negarse a entregar determinados documentos internos. En este sentido, para el Tribunal Supremo Federal, los padres de la Constitución, al incluir la Quinta Enmienda, estaban interesados fundamentalmente en proteger las libertades civiles individuales, pero no los intereses económicos o de otro tipo de esta clase de organizaciones permitiendo así que las mismas pudieran anular la normativa reguladora.

Esta línea argumental se corresponde, a mi juicio, con la naturaleza de la conducta penal reprochada a la persona jurídica: no haber evitado el delito mediante la articulación y cumplimiento de un programa normativo de control delictivo.

En este *iter* argumental hemos de referirnos al fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y para ello voy a seguir el trabajo del Gabinete Técnico de la Sala II del Tribunal Supremo como trabajo previo para abordar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si, históricamente, el derecho no reconocía la responsabilidad penal de las personas jurídicas, bajo el adagio latino de *societas delinquere non potest*, y afirmaba que la responsabilidad penal sólo era exigible a la persona física que era la única que era capaz de ser sujeto activo de un delito porque tenía libertad para ordenar su conducta de acuerdo a la norma y, por lo tanto, podía exigírsele responsabilidad. Para el derecho penal clásico la responsabilidad penal solo puede anclarse en la personalidad ética del ser humano. Correlativamente a esta construcción, el fundamento de la responsabilidad penal radica en un concepto de acción psicológico, de manera

que sólo podrá ser sujeto quien tenga capacidad de acción, y esta categoría es puramente psicológica y sólo predicable respecto de la persona física. Desde esta perspectiva, la persona jurídica carece de capacidad de acción, carece de aptitud de actuación ética psicológica, y sólo desde la ficción jurídica podemos atribuir a la persona jurídica capacidad de acción, y sólo para conseguir determinados fines.

Esta construcción se revela como insuficiente desde la perspectiva de un derecho penal moderno en el que la sociedad de riesgos permite compatibilizar personas físicas y jurídicas en la realización de hechos delictivos, el aprovechamiento de estructuras de organización para la comisión de delitos, en los que se hace preciso que las sociedades que actúan vean reprimidas los comportamientos en los que han intervenido. Inicialmente y por razones eminentemente prácticas se convino en admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas para soportar el reproche penal y las consecuencias de una conducta en las que han intervenido. El legislador, pese a la oposición de la dogmática empezó a diseñar supuestos de responsabilidad penal, sobre todo a partir de consecuencias accesorias, para proporcionar una solución práctica a la intervención de personas jurídicas en hechos delictivos.

Dogmáticamente se reacciona proporcionando una solución a la divergencia entre el pragmatismo, que condenaba a las personas jurídicas, y la dogmática que no había proporcionado un fundamento a esa condena. Tras varios ensayos en la autoría mediata y en la coautoría, se abre paso un nuevo concepto de acción por la que se mantiene la capacidad de acción en la persona física que actúa pero de la que también es responsable la persona jurídica en cuyo seno actúa, cuando esta no se ha organizado adecuadamente para controlar y para no impedir el delito cometido en su interés o provecho. Se abre paso así un concepto normativo de acción en el que lo relevante es no realizar el comportamiento esperado de la persona jurídica controlando y evitando, a través de sus órganos, la actuación conforme a la norma por parte de la persona física que la dirige o en cuyo nombre actúa y en definitiva evitar la comisión de delitos. Esa omisión del deber de control de sus órganos es el fundamento del reproche, pues la persona jurídica tiene personalidad y aparece autorizada en su actuación en la medida en que se sujeta al ordenamiento jurídico y debe adecuar su conducta a las exigencias del mismo, controlando a sus órganos para impedir la comisión de delitos. Su culpabilidad y, en definitiva, el reproche a su atenuación deriva de no desplegar una actividad de control de sus órganos porque no ha evitado la comisión de un delito.

Es por ello que la persona jurídica aparece autorizada en su desarrollo en la medida en que disponga de una organización capaz de asegurar la vigencia de la norma en el ámbito de su actuación y debe disponer su actividad en la prevención y descubrimiento de hechos delictivos que puedan acaecer en su ámbito de actuación. Se trata, en definitiva, de una actuación omisiva consistente en no adoptar medidas de precaución y control necesarias, según el ámbito de actuación y regularizadas por el ordenamiento, para evitar la comisión de delitos en la actividad social.

Se trata de actuaciones fuertemente regularizadas en las que el ordenamiento obliga a las personas jurídicas a vigilar a sus órganos obligándoles a prevenir y controlar la comisión de delitos por sus órganos. No se trata de una responsabilidad por lo actos de sus miembros, sino propia en la medida en que la falta de control y de prevención no ha evitado el delito que debió y pudo, de haber mediado un efectivo control y prevención se hubiera evitado.

La escasa jurisprudencia de la Sala II en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas se hace eco de esta correlación y ha desarrollado una responsabilidad de la persona jurídica por sus actos, autorresponsabilidad, en la que el actuar delictivo en una persona física, como director o subordinado suyo, no es otra cosa que un presupuesto necesario para la imputación por su propia conducta.

Relacionamos las tres sentencias que han recaído sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En primer lugar, la STS 221/2016, de 16 de marzo de 2016, que afirma «Son, por tanto, dos los sujetos de la imputación, cada uno de ellos responsable de su propio injusto y cada uno de ellos llamado a defenderse con arreglo a un estatuto constitucional que no puede vaciar su contenido en perjuicio de uno u otro de los acusados. La LO 1/2015, 30 de marzo, ha proclamado que el sentido de la reforma introducida en el art. 31 bis del CP no tiene otra justificación que «...llevar a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas [...] con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del “debido control”, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal [...]. Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial...».

Nuestro sistema, en fin, no puede acoger fórmulas de responsabilidad objetiva, en las que el hecho de uno se transfiera a la responsabilidad del otro, aunque ese otro sea un ente ficticio sometido, hasta hace bien poco, a otras formas de responsabilidad. La pena impuesta a la persona jurídica sólo puede apoyarse en la previa declaración como probado de un hecho delictivo propio.

La responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva. De lo que se trata, en fin, es de aceptar que sólo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad.

En palabras de la STS 154/2016, 29 de marzo, «...el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización. [...] Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 párr. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica».

Frente al criterio expuesto en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, el Tribunal Supremo, en Sentencia 516/2016, de 13 de junio, declara que El art. 31 bis del Código penal actúa como una cláusula de determinación de la autoría definitoria del tipo de autor en las personas jurídicas. El art. 31 bis señala los presupuestos que han de concurrir para la declaración de persona jurídica como autora del delito, esto es, un delito cometido por persona física –representantes legales o por empleados– en nombre o por cuenta de una persona jurídica o en el ejercicio de las actividades sociales por cuenta o en beneficio directo o inmediato de la persona jurídica, y que por ésta no han adoptado las medidas de organización y gestión necesarias, que incluyen medidas de vigilancia y control de los posibles resultados típicos que el ejercicio de su actividad de la persona jurídica pueda realizar. En el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema de autorresponsabilidad, siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad. (La expresión vicarial, que se incluía en el texto fue objeto de una aclaración de 28 de junio de 2016, que señala: En el penúltimo párrafo del fundamento primero se indica erróneamente una opción del legislador por un sistema vicarial cuando, conforme se deduce del resto de la fundamentación, la opción es por un sistema de auto-responsabilidad. Así resulta de la propia fundamentación al afirmar que ambas, personas física y jurídica, responden por su propia responsabilidad en términos que definen, respectivamente, los arts. 28 y 31 bis CP).

Desde la perspectiva expuesta en estas Sentencias, la consideración de la persona jurídica como respuesta penal parte de su consideración de sujeto, al que se le exigen especiales reglas de observancia de la norma, desde la inspección, hasta la observancia de las exigencias del ordenamiento que regula su función. Se trata de una compensación a su consideración de sujeto en el tráfico jurídico. Nuevamente, el Estado puede comprobar en cualquier momento el desarrollo de su actuación, porque la razón de ser, como persona y sujeto de derechos y deberes está en el cumplimiento normativo.

Consecuencia de lo anteriormente expuesto es que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se estructura como un delito de comisión por omisión en el que se imputa a una persona jurídica el que en una situación delictiva cometida por su representación o por un empleado suyo, no haya dispuesto de una estructura de actuación eficaz para evitar la comisión del delito lo que comporta una variedad de situaciones desde el diseño del tipo de riesgos hasta la falta de actuación eficaz preventiva y con evitación del delito. En definitiva actúa en un marco de peligro sin disponer de la precisa estructura acorde con el ordenamiento para evitar la comisión de delitos en el seno de la actividad social. Es una responsabilidad autónoma y propia de la persona jurídica al no disponer de una estructura de prevención, de cumplimiento normativo, especialmente señalada por el ordenamiento para el cumplimiento de su actividad, entre ellas, que se eviten hechos delictivos. El art. 31 bis, como se dijo en la STS 516/2016, de 13 de junio, determina el tipo de autor en referencia a la persona jurídica.

Desde la perspectiva expuesta el delito es el resultado a evitar estableciendo una obligación de actuar organizando una estructura de cumplimiento normativo, lo que exige el eficaz diseño de un mapa de riesgos, y un cumplimiento para cada delito de mecanismos de control y prevención.

La tipicidad subjetiva no es la derivada de un defecto de vigilancia o de un error en el nombramiento, sino la derivada de la falta de diseño eficaz del mapa de riesgos y de defecto en la

eficacia en el control y prevención de actuaciones que pudiese evitar la comisión de delitos.

El art. 31 bis supone, desde la perspectiva que se expone, la identificación de la tipicidad de la autoría de la persona jurídica.

La doctrina expuesta tiene, según se infiere de lo dicho, una consecuencia fundamental. La persona jurídica tiene la obligación en todo caso de entregar la documentación que le sea requerida en esta condición y que pertenezca a la primera, sin que pueda amparar su negativa en el derecho de la entidad a no auto incriminarse, porque además, de no ser titulares del mismo, la propia razón de ser de la persona jurídica parte de la observancia del ordenamiento y a sujetarse a las demandas de comprobación de la observancia del ordenamiento, el cual le exige guardar la documentación de sus actuaciones y su ilicitud típica radica en un comportamiento omisivo consistente en no actuar en el tráfico con la estructura de prevención y control a los que está obligada.

En la jurisprudencia norteamericana no es posible que la negativa a aportar la citada documentación se ampare en que la misma pudiera perjudicar no ya a la persona jurídica, sino a la persona física a la que se hace el requerimiento. Para el Tribunal Supremo Federal, reconocer a los representantes de las entidades esta posibilidad, sería tanto como reconocérselo a estas últimas, que no son, según lo ya expuesto, titulares del mismo. Además, ello iría en detrimento de la capacidad de las autoridades para perseguir los denominados *white collar crimes*.

Cuestión distinta es la posición procesal de la persona jurídica en un proceso penal abierto y en el que figura como imputado, pues sus derechos procesales son los de una parte procesal y entre ellos el derecho a no declarar y no ser fuente de prueba.

El valor en el proceso penal de la documental aportada en un procedimiento administrativo

Con lo que llevamos señalado, la respuesta que se plantea en el título de la presente sección es sencilla. El ordenamiento, es este caso, tributario dispone de contenidos de información obtenidos con colaboración forzada por empresas y particulares dispuestos con independencia de un actuar delictivo o, incluso, de una ilicitud administrativa. El deber de cumplir con las obligaciones tributarias para el sostenimiento de los gastos públicos se asienta sobre la colaboración ciudadana, no sobre una administración puramente policial de indagación de elementos sospechosos, sino sobre una colaboración que permite recabar la información precisa. De ahí la capacidad de organismos públicos como la Agencia Tributaria o la Comisión Nacional del Mercado de Valores para recabar información de los sujetos sometidos a su supervisión, y ello con independencia de que estén o no, ejerciendo propiamente facultades inspectoras amplísimas. Los ciudadanos y las personas jurídicas están obligados, de conformidad con la normativa administrativa correspondiente, a colaborar con la aportación de datos sobre su actividad económica.

La Ley General Tributaria, Ley 58/2003, en sus arts. 93 y 94, regula las obligaciones de información, delimitando su alcance, y quiénes son sus titulares.

El apartado uno del artículo 93 es expresivo cuando dice que las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, así como las entidades mencionadas en el apartado 4 del artículo 35 de la Ley, están obligadas a proporcionar a la administración tributaria toda clase de datos, informes, antecedentes y justificantes con trascendencia tributaria relacionados con el cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias o, añade el precepto, deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas.

Desde el plano inspector el artículo 142 de la LGT regula los que considera los deberes de colaboración del sujeto ya sometido a las facultades inspectoras de la Agencia Tributaria. El precepto, impone la obligación de atender a la inspección y prestarle la debida colaboración en el desarrollo de sus funciones, y añade: «El obligado tributario que hubiera sido requerido por la inspección deberá personarse, por sí o por medio de representante, en el lugar, día y hora señalados para la práctica de las actuaciones, y deberá aportar o tener a disposición de la inspección la documentación y demás elementos solicitados.

»Excepcionalmente, y de forma motivada, la inspección podrá requerir la comparecencia personal del obligado tributario cuando la naturaleza de las actuaciones a realizar así lo exija.

»Los funcionarios que desempeñen funciones de inspección serán considerados agentes de la autoridad y deberán acreditar su condición, si son requeridos para ello, fuera de las oficinas públicas.

»Las autoridades públicas prestarán la protección y el auxilio necesario a los funcionarios para el ejercicio de las funciones de inspección.»

En el mismo sentido de exigencias de colaboración obligatoria, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en el apartado tres de su artículo 82, impone a las personas físicas y jurídicas que hayan de ser supervisadas por este organismo, la obligación de poner a su disposición todo tipo de documentación, como le obliga a comparecer a sus citaciones y cumplir todo tipo de requerimientos.

Desde la perspectiva expuesta, la documentación obtenida por esta vía de colaboración, puede ser incorporada al proceso penal. Así resulta de la propia normativa y aparece refrendada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En la STC 142/2009, de 15 de junio se recuerda que las garantías de los derechos fundamentales consagrados en el art. 24.2 CE, configuradas para el proceso penal, no pueden trasladarse sin matización alguna al procedimiento administrativo, particularmente al administrativo sancionador. En estos casos, «se impone [...] la prudencia frente a intentos apresurados de trasladar mecánicamente garantías y conceptos propios del orden penal a actuaciones y procedimientos administrativos distintos y alejados del mismo» –STC 142/2009, de 15 de junio, con citación de otras muchas–.

Con parecida argumentación el Tribunal Constitucional ha declarado que la colaboración exigible a todo ciudadano frente a la Administración, que le obligaría, entre otras cosas, a aportar o exhibir a su requerimiento determinados documentos que pudieran ser acreditativos de su situación económica y financiera, no implica obligar a este a realizar una declaración inculpativa, a los efectos previstos en el artículo 24 de la Constitución. Los documentos contables, dice el Tribunal Constitucional, «son elementos acreditativos de la situación económica y financiera del contribuyente; situación que es preciso exhibir para hacer posible el cumplimiento de la obligación tributaria y su posterior inspección, sin que pueda considerarse la aportación o exhibición de esos documentos contables como una colaboración equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 CE. Del mismo modo, que el deber del ciudadano de tolerar que se le someta a una especial modalidad de pericia técnica *verbi gratia*, el llamado control de alcoholemia, no puede considerarse contrario al derecho a no declarar contra sí mismo y al de no declararse culpable (SSTC 103/1985, 145/1987, 22/1988, entre otras muchas), cuando el contribuyente aporta o exhibe los documentos contables pertinentes no está haciendo una manifestación de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad» –STC 76/1990, de 26 de abril–.

También como consecuencia de lo anterior el Tribunal Constitucional ha admitido que esa documentación aportada durante el procedimiento administrativo, no vulnera, según lo dicho, ningún derecho constitucional, aun cuando estemos en un procedimiento administrativo sancionador porque prevalece el deber de colaborar con la Administración, pueda utilizarse en el procedimiento penal (STC 76/1990, de 26 de abril).

Se ha aducido que el Tribunal Constitucional ha mantenido una doctrina contraria en alguna Sentencia, entre las que se citan las SSTC 18/2005 y la 68/2006, en las que el Tribunal Constitucional que resuelve la cuestión atendiendo solo a una perspectiva puramente formal:

«Las actuaciones inspectoras de la Administración tributaria se siguieron exclusivamente en relación con la entidad que legalmente representaban los demandantes en amparo que, en consecuencia, nunca fueron el sujeto pasivo de las mismas». No existió pues, en consecuencia, la vulneración denunciada porque, según concluyó el Tribunal, la información que se utilizó para fundamentar la condena contra los solicitantes de amparo se requirió a una persona distinta de los mismos; la coacción prevista en la ley se ejerció exclusivamente contra la citada entidad; y, finalmente, dicha información fue aportada por los representantes de la misma, sin que constase que la entidad como tal invocara en ningún momento, durante el desarrollo del procedimiento inspector, sus derechos a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable.

También es recurrente visonar, como argumento a contrario, la posición mantenida la STEDH de 17 de diciembre de 1996, Caso Sanders c. Reino Unido, en la que el Tribunal Europeo anuló las condenas impuestas al Sr. Sanders con apoyo en declaraciones obtenidas bajo coacción en un procedimiento administrativo. A esta Sentencia ya nos referimos anteriormente al analizar la colaboración con la administración tributaria y el proceso penal. Es obvio que en el supuesto que exponen no se produce bajo atisbo alguno coactivo, sino en el marco de una conveniencia regulada. Respecto a esta cita nos remitimos a lo que dijimos al declarar los requerimientos de documentación.

Una conclusión que nos llevará a dar validez a las actuaciones administrativas de inspección no lleva a cuestionar las facultades de la administración tributaria, de los organismos de control, de la administración en general en cuanto revisa y acomete facultades inspectoras para contratar el funcionamiento de actividades realizadas por particulares sometidas a control y a regulación administrativa. En definitiva, incluso actividades arriesgadas como la conducción de vehículos, la industria alimentaria, etc., en cuanto sujetas a control de la administración en cumplimiento de sus fines de inspección y control se vería afectadas por las limitaciones derivadas de una hipotética comisión de hechos delictivos. Situadas las funciones de inspección en sus límites propios de control y regularización ningún problema supone la incorporación al proceso penal del material que documenta esa función.

La relación de colaboración con la administración tributaria en la investigación de delitos relacionados con la corrupción

La colaboración de la Agencia Tributaria con los órganos judiciales penales, en principio regida por la Ley de Enjuiciamiento criminal, es una relación de petición de actuaciones y de ejecución por órganos de ejecución de resoluciones con la prevención de obligatoriedad de cumplimiento de las resoluciones judiciales (art. 118 CE). Su contenido normativo resulta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 17. Se especifica en la Disposición Adicional 56

de la ley 66/97, de medidas fiscales administrativa y del orden social que adicionó un nuevo apartado, el 6, al art. 103 de la Ley de presupuesto de 1990 que creó la Agencia Tributaria. El precepto establece una obligación de auxilio a los juzgados y tribunales y el Ministerio fiscal en la investigación, enjuiciamiento y represión de los delitos públicos dentro de las competencias que el ordenamiento jurídico le reconoce.

Los términos de la relación entre órganos judiciales encargados de la represión, instrucción y enjuiciamiento, y los órganos de la administración tributaria tienen un anclaje constitucional y legal que supera las cuestiones estrictamente funcionales con los que, en ocasiones, se pretenden establecer, pues no es una relación meramente de auxilio, sino de petición y de ejecución de actuaciones de obligado cumplimiento.

Son varios los problemas que resultan del deber de colaboración y de la consideración de los funcionarios que colaboran y participan en la investigación de un hecho delictivo y la consideración procesal que desarrollan. Particularmente son relevantes la posibilidad de que determinados funcionarios públicos, por su cualificación profesional, por su preparación técnica, puedan ser nombrados peritos en un proceso penal queda fuera de dudas. El art. 456 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es lo suficientemente asertivo para entender que su cualificación profesional, su preparación y el hecho de que sus actuaciones, como funcionarios públicos aparecieran como servidores con objetividad de los intereses generales, los hace especialmente idóneos para cumplir de forma idónea el encargo.

La dependencia para con la administración no los hace perder la exigencia de imparcialidad que caracteriza su función.

Esta es una afirmación reiterada en la jurisprudencia. Por todas STS 1688/2000, de 6 de noviembre:

«El motivo carece de fundamento. Como se ha indicado la determinación de la concurrencia del elemento típico constituido por el importe de la cuota tributaria defraudada no se efectúa por el Perito sino por el Tribunal sentenciador, valorando el conjunto de la prueba practicada, obteniendo de ella los elementos fácticos necesarios y resolviendo jurídicamente la cuestión prejudicial planteada mediante la aplicación de la normativa impositiva procedente.

»La imparcialidad del Perito judicial informante viene determinada por su condición de funcionario público cuya actuación debe estar dirigida a “servir **con objetividad** los intereses generales”. Esta misma Sala (sentencia de 30 de abril de 1999, nº 643/99), ya ha señalado que la admisión como Perito de un Inspector de Finanzas del Estado en un delito fiscal no vulnera los derechos fundamentales del acusado, atendiendo precisamente a que como funcionario público debe servir con objetividad los intereses generales, sin perjuicio, obviamente, del derecho de la parte a proponer una prueba pericial alternativa a la ofrecida por el Ministerio Público.

»La vinculación laboral de los funcionarios públicos con el Estado que ejercita el *ius puniendi* o con un sector concreto de la Administración pública que gestiona los intereses generales afectados por la acción delictiva concreta que se enjuicie (sea la protección de la naturaleza en un delito ambiental, la sanitaria en un delito contra la salud pública o la fiscal en un delito contra la Hacienda Pública) no genera, en absoluto, interés personal en la causa ni inhabilita a los funcionarios técnicos especializados para actuar como peritos objetivos e imparciales a propuesta del Ministerio Fiscal, que promueve el interés público tutelado por la ley. De seguir el criterio de la parte recurrente hasta los dictámenes balísticos, grafológicos o dactiloscópicos deberían

solicitarse por el Ministerio Público al Sector privado, dada la vinculación laboral de los peritos que ordinariamente los emiten con el Ministerio del Interior que promueve la investigación y persecución de los hechos delictivos enjuiciados, y con el Estado que ejercita el *ius puniendi*.

»Todo ello, obviamente, sin perjuicio de la necesidad de que el dictamen se someta al precedente debate contradictorio y a la debida valoración judicial conforme a las reglas de la sana crítica, pudiendo en todo caso la parte acusada proponer los dictámenes alternativos que estime procedentes.»

Pero también nos encontramos con otras posteriores en las que se recuerda que los inspectores de funciones que intervienen en la indagación administrativa no pueden ser considerados peritos judiciales. En este sentido la STS 13/2006, de 20 de enero, recuerda con el Voto particular que acompaña a la STS 463/2008, la 1701/2008:

«La Sala ya ha señalado que los funcionarios de la Agencia Tributaria no pueden ser considerados peritos y sus declaraciones, en todo caso, sólo pueden ser tenidas en cuenta a los efectos de ratificar y ampliar, si corresponde, los hechos constatados en las actas de la Inspección. La constatación de los hechos basados en una comprobación de circunstancias fácticas, inclusive las contablemente documentadas, no requieren, en principio, especiales conocimientos científicos o artísticos en el sentido del art. 456 LECrim y por tal razón es erróneo considerar a los funcionarios de la Agencia Tributaria como peritos. Por otra parte, cuando estos conocimientos sean necesarios, por ir más allá de la mera constatación, la designación de peritos contables deberá recaer en personas que no estén afectadas por las causas de recusación previstas en el art. 468 LECrim.

»No se trata por consiguiente de excluir a priori, en modo alguno, una fuente más de información cuya verdadera utilidad debe ser valorada, en exclusiva, por el Tribunal, pues como ya hemos dejado dicho en ocasión anterior "... En definitiva, sostenemos que no puede afirmarse, con generalidad, la exclusión absoluta de un medio de prueba del que, eventualmente, podrían hacer uso los Tribunales para, con la debida convicción suficientemente motivada, fijar la realidad de unos hechos. Mecanismo que, por otra parte, es contrario al amplísimo criterio que en el procedimiento penal ha de seguirse para la aceptación de medios probatorios susceptibles de ulterior valoración por parte de quien enjuicia" (Voto Particular unido a la STS nº 1940/2002, de 21 de Noviembre).

»Lo que sí que conviene precisar en este caso es la improcedencia de tener por prueba pericial unos informes que, en la práctica, consisten en la aportación de la versión interpretativa de la Hacienda Pública acerca de los preceptos legales reguladores del sistema impositivo de que se trate y de su aplicación a los datos contables del caso concreto, pues, como es de sobra sabido, la norma jurídica y los criterios interpretativos para su aplicación son materias que se encuentran fuera del ámbito de la pericia, por imperativo del principio *iura novit curia* y de la reserva de la tarea interpretadora del derecho a la función jurisdiccional.

»Así mismo, y al margen de esos argumentos excluyentes de tales pruebas periciales por razón del objeto sobre el que versan, tampoco resulta de recibo que su práctica se produzca por parte de aquellos mismos funcionarios que realmente formaron parte del equipo investigador de la posible infracción delictiva y que, con esa participación, dieron lugar, de manera trascendente, a la propia decisión relativa a la necesidad de proceder contra los que posteriormente resultan acusados.»

La relación laboral del funcionario público como tampoco cualquier relación, estatutaria o laboral, que configure un trabajador en la función pública, le priva de la habilidad para ser perito para aportar sus conocimientos a la investigación y enjuiciamiento. Y ello no solo por el postulado que preside la función pública: servir con objetividad los intereses generales (art. 103 CE), también porque la legislación estatal ha servido de eficaz cortafuegos de los intentos de manipulación política de los funcionarios públicos. Su pertenencia a la administración tampoco pone de manifiesto un interés en la causa, pues el funcionario no asume como propios los intereses particulares de la administración al haber asumido los generales de la sociedad. Si lo hiciera quebraría las exigencias funcionales derivadas de su condición.

Cuestión distinta es la pérdida de imparcialidad que se produce, o puede producir, por la participación en la investigación de los hechos objeto del proceso penal. Esa intervención previa la inhabilita para desarrollar la función de perito, de auxilio a la función jurisdiccional, en la conformación del hecho. Se sitúa en la misma posición que el policía que investiga o la del juez instructor. Me remito a lo que argumenta la función del perito, su conexión con la causa y la valoración.

La jurisprudencia, de la Sala II puede resumirse en los siguientes pronunciamientos: STS de 6.11.2000 (en esa línea también STS de 8.5.2001):

- 1) La determinación de la concurrencia del elemento típico constituido por el importe de la cuota tributaria defraudada no se efectúa en realidad por los peritos sino por el Tribunal sentenciador, valorando el conjunto de la prueba practicada, obteniendo de ella los elementos fácticos necesarios y resolviendo jurídicamente la cuestión prejudicial planteada mediante la aplicación de la normativa impositiva procedente.
- 2) La imparcialidad de los peritos judiciales informantes viene determinada por su condición de funcionarios públicos cuya actuación debe estar dirigida a «servir con objetividad los intereses generales». Todo ello, obviamente, sin perjuicio de la necesidad de que el dictamen se someta al precedente debate contradictorio y a la debida valoración judicial conforme a las reglas de la sana crítica. Además, el perito para ser calificado de imparcial no debe haber intervenido en la instrucción de la causa, pues esa intervención compromete su parcialidad (art. 468 LECrim).
- 3) Sin perjuicio, obviamente, del derecho de la parte a proponer una prueba pericial alternativa a la ofrecida por el Ministerio Público.

En definitiva, y como dice la jurisprudencia «la vinculación laboral de los funcionarios públicos con el Estado que ejercita el *ius puniendi* o con un sector concreto de la Administración pública que gestiona los intereses generales afectados por la acción delictiva concreta que se enjuicie (sea la protección de la naturaleza en un delito ambiental, la sanitaria en un delito contra la salud pública o la fiscal en un delito contra la Hacienda Pública) no genera, en absoluto, interés personal en la causa ni inhabilita a los funcionarios técnicos especializados para actuar como peritos objetivos e imparciales a propuesta del Ministerio Fiscal, que promueve el interés público tutelado por la ley. Señala el TS que de seguir otro criterio hasta los dictámenes balísticos, grafológicos o dactiloscópicos deberían solicitarse por el Ministerio Público al sector privado, dada la vinculación laboral de los peritos que ordinariamente los emiten con el Ministerio del Interior que promueve la investigación y persecución de los hechos delictivos enjuiciados, y con el Estado que ejercita el *ius puniendi*.

»Creo que en la exposición sobre la procedencia, o no, de los inspectores de hacienda, o cualquier funcionario de la administración que realice funciones inspectoras, para ser nombrados peritos judiciales se produce un error en la utilización del léxico, pues la cualificación del funcionario público para ser nombrado perito es indiscutible, si bien su particular relación con el objeto de la pericia compromete su función.

»Es obvio que cualquier funcionario que en el ejercicio de su función inspectora conozca unos hechos con relevancia penal es un testigo del hecho y la resultancia de su función es patente para conocer el hecho y su relevancia. Ha de participar al enjuiciamiento el contenido de su conocimiento e, incluso, aportar la razón técnica que le lleva a afirmar una determinada explicación al dato meramente técnico. Pero esa actividad no le convierte en perito del Juez para auxiliarle en el conocimiento del hecho y la subsunción del hecho en la norma penal, pues el contacto, previo al enjuiciamiento, con los hechos objeto del proceso, le inhabilita para participar en el juicio como perito.

»Los funcionarios públicos que han conocido de un hecho que es el objeto del proceso penal no deben intervenir en el mismo como peritos pues ese contacto anterior los contamina para el desarrollo de la pericia.

»No se trata de cuestionar, la profesionalidad, honestidad e, incluso, objetiva imparcialidad de los funcionarios, sino del respeto obligado a los aspectos objetivos de esa imparcialidad, toda vez que han cooperado directa y esencialmente a la confección del material que, integran el objeto del proceso, necesitado de prueba para su declaración y ésta no puede integrarse por quienes han intervenido en su confección tanto de la Administración Pública de forma genérica, sino en concreto de aquella que se presenta como perjudicada en la causa.

»En definitiva, las declaraciones de los funcionarios, por supuesto que pueden, y deben, tener acceso al Juicio, pero nunca en la condición de prueba pericial, sino como testigos que relatan al Tribunal los datos, contables o de otro tipo, con trascendencia para el enjuiciamiento, de los que hubieren tenido conocimiento a lo largo de su actividad investigadora, con sometimiento a la ulterior valoración por el Juzgador con uso de los criterios aplicables a dicha prueba de naturaleza testifical».

No obstante, la jurisprudencia de la Sala II no esgrime, por criterio, esta diferenciación. La STS 520/2008 de 15 de julio de 2008 (y en esa línea la 891/2009 de 18 de septiembre de 2009) más recientes, han seguido conformando una doctrina jurisprudencial más clásica, por la que se faculta a los inspectores a actuar en el proceso penal como peritos.

«Tiene declarado esta Sala, respecto al valor que tienen los dictámenes periciales emitidos por los Inspectores de la Agencia Tributaria, como es exponente la Sentencia 192/2006, de 1 de febrero, que dichos informes, en causas en las que la referida Agencia inicia mediante denuncia el procedimiento penal, que la vinculación laboral de estos Inspectores, que tienen la condición de funcionarios públicos, con el Estado, titular del *ius puniendi*, no genera ni interés personal que les inhabilite, por lo que ni constituye causa de recusación ni determina pérdidas de imparcialidad, con cita de las SSTS 1688/2000 de 6 de noviembre, 643/1999, 20/2001 de 28 de marzo, 472/03 de 29 de marzo, 3 de enero de 2003 y 2069/2002 de 5 de diciembre de 2002. Según esta última sentencia [...] la admisión como Perito de un Inspector de Finanzas del Estado en un delito Fiscal, no vulnera los derechos fundamentales del acusado, atendiendo precisamente a que el funcionario público debe servir con objetividad a los

intereses generales, sin perjuicio, obviamente, del derecho a la parte a proponer una prueba pericial alternativa a la ofrecida por el Ministerio Fiscal...»

El Tribunal Constitucional también mantiene una jurisprudencia similar. La STC 76/1990 resolvió las dudas de constitucionalidad planteadas sobre el art. 145.3 LGT. El Tribunal Constitucional confirma el carácter de documentos públicos, a los actos de la inspección y su plena consideración de medios probatorios a efectos administrativos. Excluye que el art. 145.3 LGT establezca una presunción legal que dispense a la Administración, en contra del derecho fundamental a la presunción de inocencia, de toda prueba respecto de los hechos sancionados, puesto que el precepto parte justamente de la existencia de un medio probatorio válido en Derecho. Confirma que la norma impugnada no establece tampoco una presunción *iuris et de iure* de veracidad o certeza de los documentos de la Inspección (que sería también incompatible con la presunción constitucional de inocencia), ya que expresamente admite la acreditación en contrario. Señala que ese valor probatorio sólo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los inspectores consignen en las actas y diligencias. Y que en el ámbito contencioso-administrativo no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en Derecho y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas.

Respecto a la consideración que deben merecer las declaraciones de quienes han actuado en el procedimiento administrativo y su consideración en el proceso penal como peritos, se afirma, que con carácter general, le son aplicables al procedimiento administrativo sancionador los principios del proceso penal (STC 14/1999 de 22 de febrero, STS Sala de lo Contencioso-Administrativo Secc. 4 de 3 de noviembre de 1997) en cuanto ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado. Pero no todos los principios del proceso penal se trasladan automáticamente al procedimiento administrativo debido a sus diferencias estructurales, así: el Juez predeterminado por la Ley (ATC 170/1987), la publicidad procedimental y juicio oral (STC 190/1987), el derecho a asistencia letrada y asistencia jurídica gratuita (STC 192/1987). En ese sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 14/1999 Sala Segunda, de 22 febrero, indica que en el procedimiento administrativo sancionador la imparcialidad no tiene la misma proyección que en el proceso penal, sino que se vincula a la objetividad (también STC 117/2002 de 20 de mayo y STC 56/1998 de 16 de marzo). Por el contrario el proceso penal demanda, con una exigencia que cabe calificar de estructural, la imparcialidad, coherente, con el cambio de distribución de poder en el establecimiento de la verdad en el mismo, cambio que se dio mediante el paso de la inquisitiva al sistema acusatorio, y, además, con la clase de «verdad» que es posible establecer en él, pues, a lo que nos enfrentamos básicamente en el proceso penal, es a la aportación de determinados datos y narraciones, y, a argumentaciones a partir de los mismos, y puede afirmarse, que una valoración imparcial de las mismas es inherente a la propia justicia de la decisión que se adopte.

Por mi parte, entiendo que las funciones que han intervenido en un procedimiento administrativo previo, que tiene un carácter coactivo –art. 83.3.f LGT– y han valorado los datos que han obtenido para declarar la concurrencia de los elementos de un precepto penal, no sólo aportan al proceso penal esos datos –STC 76/1990–, sino que realizan la valoración que pese a ser asumido por el Ministerio Público y los órganos jurisdiccionales, es una actuación que les aparece como comprometida con el objeto del proceso. Las denominadas Unidades

de auxilio a la instrucción de causas penales complejas, que investigan delitos económicos y los relacionados con la corrupción, que incluyen a funcionarios de la Administración pública, altamente cualificados, pueden desarrollar su función en la investigación de los hechos que se les encomienda, pero como instructores, o auxiliares de la instrucción judicial, aparecen comprometidos en su desarrollo de manera que no pueden ser considerados peritos, como tampoco lo son ni los funcionarios policiales encargados del atestado e investigación, ni el juez instructor, ni el fiscal ni debe serlo el inspector de la Agencia tributaria, de trabajo u otro que haya participado en la investigación de un hecho delictivo.

Cuestión distinta es que otros funcionarios, con la misma cualificación profesional, y que no hayan intervenido en la instrucción pueden ser nombrados peritos para comunicar sus conocimientos en auxilio de la función jurisdiccional.

Desde esa consideración no parece razonable equipararlo como se ha realizado desde alguna Sentencia a los informes periciales elaborados en el seno de un atestado policial. En primer lugar porque es distinta la naturaleza del conocimiento y el método empleado (dactiloscópico, drogas tóxicas, o balísticos), pero sobre todo porque esos peritos no han tenido un contacto previo con el objeto del proceso, que han llegado a conformar para deducir la lectura una vez superada una concreta cuota definida.

Por ello estimo que la posición razonable es la de considerarlos testigos, testigos con las características expresadas (especialistas en una materia y que han participado, o en un procedimiento previo, por lo que su testimonio no va a ser como el de cualquier otro testigo), pero testigos, en la línea de la STS 13/2006. Se trata de testigos cualificados que han acopiado datos, los han tratado y han conformado una decisión sobre la tipicidad del hecho. Ese contacto con el objeto del posterior proceso penal les compromete con su resultancia y les impide ser perito, imparcial, respecto al hecho objeto del proceso penal.

Respecto de las actas levantadas por los funcionarios públicos en su función de inspección. La STC 76/1990 señala que las actas de la Inspección de Trabajo no tienen una veracidad absoluta e indiscutible, lo que no sería constitucionalmente admisible, sino que pueden ceder frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas y no impide que frente a las actas se puedan utilizar los medios de defensa oportunos.

En el mismo sentido el Auto del Tribunal Constitucional núm. 386/2005: «Las actas de inspección constituyen, medios probatorios válidos (STC 76/1990), y que los hechos constatados en ellas están legalmente revestidos de una presunción de veracidad (art. 52.2 de la Ley 8/1988 y art. 137.3 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, tal y como, por lo demás, se ha puesto de manifiesto en la vía judicial previa. Esta presunción *iuris tantum* admite, naturalmente, prueba en contrario, sin que la parte recurrente haya destruido tal presunción con sus alegaciones o con la documentación por ella aportada, ni a lo largo de la tramitación del procedimiento administrativo ni del proceso Contencioso-Administrativo».

Pericial de inteligencia

En los últimos años, sobre todo en materia de delincuencia terrorista se ha acuñado una pretendida actividad probatoria, la denominada pericial de inteligencia que ha encontrado una rápida acogida y se ha extendido a otras actividades probatorias, con el ánimo de promocionar determinadas actividades probatoria y dotarlas de un soporte y naturaleza peri-

cial. De alguna manera se pretendía que las afirmaciones del informante fuera considerada como la realizada por un perito, con los conocimientos técnicos precisos para la determinación del relato fáctico. Su concreto origen se produce en el seno de procesos de ilegalización de partidos políticos (SSTS Sala art. 61 LOPJ 21 de mayo de 2004), aunque con anterioridad esa terminología había sido empleada para referir supuesto informes policiales explicativos de hechos referidos al funcionamiento de la organización y referidos al análisis documental de antecedentes de una banda armada.

Durante años se discutió su naturaleza. Como dijo la STS de 26 de septiembre de 2005, resulta más que problemático que aquí pueda hablarse de pericial en sentido propio. En efecto, no parece discutible que el perito es un auxiliar experto que suministra al juez conocimientos especializados de carácter científico o técnico, de los que él no dispone, y que son necesarios para formar criterio sobre el *thema probandum*. Así, en el proceso, es pericia la que se emite a partir de saberes que no son jurídicos y que tampoco corresponden al bagaje cultural del ciudadano medio no especialista. Consecuentemente, no pueden darse por supuestos y deben ser aportados al juicio, para que su pertinencia al caso y su concreta relevancia para la decisión sean valorados contradictoriamente.

Por otro lado, como se dijo en la STS de 13 de octubre de 2009, con reproducción de la de 19 de julio de 2002, «Se trata de una clase de prueba utilizada con frecuencia en estas causas penales referidas a esta banda terrorista. Son muchos los años de investigación de las fuerzas de seguridad sobre ETA y a lo largo de todos ellos se han ido acumulando datos sobre su funcionamiento, sus miembros y también sobre las personas que han ido participando como sus dirigentes. Estas investigaciones, y sus resultados expuestos en cada proceso por medio de informes escritos y luego trasladados al juicio oral mediante las declaraciones testificales de sus autores, pueden tener valor como prueba de cargo, evidentemente no como manifestación de las opiniones personales de estos testigos, sino por los documentos manejados que constituyen el fundamento de esas opiniones».

Esta ambigüedad en la conceptualización ha sido objeto de una clarificación. La actual conformación de la denominada pericial de inteligencia se contempla en las dos sentencias que transcribimos. En primer lugar la STS 1097/2011 de 25 de noviembre: «es necesario recordar la doctrina jurisprudencial expuesta en la sentencia de esta Sala 480/2009 de 22-5 (caso Ekin) sobre la naturaleza y validez de la llamada “prueba de inteligencia”, decíamos que debemos destacar nuestras sentencias 783/2007 de 1.10 y 786/2003 de 29.5, que han declarado que tal prueba pericial de “inteligencia policial” cuya utilización en los supuestos de delincuencia organizada es cada vez más frecuente, está reconocida en nuestro sistema penal pues, en definitiva, no es más que una variante de la pericial a que se refieren tanto los arts. 456 LECrim, como el 335 LECivil, cuya finalidad no es otra que la de suministrar al Juzgado una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos cuya finalidad es fijar una realidad no constatable directamente por el Juez y que, obviamente, no es vinculante para él, sino que como el resto de probanzas, quedan sometidas a la valoración crítica, debidamente fundada en los términos del art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». En tal sentido podemos también citar la sentencia de esta Sala 2084/2001 de 13 de diciembre. La prueba pericial es una variante de las pruebas personales integrada por los testimonios de conocimiento emitidos con tal carácter por especialistas del ramo correspondiente de más o menos alta calificación científica, a valorar por el Tribunal de instancia

conforme a los arts. 741 y 632 de la LECrim y 117.3 de la Constitución (STS 970/1998, de 17 de julio). Dicho de otro modo: la prueba pericial es una prueba personal, pues el medio de prueba se integra por la opinión o dictamen de una persona y al mismo tiempo, una prueba indirecta en tanto proporciona conocimientos técnicos para valorar los hechos controvertidos, pero no un conocimiento directo sobre cómo ocurrieron los hechos (Sentencia 1385/ 1997).

Como ha sostenido acertadamente el Ministerio Fiscal en esta instancia, en los funcionarios policiales que elaboran los llamados «informes de inteligencia», como en los expertos en legislación fiscal o de aduana, puede concurrir esa doble condición de testigos, sean directos o de referencia, y peritos. Se trata además de pruebas cuya utilización en los supuestos de delincuencia organizada es cada vez más frecuente, y su validez, como ya lo hemos declarado con anterioridad.

En suma, este tipo de prueba, se caracteriza por las siguientes notas:

- 1) Se trata de una prueba singular que se utiliza en algunos procesos complejos, en donde son necesarios especiales conocimientos, que no responden a los parámetros habituales de las pruebas periciales más convencionales;
- 2) En consecuencia, no responden a un patrón diseñado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no obstante lo cual, nada impide su utilización en el proceso penal cuando se precisan esos conocimientos, como así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia reiterada de esta Sala;
- 3) En todo caso, la valoración de tales informes es libre, de modo que el Tribunal de instancia puede analizarlos racional y libremente: los informes policiales de inteligencia, aun ratificados por sus autores no resultan en ningún caso vinculantes para el Tribunal y por su naturaleza no podrán ser considerados como documentos a efectos casacionales;
- 4) No se trata tampoco de pura prueba documental: no puedan ser invocados como documentos los citados informes periciales, salvo que procedan de organismos oficiales y no hubieran sido impugnados por las partes, y en las circunstancias excepcionales que señala la jurisprudencia de esa Sala para los casos en que se trata de la única prueba sobre un extremo fáctico y haya sido totalmente obviada por el Tribunal sin explicación alguna incorporada al relato de un modo, parcial, mutilado o fragmentario, o bien, cuando siendo varios los informes periciales, resulten totalmente coincidentes y el Tribunal los haya desatendido sin aportar justificación alguna de su proceder;
- 5) El Tribunal, en suma, puede apartarse en su valoración de tales informes, y en esta misma sentencia recurrida, se ven supuestos en que así se ha procedido por los jueces *a quibus*;
- 6) Aunque cuando se trate de una prueba que participa de la naturaleza de pericial y testifical, es, desde luego, más próxima a la pericial, pues los autores del mismo, aportan conocimientos propios y especializados, para la valoración de determinados documentos o estrategias;
- 7) Finalmente, podría el Tribunal llegar a esas conclusiones, con la lectura y análisis de tales documentos.

Se añadía en la referida sentencia en cuanto a la naturaleza de este medio probatorio que no puede desconocerse, no obstante lo anterior, que esta misma Sala en otras sentencias, 119/2007, 556/2006 y 1029/2005 se inclina por no calificar estos informes de inteligencia como prueba pericial, precisando que: «es claro que apreciaciones como la relativa a la adscripción o no de

alguien a una determinada organización criminal, o la intervención de un sujeto en una acción delictiva a tenor de ciertos datos, pertenecen al género de las propias del común saber empírico. Salvo, claro está, en aquellos aspectos puntuales cuya fijación pudiera eventualmente reclamar una precisa mediación técnica, como sucede, por ejemplo, cuando se trata de examinar improntas dactilares. Pero ese plus de conocimiento global no determina, por ello solo, un saber cualitativamente distinto, ni especializado en sentido propio. Y, así, seguirá perteneciendo al género de los saberes comunes, susceptibles de entrar en el área del enjuiciamiento por el cauce de una prueba testifical, apta para ser valorada por el juez o tribunal, directamente y por sí mismo».

Ahora bien aun cuando esta sentencia 119/2007 niega la condición de prueba pericial a estos informes, sí precisa que: «participan de la naturaleza de la prueba de indicios, en la medida que aportan datos de conocimiento para el Tribunal sobre determinadas personas y actividades. Y esos datos si son coherentes con el resultado de otros medios de prueba pueden determinar, en conjunción con ellos, la prueba de un hecho, siempre que éste fluya del contenido de todos esos elementos valorados por el órgano sentenciador».

Esencial será constatar si las conclusiones obtenidas por los funcionarios del servicio de información de la Guardia Civil o Brigada policial, pueden ser asumidos por la Sala, a la vista de la documental obrante en la causa y el resto de las pruebas practicadas en el plenario, esto es, si se parte de su consideración como testifical donde debe ponerse atención es en el examen de los documentos manejados por los funcionarios policiales y así, a partir de ellos y de los hechos proporcionados de este modo, y como este Tribunal de casación podría controlar la racionalidad de las inferencias realizadas por el Tribunal de instancia.

En definitiva podemos concluir que se trata de un medio probatorio que no está previsto en la Ley, siendo los autores de dichos informes personas expertas en esta clase de información que auxilian al Tribunal, aportando elementos interpretativos sobre datos objetivos que están en la causa, siendo lo importante si las conclusiones que extraen son racionales y pueden ser asumidas por el Tribunal, racionalmente expuestas y de forma contradictoria ante la Sala.

Consecuentemente las declaraciones de los autores de los informes en el juicio oral, basada en las vigilancias policiales y documentación intervenida, puede constituir un indicio más en el que fundamentar la convicción de la Sala.

En el mismo sentido la STS 706/2013 de dos de octubre, «A través de las llamadas pruebas periciales de inteligencia o informes policiales de inteligencia, respecto a cuya naturaleza la jurisprudencia no ha sido unánime, se aportan al tribunal una serie de consideraciones sobre los hechos, efectuadas por profesionales en relación a su actividad de esa clase, que les permiten obtener conclusiones razonadas sobre algunos aspectos fácticos de interés para la causa. Se trata, en definitiva, de la expresión de razonamientos acerca de la valoración y significado de otros elementos fácticos desde la óptica de personas que, por su actividad profesional, son expertos en la materia. Contienen, generalmente, la explicitación de la posible relevancia de determinados hechos y de la posible relación de varios de ellos entre sí, facilitando de esta forma la construcción del razonamiento inferencial propio de la prueba indiciaria. Aunque, consiguientemente, pueden, según los casos, resultar útiles para el tribunal, no vinculan a éste, en tanto que al contener un razonamiento de un profesional sobre la relevancia de algunos hechos, su relación con otros hechos y las conclusiones que pueden extraerse de todo ello, pueden ser o no compartidos, razonadamente, por el tribunal. Tampoco constituyen una auténtica prueba pericial, pues acreditados los hechos sobre

los que los expertos se basan en sus conclusiones, el razonamiento para alcanzar las mismas partiendo de aquellos no precisa de especiales conocimientos técnicos, pues tal como señalaba esta misma Sala en otras sentencias, 119/2007, 556/2006 y 1029/2005 en las que no calificaba estos informes de inteligencia como prueba pericial, «... es claro que apreciaciones como la relativa a la adscripción o no de alguien a una determinada organización criminal, o la intervención de un sujeto en una acción delictiva a tenor de ciertos datos, pertenecen al género de las propias del común saber empírico. Salvo, claro está, en aquellos aspectos puntuales cuya fijación pudiera eventualmente reclamar una precisa mediación técnica...».

Como se acaba de decir, no se niega con ello su utilidad. Pero, de un lado, su valoración por el Tribunal requiere de la previa prueba suficiente acerca de los datos fácticos en los que tales informes se basan, y exige asimismo que el Tribunal explicita en la sentencia el razonamiento mediante el cual decide asumir las conclusiones de los referidos informes, total o solo parcialmente. Y, de otro lado, como ha reiterado esta Sala (STS nº 974/2012, de 5 de diciembre), «... los informes policiales de inteligencia, aun ratificados por sus autores no resultan en ningún caso vinculantes para el Tribunal y por su naturaleza no podrán ser considerados como documentos a efectos casacionales». En el mismo sentido STS nº 352/2009, de 31 de marzo y STS nº 480/2009, de 22 de mayo.

RESPONSABILIDAD PENAL DE PARTIDOS POLÍTICOS¹

Antonio del Moral García
Magistrado del Tribunal Supremo
Fiscal en excedencia

SUMARIO

1. PROEMIO. 2. CONSIDERACIONES GENERALES. 3. BREVE CRÓNICA PARLAMENTARIA. 4. IDEAS GENERALES SOBRE EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS. SU PROYECCIÓN EN LAS ORGANIZACIONES POLÍTICAS. 5. TRATAMIENTO LEGAL: SISTEMA DE VICARIEDAD MATIZADA. 6. TÍTULOS DE IMPUTACIÓN. 7. DELITOS QUE PUEDEN GENERAR RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONA JURÍDICA: SU PROYECCIÓN AL SUPUESTO DE PARTIDOS POLÍTICOS. 8. PENAS IMPONIBLES. EL PREVISIBLE (Y DESEABLE) MONOPOLIO EXCLUYENTE DE LA PENA DE MULTA. 9. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS. 10. RELEVANCIA PENAL DE LOS CORPORATE *COMPLIANCE*

1. PROEMIO

Halagado y con tristeza renovada, combinada con el afecto y admiración que no solo no se desvanecen, sino que siguen creciendo, acepto la encomienda que se me hace desde la Fiscalía General del Estado para colaborar en este libro elaborado en homenaje al querido amigo y colega JOSÉ MANUEL MAZA. Se nos fue de repente, sin avisar. A pesar de que desde que asumió en tiempos especialmente difíciles la siempre difícil tarea de encabezar la Fiscalía General del Estado, mi trato con él se había hecho no menos estrecho, aunque sí más espaciado, ¡le echo tanto de menos...! Y compruebo con orgullo de amigo que no soy nada original; que lo mismo le pasa a tantos compañeros y amigos.

Le imagino en su despacho a un par de metros del mío, trabajando, sonriente, cordial, la puerta siempre abierta, recibiendo con frecuencia alumnos, amigos, colegas: tenía una vocación docente ni disimulada ni contenida; y una natural inclinación a prestar servicios y estar a disposición de todos. Esa cualidad le convertía en un imán que invitaba a acudir a él.

Le imagino en las deliberaciones aportando no solo conocimientos jurídicos, agudeza y prudencia, sino también capacidad de escuchar, de aunar voluntades, de tejer complicidades entre todos, de inventar un punto de humor cuando durante la discusión se hacía conveniente bajar la tensión dialéctica que había ido enardeciendo algún ánimo. Nunca enfadado. Parecía estar condenado a la pena de inhabilitación absoluta para el rencor o la envidia. Miraba siempre en horizontal. Jamás miraba a nadie hacia abajo –nunca se sentía superior–. Y, jamás miraba hacia arriba: ni se sometía a criterios impuestos ni fue nunca complaciente con el poder. Amable con

¹ El texto nutriéndose de ideas ya publicadas en varios artículos previos sobre responsabilidad penal de personas jurídicas reproduce esencialmente, con los lógicos cambios y actualizaciones y adaptaciones la ponencia que con el título *Responsabilidad penal de partidos políticos* elaboré para presentarla al curso «La Financiación ilegal de partidos políticos» celebrado los días 11 y 12 de julio de 2016 en el Centro de Estudios Jurídicos dentro del plan de formación continuada para miembros de la Carrera Fiscal que fue dirigido por Myriam Segura Rodrigo.

todos, sumiso con nadie. Esa noble actitud no era fruto de tozudez o soberbia, sino de fidelidad a los principios e ideas que se le presentaban como las correctas.

Esa alianza existencial con la verdad es lo que le hacía permeable a las reflexiones, opiniones o valoraciones ajenas. Estaba dispuesto a ser convencido, sin irracionales apegos a sus ideas, lo que se armonizaba con rocosa firmeza cuando se formaba un criterio. Ese rasgo le hizo objeto de inmerecidas críticas en su etapa al frente de la Fiscalía General del Estado; críticas que asumía con admirable deportividad y nula crispación, lo que no era muchas veces predicable de sus detractores.

Me cuesta mucho no oír su verbo templado y sosegado, enriqueciendo los debates con sugerentes ideas en esas sesiones que cada mes teníamos en «Justicia y Opinión», asociación en la que me embarcó hace más de veinte años y que es una muestra más de ese temperamento inquieto, curioso, interesado por todo que caracterizaba a nuestro JOSÉ MANUEL MAZA.

Me enorgullezco de su amistad. Y me satisface poder reflejarlo de esta forma académica concretada en una obra que contempla desde diversas perspectivas y enfoques y a través de la pluma de sus amigos, colegas y compañeros, una materia que ocupó buena parte de sus pensamientos y reflexiones jurídicas en los últimos años de su vida: la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Constituye un muy buen ejemplo de algunos de los perfiles de su temperamento que he esbozado en los párrafos anteriores.

De un lado su curiosidad intelectual: desde que empezó a mascullarse la eventual proximidad de una incorporación de ese sistema a nuestro derecho se interesó vivamente por él. JOSÉ MANUEL no era uno de esos juristas anclados en el pasado e inmunizados contra innovaciones percibidas como diletantismos por quienes no saben sacudirse la pereza de afrontar novedades, de actualizarse, de estar abiertos a lo novedoso, de no interrumpir nunca su formación y recelan de todo cambio que se aparte de sus esquemas asentados. Siempre reciben el cambio con hostilidad y resistencia. En las antípodas de ello estaba JOSÉ MANUEL y por eso desde el principio mostró su interés por ese revolucionario cambio en el derecho penal español.

De otro lado, su permeabilidad frente a los argumentos, frente al discurso intelectual convincente; su capacidad para variar de planteamiento ante argumentos solventes. En ese tema, controvertido, que se ha convertido en una auténtica *vedette* de la discusión dogmática penal de los últimos años en nuestro derecho, fui testigo cercano y directo de la evolución de su pensamiento; una evolución en absoluto impostada, sino fruto de la reflexión sobre el argumento ajeno, de la escucha atenta y crítica, de la capacidad de cuestionar los propios planteamientos. He compartido con él mesas redondas o debates en los que me adhería a su posición crítica frente a esa innovación que, implantada de forma clara en la reforma del Código Penal de 2010, ya venía labrándose en modificaciones legislativas anteriores. Y le he visto leer, escuchar, repensar e ir modificando poco a poco sus ideas, hasta convencerse de que ese giro de fuste en los planteamientos tradicionales de nuestro derecho penal tenía más de positivo que de negativo; que comportaba muchas ventajas; y que era posible una reconstrucción de la dogmática para aceptar a ese nuevo sujeto responsable penal sin renunciar a los principios esenciales del derecho penal y del proceso penal; aunque sí repensándolos con esa clave, tarea a la que se entregó con la misma pasión –pasión racional, argumentada, nunca visceral– con la que antes apostaba por mantener como único posible sujeto activo del delito a la persona física. E incluso en alguna ocasión he vuelto a compartir mesa con él para servir de contrapunto a mi posición que en este extremo no ha experimentado variación esencial alguna, quizás por carecer de esas cualidades que adornaban a

JOSÉ MANUEL y no tener esa flexibilidad y capacidad de replantearme críticamente con la ayuda de reflexiones y opiniones ajenas, una capacidad de que sí gozaba mi amigo y colega.

He elegido este tema –responsabilidad penal de partidos políticos– no solo porque ya había tenido ocasión de estudiarlo en alguna ocasión, sino sobre todo y principalmente por conectar de forma muy directa con la tesis doctoral de JOSÉ MANUEL MAZA. Le vi trabajar en ella durante años con la ilusión de un recién postgraduado. La defendió siendo ya Fiscal General del Estado, pocos meses antes de su fallecimiento. Llevaba años soñando con ese momento, pero no acababa de encontrar un tema que le satisficiera plenamente –huía de una adaptación o ampliación de tantas cuestiones sobre las que ya tenía una producción abundante– y varios intentos quedaron en solo en intentos. Por fin la delincuencia electoral –a la que se acercó con motivo de su adscripción a la Junta Electoral Central–, que luego quiso enmarcar en el mapa de la responsabilidad penal de personas jurídicas y en particular de los partidos políticos se convirtió en el objeto de su magnífico trabajo de tesis doctoral que hace poco, como trabajo póstumo ha visto la luz gracias al empeño del que fue su director de tesis².

Me ha hecho especial ilusión ver citadas las modestas páginas que unos meses antes había escrito y que le proporcioné advirtiéndole que encontraría demasiada obviedad y poca originalidad. Y todavía más reconfortante ha sido comprobar cómo, al menos en eso, volvíamos a coincidir: tal y como pienso yo también, JOSÉ MANUEL MAZA consideraba un error la extensión de la responsabilidad penal a los partidos políticos llevada a cabo en 2012³. Una medida muy popular, pero poco racional e incluso poco higiénica desde el punto de vista sociológico y judicial.

Ahora con estas líneas correspondo agradecido a su generosidad con mi trabajo, trayendo a colación algunas de las reflexiones de JOSÉ MANUEL. Junto a esa idea de fondo de desconfiar de la bondad de esa medida, la otra línea reflexiva nuclear consiste en afirmar la conveniencia de, una vez afirmada esa eventual responsabilidad penal del partido político, incluir entre los delitos a los que puede venir anudada los contemplados en la legislación especial electoral.

2. CONSIDERACIONES GENERALES

Seguiré como metodología expositiva el esquema general de análisis del sistema de nuestro Código de responsabilidad penal de personas jurídicas para ir intercalando las singularidades que pueden producirse o los problemas específicos que aparecen cuando el ente eventualmente responsable penal es un partido político.

Como es sabido en el sistema originario del Código Penal de 2010 partidos políticos y sindicatos estaban expresamente excluidos de ese régimen de responsabilidad penal de personas morales introducido en el art. 31 bis. Me parecía, y llegué a dejar constancia escrita de ello, una previsión razonable; aunque fuese poco inteligible para el ciudadano medio y muy fácil de ser utilizada demagógicamente para presentar a los políticos como casta privilegiada y azuzar sentimientos populistas en el ciudadano medio poco avezado en cuestiones técnicas.

² *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos*, Wolters Kluwer, 2018.

³ *Op. cit.*, págs. 402 y ss., y 451. Se muestra también crítico con esa novedad GIMENO BEVIÁ: «Problemas que plantea el enjuiciamiento penal de los partidos políticos» en *Revista General de Derecho Procesal* (43), 2017.

En mi opinión no solo era muy congruente con el papel que según la Constitución están llamados a desempeñar en un Estado democrático tanto los partidos políticos como los sindicatos, equiparados a estos efectos (arts. 6 y 7 CE), sino que además era prudente: la posibilidad de exigirles responsabilidad penal se presenta como una demasiado próxima tentación de judicializar la vida política y llevar la lucha electoral a las Salas de Justicia. Eso no es bueno. No lo es ni para la vida política ni para la administración de Justicia. Acaba erosionando de alguna forma la pulcritud del principio de separación de poderes. Obviamente con esto no quiero decir que los políticos deban mantener algún género de inmunidad frente a la justicia –¡ninguna!–; ni caigo en la ingenuidad de anhelar vanamente que las actuaciones judiciales sobre temas sensibles no tengan repercusión alguna en el escenario político. Es inevitable. Pero no es conveniente implantar regulaciones que intensifican y alientan esas interferencias.

En otro orden de cosas, algunas de las penas imponibles a las personas jurídicas no parecen muy coherentes con la libertad política. Para ilegalizar un partido político contamos con una exigente legislación especial. No tiene sentido poder hacerlo también indirectamente a través del art. 31 bis del CP: no puede ilegalizarse una opción política ideológica porque alguno o algunos de los directivos que en un momento dado lideran esa corriente cometan determinados delitos. O algunos de sus empleados. Obligar a fundar otro partido que herede esa «ideología» difícilmente traspasaría si se es coherente el filtro del art. 130 párrafo final del CP.

Casi todas las penas interdictivas previstas en el art. 33 del CP para personas jurídicas (prohibición de actividades, clausura establecimientos, intervención...) permiten consideraciones semejantes.

Además, precisamente porque un partido político busca normalmente la continuidad, será difícil soltar amarras con los posibles antecedentes (art. 136 CP) mediante el expediente, tan asequible y fácil para empresas mercantiles reducidas, de fundar una nueva y diferente. Eso hace más probable que con el tiempo emerjan situaciones que permiten el recurso a determinadas penas interdictivas, las más graves, como acompañantes de la pena de multa, que, en principio, y salvo un caso muy singular⁴, son las únicas estrictamente obligatorias. El resto son facultativas. No creo que haya sido un acierto la posibilidad de hacer cargar con un *sambenito* penal a una opción política que encarna una ideología con mayor o menor respaldo ciudadano. Son éstos los llamados a sancionar en las urnas a quienes la representan, que pueden no tener nada que ver con el episodio delictivo al haber accedido a la condición de candidato con posterioridad a los hechos que motivaron la sanción, ni con los responsables directos o indirectos de los hechos que originaron la responsabilidad penal cuya relevancia puede ser muy dispar (desde un mecanismo criminológico incrustado en las estructuras del partido de financiación ilegal; hasta una estafa de pequeñas dimensiones realizada por los responsables de la formación política en una pequeñísima población con motivo, *u. gr.*, del alquiler de la sede).

Me repele la mera posibilidad de que un Juez de lo Penal pueda disolver un gran partido político –el partido socialdemócrata o el partido conservador, por poner etiquetas alejadas de las organizaciones políticas más conocidas del escenario nacional– por el hecho de que hace veinte años fue objeto de una condena por financiación ilegal y en un momento dado un gerente de una agrupación local, por ejemplo, cae en la tentación de espiar los archivos informáticos del partido local rival; o publica un *tweet* ofensivo, hasta el punto de poder ser considerado como

⁴ Delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social donde también es obligatoria la pena de prohibición de recibir subvenciones o bonificaciones o contratar con la Administración, lo que se revela como lógico y congruente con la realidad de que tratándose de personas físicas las condenadas es obligada esa medida (aunque en ese caso curiosamente no sea catalogable como pena).

delito de odio. ¿Puede condenarse al ostracismo político a la ideología representada por esa organización mediante su disolución o la suspensión temporal de actividades? ¿No es eso interferir en la vida política? Sería como expropiar o erradicar de la vida política una ideología no por sus contenidos, sino por las *fechorías* de algunos de sus representantes.

Es presumible que el buen criterio de nuestros órganos judiciales se impondrá y las sanciones (salvo casos patológicos: apariencias de partidos políticos creados con fines espurios como la obtención del censo) se limitarán a la pena de multa. Pero la mera posibilidad de que legalmente un Juez de lo Penal pueda *disolver* o *suspender la actividad* de un arraigado partido político ajustándose a la legalidad ya es de por sí distorsionadora. No me complace nada esa simple posibilidad legal que, además, puede convertirse en una irresistible tentación para que un partido político rival azuce, directa o indirectamente, a través de acusaciones populares. No diré que supone un atentado a la división de poderes: es obvio que no. Pero sí que genera unas formas de interferencias entre administración de justicia y vida política que no me parecen saludables⁵.

No dudo de la necesidad de regeneración de la vida pública. Ni dudo de que uno de los caldos de cultivo de prácticas corruptas viene constituido por los problemas (o, más bien, aparentes problemas: quizás no pase nada por la disminución de su nivel de gastos) de financiación de los partidos políticos y la praxis que se ha extendido en ese campo, manifiestamente mejorable echando mano de una legislación agraria del siglo pasado. Pero no creo que la respuesta adecuada y proporcionada venga de la mano de esa exigencia generalizada e inmatizada de responsabilidad penal del partido político en los mismos términos que a una empresa⁶.

No obstante, pese a que no me parezca plausible, sin duda ha de reconocerse que puede traer efectos benéficos: la amenaza de sanción penal debería erigirse en un fuerte mecanismo disuasorio para esas prácticas indeseables en las organizaciones políticas.

Ahí está desde 2012 esa posibilidad que ya ha empezado a generar casos concretos con un partido político imputado (*investigado* según la renovada terminología legal que, sin embargo, no se ha traspasado a las personas jurídicas: art. 119 LECrim que sigue hablando de persona jurídica imputada⁷). Es previsible que paulatinamente se vayan multiplicando los casos. Y la dimensión extraprocesal que ha adquirido la condena —que pende de recurso— de una organización política como responsable a título lucrativo (condición que es ajena a cualquier género de culpabilidad) es buen ejemplo del arma más política que jurídica, que encierra una condena penal de un partido político que en rigor podría anudarse al dato de que un presidente local de la organización en una diminuta población ha alquilado un local para el partido, sin intención de abonar las rentas.

3. BREVE CRÓNICA PARLAMENTARIA

Ya he dicho que fue la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre la que introdujo esa modificación.

⁵ En términos análogos, CAMACHO VIZCAÍNO y CORTÉS LABADÍA: *Partidos políticos y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en *Revista La Ley*, n.º 8586, 20 de julio de 2015, págs. 1 y ss.

⁶ Una panorámica genérica de cómo es tratada la cuestión en los ordenamientos penales más cercanos al nuestro puede encontrarse en la obra de MAZA MARTÍN ya citada (págs. 405 y ss).

⁷ La atinada observación corresponde a ESCOBAR JIMÉNEZ, R.

El Proyecto de Ley Orgánica por el que se modificaba el Código Penal en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social no contemplaba esta cuestión. Una enmienda (la numero 21) presentada por el grupo parlamentario Unión Progreso y Democracia está en la génesis de la trascendente modificación.

La enmienda proponía suprimir la excepción aludida contenida en el art. 31 bis 5. Se justificaba así:

«La exclusión de exigencia de responsabilidad penal a organismos públicos resulta lógica habida cuenta su naturaleza y fines. Pero no ocurre lo mismo con la exención de los partidos políticos y las asociaciones sindicales del régimen de responsabilidad penal previsto en el Código Penal para las personas jurídicas, que constituye un privilegio injustificado que no colabora en absoluto a la regeneración democrática ni a combatir la corrupción política de nuestro país, que lejos de disminuir sigue aumentando día a día. En este sentido, conviene recordar que, por más que realicen funciones constitucionales, los partidos políticos y los sindicatos son entidades de naturaleza asociativa privada con personalidad jurídica propia, por lo que carece de justificación que estén exentos de cualquier tipo de responsabilidad penal, máxime cuando las fundaciones, organizaciones no gubernamentales, la Iglesia, las distintas confesiones religiosas y otros entes privados sin ánimo de lucro están sujetos a dicha responsabilidad. La inclusión de los partidos políticos y sindicatos en el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas colaborará sin duda para que los mismos empiecen a cumplir los deberes que objetivamente les competen de persecución de la lacra de la corrupción, tales como el establecimiento de filtros y medidas necesarias para erradicar a los corruptos de sus listas electorales, la creación de protocolos de minimización de riesgos delictivos y códigos de ética y conducta de sus cargos públicos y de sus responsables orgánicos (extendiendo la responsabilidad social corporativa a sus propias organizaciones) y la denuncia y persecución activa de tales conductas en el caso de producirse, en vez de ocultar, silenciar o justificar su existencia.

»Así, los partidos políticos estarían sometidos a idénticas normas que los mismos, a través de sus cargos públicos, han considerado convenientes para el resto de la ciudadanía y de las distintas, empresas y organizaciones de la sociedad civil, inclusive por supuesto las correspondientes circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, como son el haber confesado la infracción, el haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas nuevas y decisivas, el haber reparado o disminuido el daño causado por el delito y el haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de los mismos. Lógicamente, la responsabilidad penal de los partidos no implicará la desaparición de la responsabilidad de las personas individuales responsables, pero sería también útil para que aquellos delitos en los que no es posible identificar a la persona o cargo público concreto implicado que ha actuado en el seno de los partidos no quedaran impunes.

»En definitiva, la inclusión de los partidos políticos y sindicatos en el régimen general de responsabilidad penal previsto en el Código Penal, colaboraría de forma importantísima a la persecución y erradicación de la corrupción política, prestigiando la política y, por ende, la calidad de nuestra democracia»⁸.

⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 5 de noviembre de 2012, págs. 15 y 16. Tomo esta y las siguientes referencias del trabajo de ZUGALDÍA ESPINAR: «La responsabilidad criminal de los partidos políticos y

Ya durante la tramitación parlamentaria de la reforma penal de 2010 el grupo popular había presentado una enmienda en idéntico sentido rechazada, a mi juicio con buen criterio, por la mayoría parlamentaria. En 2012, de forma congruente con su posición anterior, apoyó la enmienda de UPyD.

El debate en la Comisión no fue especialmente profundo. Confundían nuestros parlamentarios responsabilidad civil subsidiaria con responsabilidad penal. Incluso se llegó a argumentar que la reforma iba a suponer la condena del partido político por la conducta delictiva de cualquier afiliado. Es un pronóstico o previsión nada atinado como trataré de razonar.

El grupo de Izquierda Unida fue el tercero que votó a favor de la enmienda que de esa forma logró convertirse en derecho positivo en virtud de una relevante mayoría.

4. IDEAS GENERALES SOBRE EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS. SU PROYECCIÓN EN LAS ORGANIZACIONES POLÍTICAS

La responsabilidad penal de personas jurídicas está diseñada en su origen para ser proyectada al ámbito empresarial. Por eso hay aspectos que no casan bien con un partido político. Los partidos realizan funciones quasi públicas, de tipo político. Son sujetos del escenario político nacional.

Pero al mismo tiempo desarrollan de manera puramente instrumental algunas actividades empresariales en sentido amplio, aunque esa no es su función esencial ni principal. Ocupa solo una parte muy secundaria: el partido político contrata, cuenta con empleados, realiza pagos, alquila inmueble. En ese aspecto nada distinto de otras empresas se puede destacar, más que ese aspecto residual: no es eso lo relevante en una organización política, a diferencia de lo que sucede en las empresas en que la vida mercantil es lo que justifica su existencia. El partido político no es un agente de la vida económica sino de la vida política; sus intereses no son económicos, sino políticos.

Soy de los que piensan que no es del todo exacto afirmar, tampoco ahora, que *Societas delinquere potest*. Tras la responsabilidad penal de una persona jurídica siempre hay un delito cometido por una persona física (vicariedad). Si se quiere, admito que es exigible algo más que la conducta criminal del empleado o directivo: que el ente no haya diseñado un sistema de prevención adecuado o no lo haya implementado de manera eficaz. Pero cuando hablamos del *ente*, también estamos refiriéndonos en último término a las personas encargadas de ello dentro de la organización, a los responsables, y no a todos los titulares o socios que conforman la persona jurídica. También topamos ahí con personas individuales concretas responsables: no todos los que ostentan intereses o son miembros de la persona jurídica serán culpables. Solo uno o unos pocos.

Aunque se hable de autorresponsabilidad –que es la orientación que ha adoptado la jurisprudencia de forma inequívoca aunque sin unanimidad– no podremos ocultar que la sanción penal recae no propiamente sobre la persona jurídica (que no padece porque es una ficción) sino sobre las personas individuales con intereses en la persona jurídica. Cuando es una empresa pequeña sus pocos titulares. En esos casos es más posible que exista culpa en ellos (aunque no

los sindicatos» en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº 11 (enero de 2014) págs. 365-384. Allí puede encontrar el lector un detallado relato del debate desarrollado en la Comisión de Justicia, y los argumentos blandidos por cada grupo para defender su respectiva posición. La enmienda contó con la adhesión del grupo popular y el grupo de izquierda unida (éste con entusiasmo perfectamente mensurable: pese a no creer en la modificación no quería que su voto en contra se interpretase como rechazo a una medida regeneradora). El resto de los grupos votaron en contra.

necesariamente: pensemos en que el titular mayoritario es un menor de edad). Cuando es una sociedad mercantil las consecuencias de la pena se distribuye entre todos los socios.

Cuando es un partido político el penado el padecimiento no es principalmente económico, sino de descrédito en el escenario político (la sanción económica es lo de menos). Y esa consecuencia es padecida no solo por los líderes; o por los órganos de gestión, sino por todos los militantes, y también en alguna medida por los simpatizantes (que son simpatizantes más por la ideología que por el desempeño concreto de la organización). Como se ve los efectos son en alguna medida distorsionadores.

Más allá de las categorías dogmáticas que empleemos (autorresponsabilidad, heteroresponsabilidad, corresponsabilidad) se hacen recaer las consecuencias de la sanción, aunque sea de forma menos directa, muy difusa, en muchas personas que carecen de toda culpabilidad.

Opino que el régimen implementado en nuestro ordenamiento –también tras la adaptación de 2015– se acopla más bien a la idea de que la persona jurídica puede ser penada, por los delitos cometidos por otros. No es que cometa delitos, sino que sufre una pena por los delitos cometidos por personas físicas vinculadas con ella si se dan ciertas condiciones. Ni siquiera considero que con la reforma de 2015 se logre abandonar ese modelo de heteroresponsabilidad aunque haya proporcionado argumentos de fuste a los partidarios de elaborar un concepto autónomo de culpabilidad de la persona jurídica, entre los que se contaba José Manuel Maza, al dotar de fuerza excluyente de la responsabilidad penal a la implantación de un sistema adecuado de organización empresarial regido por una cultura de cumplimiento de la legalidad.

La tajante y enfática dicción del art. 5 CP no parece en mi opinión cohonestable con el sistema establecido salvo que se la maltrate. *No hay pena sin dolo o culpa*. Ciertamente desde mi perspectiva en el caso de las personas jurídicas hay pena (no cabe duda que las medidas que se les imponen son inequívocamente catalogadas como penas⁹). También hay dolo o culpa (de la persona individual que comete el delito, sin el cual no podrá hablarse de responsabilidad penal de la persona jurídica; o de los directivos o administradores que han podido ser negligentes al no implantar un programa de cumplimiento serio; o caer en la desidia en la exigencia rigurosa de esos mecanismos preventivos).

Pero es obvio que lo que quiere decir el art. 5 CP es que la pena solo se impone a quien haya obrado personalmente con dolo o culpa. Entender los dos polos como desgajados (sin dolo o culpa no hay pena, pero no importa que la pena la sufra una persona distinta de la que obró con dolo o culpa) no es defendible desde ningún punto de vista: sería una trapacería argumentativa.

Como tampoco satisface como explicación para aliviar conciencias de penalistas comprometidos con las garantías, que no es el único caso en que la personalidad de las penas se resiente algo.

⁹ Sin embargo algunos muy prestigiosos comentaristas y con argumentación rocosa y convincente acaban por negarles la condición de auténticas penas: serían más bien consecuencias accesorias (vid. GRACIA MARTÍN o MIR PUIG, S. (GRACIA MARTÍN: *La doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura*, en Foro FICP – Tribuna y Boletín de la FICP N° 2014-2. septiembre, págs. 16 y ss. MIR PUIG, S.: *Las nuevas penas para personas jurídicas, una clase de penas sin culpabilidad*, en Foro FICP Tribuna y Boletín de la FICP, n° 2014-1 (abril), págs. 24 y ss.; textos citados en una nota previa). Escribe éste (*Las nuevas «penas» para personas jurídicas, una clase de «penas» sin culpabilidad en Revista Foro FICP 2015-2*): «No es necesario sustituir el concepto de culpabilidad humana por el de alguna forma de culpabilidad de entes no humanos como son las personas jurídicas. Todo ello sería necesario si el Código penal requiriese, para las penas que ha previsto para personas jurídicas, que éstas cometieran los delitos a los que se asocian. Pero no es así, porque el Código penal no impone penas a delitos de las personas jurídicas, sino que hace responder a éstas por delitos cometidos por personas humanas. Ahora bien, esto supone que la responsabilidad penal que se prevé para personas jurídicas es una forma de responsabilidad por el hecho de otro, por un delito no cometido por ella, sino por una persona física las penas previstas para personas jurídicas sólo pueden admitirse sin infringir gravemente el principio de culpabilidad si se distinguen claramente de las penas para personas físicas y se les priva del significado simbólico de reproche fuerte que las caracteriza». En igual línea de razonamiento, GÓMEZ MARTÍN: «Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*», en Mir Puig/Corcoy (dirs.) / Gómez Martín (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid (Marcial Pons), 2012, págs. 331 y ss.

Hay muchas penas que de forma indirecta afectan a terceros que nada tiene que ver con el delito o falta: los hijos del condenado a prisión sufren su ausencia; el pago de la multa repercute en los allegados a cargo del penado; la pena de alejamiento alcanza también a la otra persona respecto de la que se fija la pena... De hecho, ese tipo de situaciones se ha blandido desde antiguo por los partidarios de acoger la responsabilidad penal de las personas jurídicas para refutar el argumento de que con su introducción se lesionaba el principio de personalidad de las penas.

Es más, y esto es un excurso, se habla de la persona jurídica como ente distinto de sus titulares y por tanto con necesidad de defensa propia (STS 154/2016, de 29 de febrero, de la que fue ponente el Magistrado MAZA), desligada en su caso de la de sus titulares acusados (que ese era el supuesto), trayendo a colación los trabajadores que podrían sufrir las consecuencias de la disolución. Pero se ignora que eso pasa también cuando un empresario individual es condenado a prisión o a una elevada pena de multa. Sus trabajadores se ven afectados en la misma forma; pero a nadie se le ha ocurrido la peregrina idea de exigir una defensa oficial de esos terceros posibles afectados (afectados en virtud de relaciones ajenas al delito) por las penas que se imponen al autor de un delito.

Abiertas las puertas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, inevitablemente se da paso a un elemento de ficción en el derecho penal. Se quiera o no. Puede ser funcional y eficaz esa reforma. Pero es insoslayable asumir que introduce algo no solo diferente, sino muy diferente. Las personas jurídicas tienen un fundamento en la naturaleza sociable del hombre. Pero la atribución de personalidad jurídica comporta unas dosis de ficción que se concilian mal con el derecho penal. Habrá, es verdad, que elaborar un derecho penal de la persona jurídica, pero no podremos olvidar que siempre aleteará ese componente de ficción. Lo que no podemos es convertir a la persona jurídica en una persona física.

Y cuando hablamos del principio de **personalidad** de las penas, siempre hemos pensado en personas físicas, en individuos. Por eso al referir el principio de **personalidad** de las penas a las personas jurídicas las cosas no son igual. No pueden serlo. Eso es engañarse. Cuando se produce una acción delictiva a cargo de un colectivo de personas grande pero en el que es difícil individualizar las conductas de cada uno (piénsese en delitos tumultuarios), si no se acierta a predicar de personas concretas acciones u omisiones culpables, no será exigible responsabilidad penal. Desde luego, a nadie se le ocurrirá atribuir personalidad jurídica al colectivo para conseguir así castigar a todos sin traicionar ese principio esencial. Eso sería una burla.

Pues bien, cuando admitimos la imposición de penas a personas jurídicas por necesidad estamos dando un nuevo sentido, más amplio, al principio de personalidad de las penas. Formalmente, no. Pero materialmente, sí. Porque la persona jurídica no es una persona en sentido real. Si la pena se concibe como un mal, como una privación de derechos, el mal solo de una manera «figurada» es sufrido por la persona jurídica: las personas jurídicas realmente «no sufren». En un sentido material el mal afectará a personas físicas: normalmente las que integran la persona jurídica. Si se impone una pena de multa a una sociedad anónima, quien sufrirá una merma económica en su patrimonio serán los accionistas. Si una asociación es disuelta, serán los socios, personas físicas, los afectados. Aunque en el primer caso los accionistas sean totalmente ajenos a la conducta delictiva que ha desencadenado esa multa; o aunque el delito que motivó la disolución haya sido perpetrado por el gerente de la Asociación que ni siquiera es integrante de ella. O, en un ejemplo más gráfico, si el titular del noventa por ciento del capital de una Sociedad de responsabilidad limitada es un menor de edad que lógicamente tendrá un tutor y esa Sociedad

es condenada a una altísima pena de multa que comporta su quiebra, por virtud del delito cometido por uno de los empleados, es ridículo sostener que el principio de personalidad de las penas no se quiebra porque a fin de cuentas quien ha sufrido la pena ha sido la persona jurídica que es la que ha cometido el delito al no desplegar la oportuna vigilancia sobre el empleado. No es así: entre otros, quien padecerá en su mayor medida la pena será el menor. Él exclusivamente si es titular del cien por cien como consecuencia de la herencia recibida de sus padres fallecidos. Lo otro es una explicación «formalista» e irreal: es una ficción. Lo real es que el patrimonio del menor se verá reducido. ¿Es eso respetuoso con el *no hay pena sin dolo o culpa*?

Un acercamiento similar y usando el mismo ejemplo se puede efectuar en materia de culpabilidad. El «culpable» de esa acción delictiva será el empleado. También podrá decirse que el administrador encargado de vigilar a ese empleado incurrió en una conducta imprudente al no establecer las debidas medidas de control: ¿es eso culpa de la persona jurídica? Si se quiere, llámesele así: pero es culpa del administrador (o administradores). Es verdad que también podríamos seguir la cadena y encontraríamos a otras personas (accionistas mayoritarios, *v. gr.*) que tendrían cierta culpa por haber elegido como administrador a quien no era merecedor de esa confianza, porque carecía de las cualidades debidas para «controlar» adecuadamente a los empleados de la empresa. ¿Llamaremos a eso culpabilidad de la sociedad? Convengamos en la respuesta afirmativa; pero también será una ficción: la culpa solo será atribuible en su caso a las personas físicas accionistas que eligieron a esa persona, pero no a los que votaron en contra. Y, desde luego, en el menor de edad que antes mencionaba —que es al final el que padecerá la pena en mayor medida, si no única— por más que nos empeñemos no seremos capaces de hallar ni una gota de culpabilidad—. En último término toparemos con una o varias personas físicas que han realizado acciones más o menos reprobables, bien intencionadamente, bien negligentemente. Será solo la conducta de una persona, o la confluencia de las conductas de varios o muchos vinculados a la empresa. Si queremos denominar a esa confluencia de conductas individuales culpables o a la de uno especialmente relevante «culpabilidad de la sociedad», de acuerdo; pero no nos hagamos trampas diciéndonos que con eso queda a salvo el principio de culpabilidad tal y como se ha entendido siempre. Estaremos predicando de la persona jurídica, lo que ha sido la culpabilidad de una o varias personas físicas. Salvar los principios o la constitucionalidad con juegos semánticos no me parece el mejor camino.

Y al escudriñar con realismo en quiénes cargan de verdad con las consecuencias de la pena impuesta a la persona jurídica, sin conformarnos con la vacua respuesta oficial —¡la persona jurídica!— también toparemos que una o más personas, a veces muchas, de las que en la mayoría de las ocasiones no podrá predicarse culpa alguna.

Las derivaciones no muy satisfactorias de estas consideraciones se agravan cuando proyectamos el régimen de responsabilidad a un partido político. Se intuye enseguida. Algo he adelantado antes a este respecto. Aunque sin duda la previsión de una responsabilidad penal para los partidos políticos puede tener una enorme virtualidad preventiva.

De cualquier forma, lo decisivo es no tanto especular como examinar los presupuestos que según el texto legal son necesarios para que una persona jurídica —y más en concreto un partido político— pueda ser sancionada con una pena; cómo se modulan esas penas; qué penas están previstas... y reflexionar especialmente sobre cómo encajan en esos moldes los partidos políticos.

5. TRATAMIENTO LEGAL: SISTEMA DE VICARIEDAD MATIZADA

Aterrizo ya en el concreto derecho positivo. Desde el punto de vista del aplicador del derecho lo que interesa primordialmente es diseccionar qué dice el Código Penal; intentar desvelar cuándo de hecho se va a exigir esa responsabilidad en general a una persona jurídica y en particular a un partido político con un sistema que, pese a lo dicho, no es puramente objetivo.

Es el art. 31 bis el que establece la cláusula general en virtud de la que cabe esa imputación. Dice tal precepto, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015:

- 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:*
- a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales, o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.*
 - b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto 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 haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.*

Este primer precepto de la serie dedicada a la responsabilidad penal de personas jurídicas recoge en los siguientes números el nuevo papel de los programas de cumplimiento como eximente o atenuante que examinaremos más adelante.

El art. 31 *ter* dispone:

- 1. 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.*
- 2. 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 la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallado o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de los que se dispone en el artículo siguiente” (referencia a las atenuantes recogidas en el art. 31 *quater*).*

Sobre estos párrafos ha de construirse la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que es **acumulativa** –se exige la responsabilidad penal tanto a la persona jurídica como a los individuos–.

Es, además, **vicaria**, en el sentido de reclamar como presupuesto la comisión de un delito por una persona física (aunque la jurisprudencia y la doctrina más encandilada con el sistema abominen de ese término que el legislador de 2015 proclama querer olvidar). En cualquier

caso, esa vicariedad cuenta con importantes matizaciones: no es imprescindible como sucede en otros ordenamientos que previamente exista la condena efectiva penal de una persona física. Ni siquiera que se haya acreditado la autoría por parte de una persona física concreta.

Por fin solo rige en relación a un número cerrado de delitos.

Estamos ante un sistema de *responsabilidad criminal vicaria (a) acumulativa o dual (b), directa (c) y restringida (d)*.

(a) Sigue siendo vicaria, por más que el legislador de 2015 descalifique expresamente ese calificativo, por cuanto se edifica sobre la responsabilidad penal de personas físicas. Sin un delito cometido por una persona física no hay responsabilidad penal de la persona jurídica. Otra cosa es que se trate de una vicariedad matizada por cuanto no se exige para afirmar la responsabilidad de la sociedad la condena previa o simultánea de una persona física; ni siquiera su concreta culpabilidad. No basta la identificación de los auténticos responsables penales vinculados al partido, ni siquiera cuando hayan sido denunciados por el partido político, para excluir la responsabilidad de éste; ni la falta de identificación de estos responsables anula la eventual responsabilidad de la organización política si queda demostrado que un empleado o directivo de ellas (aunque no se sepa quién en concreto) realizó la conducta delictiva.

(b) Es acumulativa en la medida en que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas que actúen en su seno, ni a la inversa.

(c) Es directa por cuanto la responsabilidad es exigible a las personas jurídicas siempre que se constate la comisión de un delito por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el art. 31 bis, 1, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Además, 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 excluyan su culpabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 ter CP). Esa regulación dota de cierta autonomía en su aplicación, aunque no en el nivel de los conceptos, a la responsabilidad penal de la persona jurídica, frente a la de los individuos. Es imprescindible que concorra responsabilidad penal por parte de personas físicas en abstracto. Pero no importa que en concreto esa responsabilidad no sea exigible por ausencia de pruebas que permitan la individualización, por la huida del culpable o por otras circunstancias.

(d) Es un sistema de *numerus clausus*. No se afirma la responsabilidad penal de la persona jurídica para cualquier tipo de infracción. El legislador ha establecido un listado de delitos en los que cabe esa responsabilidad, que queda excluida en cualquier otro supuesto.

6. TÍTULOS DE IMPUTACIÓN

Como se deduce del art. 31 bis.1 existen dos vías por las que se llega a la responsabilidad penal de la persona jurídica. Los presupuestos de esa responsabilidad serían los siguientes:

- a) La **comisión de un delito** de aquellos en los que se prevé tal tipo de responsabilidad. Solo en los delitos en que se establece la cláusula de extensión a las personas jurídicas cabe esa responsabilidad: esos delitos van especificándose en el lugar correspondiente del Libro II

del Código Penal o en leyes penales especiales. En epígrafe aparte repasaremos cuáles de esas infracciones pueden tener más incidencia en la actividad de un partido político.

- b) Que ese delito haya sido perpetrado bien por un **representante legal o por quienes individualmente o como integrantes de un órgano están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control en su seno** (se ha mejorado la fórmula del antiguo art. 31 bis que hablaba de *administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica*). El delito ha de haberse cometido precisamente en el desarrollo de actuaciones en tal calidad de representante (no representante político, sino legal: aquí la terminología puede confundir) de ese partido. Es decir, la actuación delictiva de un cargo público que ha accedido a esa posición en las listas de un determinado partido político no contamina (penalmente; sí políticamente) a la formación política. Su actuación en el ejercicio de sus actividades públicas penalmente será reprochable exclusivamente a él. No actúa tomando decisiones en representación legal del partido político. Su mandato no es imperativo. Para que nazca responsabilidad penal lo que se requiere es que en su actuación como apoderado legal o directivo del partido realice una de las conductas delictivas que arrastran la responsabilidad penal de la persona jurídica por cuya cuenta actúa. Si son decisiones como autoridad o cargo público no estará legalmente actuando en nombre del partido y por tanto carecerá de capacidad de representarle legalmente. Actuará en nombre de sus electores (políticamente).
- c) Como requisito alternativo al anterior que el delito haya sido cometido por **empleados de la persona jurídica** que estuviesen sometidos a su autoridad y que actuasen en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta de ellas. En este caso la afirmación de la responsabilidad penal solo podrá hacerse si se constata que hubo un déficit de control sobre tal empleado, atendidas las concretas circunstancias de caso. El incumplimiento por parte de los responsables de la entidad de sus deberes de control, vigilancia o supervisión sobre el empleado ha de ser **grave**. Es este condicionante otra novedad importante de la reforma de 2015. Si no es grave en principio hay que reputar que no será exigible responsabilidad a la persona jurídica, aunque como veremos luego en el texto final salido de la reforma se detecta una antinomia que puede hacer dudar de esta conclusión. Manejo el término «empleado» en un sentido amplio. El tenor del precepto no exige una vinculación laboral en sentido estricto: basta con que en el desempeño de su actividad el autor del delito estuviese sometido a la autoridad e indicaciones de la persona jurídica, aunque la relación jurídica fuese un arrendamiento de servicios o un mandato o de cualquier otra naturaleza. El legislador ha evitado una nomenclatura que restringiese la situación contemplada a lazos laborales. La persona jurídica puede ser responsable penal en virtud de la acción cometida por el asesor tributario externo y únicamente atribuible a él; o por el publicitario a quien se le confió una determinada campaña; o por el comercial que no está incluido en plantilla, por señalar algunos ejemplos de relaciones no laborales, pero en las que la actividad ha de sujetarse a las instrucciones y control de la empresa. que opere en el ámbito de dirección de los representantes legales o los administradores. No es necesario que se encuentre formalmente vinculado a la empresa a través de un contrato laboral o mercantil. No existe inconveniente, por tanto, en que se trate de un autónomo, o un trabajador subcontratado, siempre que se halle integrado en el ámbito de dominio social. Si en relación al directivo se imponía una matización en atención a los cargos públicos ocupados por

miembros de un partido político, aquí se hace imprescindible otra importante modulación: el militante, sin más, no es empleado de la organización política. Es necesario algo más que a veces será difícil de definir. Al menos existen zonas de penumbra. Encajarán en la dicción de la norma los que bajo la supervisión directa de la organización estén desempeñando una función específicamente asignada desde el partido y bajo al control de éste, aunque sea tarea no retribuida (un ejemplo claro son los interventores en las mesas electorales). Pero sin ese encargo específico y concreto, un militante no puede ensuciar penalmente al partido político con sus actuaciones autónomas y espontáneas por más que vengan determinadas por esa vinculación con la organización (ejemplos: mensajes ofensivos en las redes; publicidad electoral ilegal; obtención de fondos por su cuenta y riesgo...).

- d) En uno y otro caso –administrador/directivo-empleado/dependiente– será exigible que la actuación se haya realizado en **beneficio directo o indirecto** de la persona jurídica o entidad. El texto anterior hablaba de «provecho». No creo que la modificación terminológica comporte cambio material. Tanto el beneficio, directo o indirecto, como el provecho son nociones que comprenden algo más que el lucro o enriquecimiento. Abarcan más intereses. ¿es necesario que tengan alguna proyección económica, aunque sea indirecta? Si en el mundo empresarial eso pudiera concebirse como algo no solo natural, sino además exigible, trasladados al campo de la actividad de los partidos políticos hay que dar un alcance mayor al concepto de beneficio que contemple también los beneficios *electorales, políticos o propagandísticos*. En todo caso es esta materia en la que hay que ser cauteloso para no extender en demasía esa responsabilidad. El término **en** hay que referirlo a la idoneidad de la conducta en sí, y no a la finalidad concreta del autor: tiene un significado objetivo, no subjetivo. No es necesario que el autor –representante legal, administrador, empleado– busque el beneficio del partido político; es decir que sea ese su móvil. Basta con que la actuación objetivamente considerada sea apta para redundar en beneficio del partido.

7. DELITOS QUE PUEDEN GENERAR RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONA JURÍDICA: SU PROYECCIÓN AL SUPUESTO DE PARTIDOS POLÍTICOS

Como se ha dicho, solo será imponible una pena a la persona jurídica en los casos de comisión de uno de los delitos en que está previsto tal tipo de responsabilidad. En abstracto no habría ninguna limitación para hacer ese listado. Nada impediría que se abriese esa posibilidad a todos los delitos del Código Penal. O que se excluyesen algunos de los que el legislador ha elegido; o que se incluyesen otros distintos. Es una cuestión de política criminal. La relación en algunos puntos tiene algo de caprichosa o poco inteligible tanto en lo que hace a algunas inclusiones como especialmente a determinadas omisiones. Veamos.

Los delitos incluidos son los siguientes:

- obtención o tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o trasplante de los mismos (art. 156 bis-3),
- trata de seres humanos (art. 177 bis-7),
- delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis),
- delitos contra la intimidad por descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 *quinquies*),
- delito de estafa (art. 251 bis),

- frustración de la ejecución (art. 258 *ter*),
- insolvencias punibles (art. 261 bis),
- daños informáticos (art. 264 *quater*),
- delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial y al mercado y a los consumidores (art. 288) (y entre ellos, descubrimiento y revelación de secretos de empresa, desabastecimiento del mercado de materias primas o productos de primera necesidad, publicidad engañosa, estafa de inversiones, facturación fraudulenta, maquinaciones para alterar el precio de las cosas, manipulación de cotizaciones en los mercados, abuso de información privilegiada, acceso ilícito a servicios de radiodifusión y corrupción en los negocios y deportiva).
- blanqueo de capitales (art. 302-2) (la ubicación sistemática de la norma, equivocada, podría hacer pensar que solo se contempla el delito del art. 302-1, pero eso no sería lógico: de todos los delitos de blanqueo, también los imprudentes, puede responder la persona jurídica),
- financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis),
- delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis),
- delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis-5),
- delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319-4),
- delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 328) (tras la reforma de 2015 queda claro que está incluida la modalidad imprudente –art. 331–)
- delitos relativos a la energía nuclear y las radiaciones ionizantes (art. 343-3),
- delitos de riesgo provocados por explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes u otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos (art. 348-3),
- delitos contra la salud pública, excluida su versión culposa (art. 366),
- delitos de tráfico de drogas (art. 369 bis),
- delitos de falsificación de moneda (art. 386.5 que curiosamente rompe el paralelismo con los demás preceptos y solo prevé pena de multa),
- delitos de falsificación de tarjetas de crédito (art. 399 bis),
- delito de cohecho (art. 427 bis),
- delito de tráfico de influencias (art. 430),
- delitos de provocación al odio, discriminación o violencia (art. 510 bis),
- y delitos de colaboración con organización terrorista (art. 576.5),
- fuera del Código Penal, encontramos los delitos de contrabando (art. 2.6 de la Ley de Represión del Contrabando modificada por la Ley Orgánica 6/2011).

La relación adolece de algunas ausencias significativas. No se entiende, *u. gr.*, por qué, estando incluida la estafa, no se ha añadido el delito de apropiación indebida.

Si repasamos ese listado pensando en un partido político tendremos que los delitos que resultan más connaturales con sus características específicas serían los de descubrimiento y revelación de secretos; la financiación ilegal de partidos políticos, por supuesto; el blanqueo de capitales; y el tráfico de influencias.

Un segundo bloque diferente vendría constituido por los delitos económicos vinculados al ámbito empresarial en relación a la actividad de esa naturaleza (no estrictamente política) de un partido (alquiler de locales, pagos debidos, condición de empleador...).

Nótese en todo caso que el primer caso de imputación de un partido político versa sobre un delito de daños informáticos que a *priori* pudiera parecer que no es de los más propicios para tener alguna virtualidad en este campo.

Sin embargo, llama la atención que hayan quedado al margen los delitos electorales. Lo pone de manifiesto José Manuel Maza en su citada monografía donde analiza uno a uno cada uno de esos delitos electorales y su idoneidad para alumbrar conductas de las que derivar la responsabilidad penal de un partido político¹⁰. Y ciertamente, establecida la capacidad del partido político para ser responsable penal carece de sentido que no se contemplen tales infracciones, en las que seguramente sería mucho más lógica o inteligible esa condena penal que en algunos de los que ahora podemos imaginar.

Mención específica precisan los delitos de odio (art. 510 CP): su amplitud y la posibilidad de que no se acote bien en la forma que antes se ha sugerido el círculo de sujetos capaces de arrastrar al partido político al ámbito penal con su actuación, puede dar pábulo a un campo bien abonado para la proliferación de querellas y la judicialización del debate político.

8. PENAS IMPONIBLES. EL PREVISIBLE (Y DESEABLE) MONOPOLIO EXCLUYENTE DE LA PENA DE MULTA

Las penas que se prevén para la persona jurídica van desde la multa, pasando por la suspensión de la actividad empresarial o clausura del establecimiento hasta la disolución. Son en realidad con ligeras variaciones las que figuraban en el art. 129 del Código Penal (consecuencias accesorias), remodelado también en la reforma de 2010 para reubicar su espacio.

Las penas aplicables a las personas jurídicas –dispone el art. 33.7–, que tienen todas las consideraciones 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.*

Algunas de esas medidas pueden imponerse provisionalmente con el carácter de cautelares: «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

¹⁰ Cit., págs. 411 y ss.

la instrucción de la causa». El tiempo transcurrido bajo la medida de forma cautelar será abonable para el cumplimiento de la pena (art. 58) y, en caso de que luego no se establezca pena de esa naturaleza, será compensable de alguna forma (reducción proporcional de la pena de multa) (art. 59). De todas formas, dado el carácter facultativo de esas penas de clausura, suspensión o intervención, es difícil que habiéndose acordado cautelarmente y llegándose a una sentencia condenatoria no se refleje como condena lo que ya está «cumplido» provisionalmente.

La pena de multa es la pena estrella. La única que es obligada en todos los casos, con la única excepción, ya apuntada, de las penas de inhabilitación para recibir subvenciones o ayudas o gozar de beneficios o contratar con el sector público que a partir de la reforma de 2012 se ha hecho obligatoria en los delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social.

Las restantes penas son facultativas.

Las cuotas mínima y máxima de las penas de multa para personas jurídicas se elevan a 30 y 5.000 euros respectivamente (art. 50.4).

Es de suponer que será la pena más ordinaria y casi única en el caso de partidos políticos acusados. Cualquiera otra de las penas a mi juicio supondría una poco tolerable intromisión de la justicia en la política, pues sería tanto como «ilegalizar» una opción política compartida por ciudadanos (más o menos) en virtud de la conducta de unos pocos (o muchos, pero nunca todos los partidarios de tal opción). Obligar a una cuestionable también jurídicamente *refundación* por razones judiciales que no de estrategia política no es solución.

Si la persona jurídica condenada no satisface la multa impuesta «el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma». Se pone aquí de relieve la diferencia esencial entre un derecho penal de personas físicas y un derecho penal de personas jurídicas. Cuando una persona física no afronta la pena de multa la respuesta del ordenamiento es más drástica: la multa se puede sustituir por una privación de libertad. Eso no puede hacerse con una persona moral. Si la sociedad condenada cuenta con patrimonio podrá ser embargado. Si fracasa la vía de apremio puede decretarse esa intervención con el fin de que se abonen las multas. No deja de tener esa medida algo de *brindis al sol*. Si la empresa es insolvente en verdad, la única salida realista es asumir que la pena no se cumplirá. Intervenir una persona jurídica sin viabilidad o capacidad de generar beneficios sería muy mal negocio para el Estado. Cuando la empresa es viable o tiene capacidad económica, normalmente bastará con el embargo y la vía de apremio.

Si ya la previsión es poco operativa por sí, pensar en un partido político intervenido judicialmente se antoja un disparate. ¿Sería eso compatible con la democracia interna constitucionalmente exigible? De cualquier forma, espero que esto sea pura especulación: creo que es fácil vacilar que no se llegará a eso si se impone un elemental buen sentido. Bueno sería que ese buen sentido, en lugar de ser esperado de los integrantes del Poder Judicial, hubiese presidido la redacción de la ley excluyendo ciertas consecuencias¹¹.

La previsión del art. 31 ter.1 –moderación de la pena de multa cuando concurren como responsables personas físicas y jurídicas– no parece demasiado operativa en materia de partidos políticos (al menos los más ordinarios) por cuanto piensa fundamentalmente en personas jurídicas de escasas dimensiones.

¹¹ En su tesis doctoral MAZA MARTÍN propone limitar en esos casos las posibles penas a la multa e intervención (y sobre ésta muestra también fuertes reticencias), como se hace con empresas mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general (*op. cit.*, pág. 408).

Se puede vaticinar que la imposición de penas diferentes a la de multa será en materia de partidos políticos insólita por la misma naturaleza de tales personas jurídicas. Cualquiera de ellas significaría sin más la liquidación *de facto* del partido. Entre la disolución del partido y la suspensión de sus actividades o clausura de sus locales durante dos años no existe demasiada diferencia en cuanto a las consecuencias. Nadie tendrá el más mínimo interés en mantener vivo un partido político con parte de sus locales clausurados, por ejemplo. Se fundará otro.

Y en realidad materialmente la pena real, el auténtico contenido disuasorio del sistema de penalidad será la merma reputacional y el desprestigio social y como consecuencia de ello, electoral. Es una especie de reprensión pública, aunque no aflore como penalidad oficialmente.

9. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS

Según el CP sólo pueden apreciarse como circunstancias capaces de atenuar la responsabilidad penal de una persona jurídica, algunas actuaciones que han de realizar sus representantes legales y que son posteriores siempre a la comisión del delito. En concreto son circunstancias atenuantes (art. 31 *quater*):

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 a la celebración del 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.

Desde mi punto de vista, y así lo he escrito en otras ocasiones, existe demasiado mimetismo y simetría respecto a la morfología de las atenuantes aplicables a personas físicas. Hubiese sido recomendable un mayor esfuerzo de adaptación: ¿por qué ha de ser necesariamente el representante legal quien repare? ¿Cuándo ha de entenderse que la persona jurídica conoce que el procedimiento se dirige contra ella? ¿Cuándo llega a conocimiento de alguno de los representantes legales? ¿Es necesario que lo sepan todos? ¿El conocimiento por parte de uno de ellos cierra la posibilidad de la atenuación?

En otro orden de cosas, no puede dejar de llamarse la atención sobre la circunstancia de la letra d): implantación de programas preventivos. En el sistema originario era esta la única referencia legal a esos planes de prevención que ya con antelación a la entrada en vigor de reforma venían ofertándose por algunas firmas de asesoramiento legal y jurídico. En otros ordenamientos se les ha dado mayor protagonismo en la ley. La reforma de 2015 ha querido paliar esta penuria regulativa otorgándoles un papel decisivo. También esos programas de cumplimiento como expondré enseguida se han visto reflejados en la normativa específica de los partidos políticos.

Dada la naturaleza de las penas la consecución de una atenuante recogida como tal en la sentencia no tiene demasiado alcance. Servirá, sí, en el caso de combinarla con otra (confesión, reparación...) o de cualificarla, para rebasar por abajo la cuantía mínima de la multa. Pero no tendrá incidencia alguna sobre lo que en realidad constituye la «penalidad» más temida y más

grave singularmente en el caso de un partido político: la publicidad negativa. Ese coste no se mitiga, o apenas se mitiga, con la estimación de una atenuante.

No están definidas como tales circunstancias agravantes específicas, pero del art. 66 bis se deriva que la reincidencia o la instrumentalidad de la persona jurídica para cometer ilícitos penales funcionan con ese carácter.

No parece que esa instrumentalidad pueda apreciarse en un partido político real.

En cuanto a la reincidencia recuerdo lo que antes mencionaba: en los partidos políticos, al igual que en las grandes empresas con un nombre ya consolidado y secular, se hace más fácil la presencia de antecedentes. Se torna muy costoso romper amarras con el pasado mediante el expediente de una refundación suficientemente distanciada del precedente.

10. RELEVANCIA PENAL DE LOS CORPORATE COMPLIANCE

El legislador de 2015 ha variado radicalmente la consideración de los llamados programas de cumplimiento. A partir del 1 de julio de 2015, el panorama es el siguiente:

Cuando el delito es cometido por un representante legal o directivo con capacidad de tomar decisiones o facultades de organización y control, la persona jurídica queda exenta de responsabilidad penal si se cumplen cuatro condiciones:

- i) Está implantado un plan de cumplimiento que incluya medidas de vigilancia control necesarias para prevenir ese tipo de delitos o reducir su riesgo de comisión de manera significativa.
- ii) Se ha constituido un órgano que goza de autonomía encargado de supervisar el cumplimiento. Si se trata personas jurídicas de pequeñas dimensiones bastará con que ese control sea asumido por el órgano de administración.
- iii) El delito se ha cometido precisamente porque su autor individual ha vulnerado esas normas internas o ha eludido los mecanismos de control establecidos.
- iv) No ha habido negligencia en el ejercicio de sus funciones de supervisión y vigilancia por parte del órgano contemplado en b) (art. 31 bis.2).

Si se trata de responsabilidad derivada de la comisión de un delito por parte de un empleado será necesario detectar en los administradores o directivos una negligencia consistente en el incumplimiento grave de sus deberes de supervisión, vigilancia y control *atendidas las concretas circunstancias del caso*. También la implementación efectiva de un modelo de organización y gestión adecuado para prevenir o reducir significativamente el riesgo de comisión de delitos de esa naturaleza se erige en causa de exención (art. 31 bis.4).

De forma claramente inarmónica en el nuevo art. 66 bis se prevé también responsabilidad de la persona jurídica cuando ese incumplimiento del deber de vigilancia no fuese grave: la única especialidad es que en ese caso las penas diferentes a la multa no pueden tener una extensión superior a dos años. No es coherente el texto. Si primero se dice que solo ha lugar a la responsabilidad de a persona jurídica cuando el incumplimiento es grave, no se puede unos artículos más abajo recoger que si no es grave las penas no podrán rebasar determinada magnitud. Hay que solventar la antinomia dando prevalencia al art. 31 bis en virtud del *favor libertatis*. Si no hay incumplimiento grave la persona jurídica no podrá ser penalmente sancionada.

El legislador con un tono un tanto reglamentista se preocupa de detallar los contenidos mínimos de esos modelos de organización y gestión (art. 31 bis 5):

Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

Cuando solo se hayan acreditado parcialmente algunas de las condiciones exigidas (plan, órgano supervisor; relación de causalidad entre el incumplimiento del plan y la infracción; y constatación de que no ha existido negligencia por parte del supervisor) estaremos ante una atenuante que evoca las eximentes incompletas del art. 21.1, aunque su eficacia es la ordinaria de las atenuantes. No obstante, no queda muy claro si es propiamente una atenuante o algo que debe ser valorado *a efectos de atenuación de pena* que es la fórmula literal del texto legislativo.

En el ámbito de los partidos políticos una norma específica ha previsto esos programas de cumplimiento. Se trata del nuevo art. 9 bis introducido por la LO 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos. Dice así tal precepto:

Los partidos políticos deberán adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión, a los efectos previstos en el art. 31 bis del Código Penal.

Se plantea JOSÉ MANUEL MAZA si esa mención legal remite ineludiblemente a los contenidos reglamentados en el Código Penal y llega a sugerir que la respuesta no necesariamente ha de ser afirmativa sin matizaciones. Piensa entre otras cosas, en partidos políticos de escasa dimensiones que los hay y muchos (especialmente a nivel local o regional)¹² y le parece excesivo proyectar sobre ellos todas las exigencias previstas con generalidad.

Para MAZA, por otra parte, en coherencia con su posición general sobre la forma de conceptualizar la responsabilidad penal de personas jurídicas, la demostración de que existía en la organización una cultura de respeto al derecho, de fidelidad a la norma, constituiría una causa suprallegal de exención (falta de culpabilidad) más allá de que no existiese ese programa de cumplimiento y alguien dentro de la organización de forma episódica y contradiciendo esa cultura implantada de sumisión a la ley, haya podido llevar a cabo una actuación delictiva de las que generan responsabilidad penal de la persona jurídica.

¹² *Op. cit.*, págs. 399 y ss., y 424 y ss.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LAS CONFORMIDADES EN LOS PROCESOS PENALES¹

Gonzalo Rodríguez Mourullo
Catedrático emérito de la UAM

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. CONFORMIDAD Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. III. CONFORMIDAD Y CONFESIÓN. IV. REQUISITOS QUE DEBE REUNIR LA CONFORMIDAD PARA QUE RESULTE EFICAZ. V. ÁMBITO DE APLICACIÓN. VI. MOMENTOS PROCESALES PARA PLANTEAR LA CONFORMIDAD. VII. CONFORMIDAD PARCIAL. VIII. SINGULARIDADES DE LA DENOMINADA CONFORMIDAD PREMIAL. IX. CONFORMIDAD ENCUBIERTA. X. CONFORMIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA. XI. INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN CONTRA SENTENCIAS DICTADAS DE CONFORMIDAD Y SUS EXCEPCIONES. XII. CONSIDERACIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

La conformidad como medio de poner fin a los procedimientos penales se está utilizando actualmente de manera masiva, especialmente en el marco de los delitos menores. Proliferación que se produce a partir del año 1990, a raíz de la introducción del Procedimiento Abreviado por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre. ANTONIO DEL MORAL subraya que la Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado «contiene una auténtica apología del sistema de conformidades», importado de Estados Unidos de América. En la citada Circular se exhorta a los señores Fiscales a que «por imperativo de la obligación impuesta en el artículo 781 (de la LECrim) de procurar la simplificación del procedimiento» deberán promover esas soluciones facilitadoras de la sentencia, «no ciertamente apartándose de la legalidad, pero sí utilizando todos los márgenes de arbitrio legal para llegar a situaciones de consenso»².

ANTONIO DEL MORAL se refiere a la utilización actual de la conformidad en los siguientes términos:

«En la práctica esa forma de actuar –la búsqueda del arreglo, de la solución pactada con el acusado– se ha impuesto. Hoy en día en los Juzgados y Audiencias Españoles es muy familiar la imagen del Fiscal y el Letrado conversando en los momentos previos al juicio para intentar abortarlo: normalmente el acusado se aviene a reconocer los hechos y aceptar la condena a cambio de que el Fiscal rebaje la duración de la pena o, en algunos casos, expulse alguno de

¹ Conservo muy vivo el recuerdo de mi último encuentro con JOSÉ MANUEL MAZA. Se produjo poco tiempo antes de su inesperado fallecimiento, el 10 de julio de 2017, con motivo de la defensa de su magnífica Tesis doctoral, ante un Tribunal que, atendiendo a su deseo, tuve el honor de presidir. Estaba radiante de alegría y felicidad, como recordábamos no hace mucho CARLOS GÓMEZ JARA y yo, porque él, que hacía ya años que había alcanzado la cima de su carrera profesional, estaba muy ilusionado con la obtención del Grado de Doctor.

² DEL MORAL GARCÍA, A.: «La conformidad en el Proceso Penal» (Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español), en *Revista Auctoritas Prudentium*, nº 1, 2008.

los delitos objeto de acusación. En los Jueces y Magistrados se detecta con demasiada frecuencia una cierta y a veces indisimulada o impúdicamente exhibida actitud favorable a esos acuerdos. De manera más o menos abierta, aunque siempre formalmente extraoficial, contribuyen a fomentarlos, pese a que en ese momento su papel procesal sea inexistente. Las facultades de fiscalización del acuerdo que les otorga la ley raras veces son utilizadas»³.

Por su parte, NICOLÁS GONZÁLEZ CUÉLLAR cuantifica y asegura que «más del cincuenta por ciento de las sentencias penales son de conformidad, [...] a pesar de su asistemática e imprecisa regulación y de una práctica judicial tan bienintencionada como voluntariosa, que ha desbordado sus límites normativos»⁴.

El estado actual de la regulación hace necesario como advierte N. RODRÍGUEZ GARCÍA⁵ «plantear una teoría general de la conformidad a la que se le puedan hacer matices en función del procedimiento en el que el imputado haga uso de este acto procesal dispositivo». El legislador no atendió a esta necesidad, pese a que en los últimos años introdujo diversas modificaciones en la LECrim, las cuales, lejos de armonizar el instituto de la conformidad y dar respuesta a los problemas que la práctica forense y la doctrina más autorizada vienen planteando, insisten en tomar como paradigma la vetusta regulación prevista para el procedimiento ordinario⁶.

II. CONFORMIDAD Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

La conformidad es, en la práctica, una manifestación del principio de oportunidad.

La importante STS de 13 de junio de 1917, asegura que «la conformidad constituye una clara consecuencia de la admisión del principio de oportunidad, que podrá reportar al acusado substanciales ventajas materiales derivadas de una transacción. Entendiéndose por ello que no debe hablarse de la existencia de un pacto subyacente entre las partes –dada la indisponibilidad del objeto del proceso penal– y lo que hay es una concurrencia de voluntades coincidentes. En definitiva, la conformidad no sería una institución que operase sobre el objeto del proceso, sino sobre el desarrollo del procedimiento, posibilitando obviar el trámite del juicio oral». Y la STS 17 junio 1991 consideró la conformidad «una institución que pone fin al proceso basándose en razones utilitarias de economía procesal».

Frente a las substanciales ventajas que obtiene el acusado están, al otro lado, las manifiestas ventajas que obtiene el congestionado sistema penal, lo que sin duda contribuye a la difusión de las conformidades, en las que se ve un medio eficaz de aliviar su colapso.

Muy ilustrativa la paradoja que A. DEL MORAL describe del sistema judicial penal americano, donde se encuentran, como ya hemos dicho, las raíces de nuestra importación: «Primero se construye un sistema procesal complicado, lento, lastrado por el máximo escrúpulo hacia las garantías y se configura un genuino y bien cimentado derecho a un juicio justo. A continuación, como se

³ DEL MORAL, A.: «La conformidad...», cit.

⁴ GONZÁLEZ CUÉLLAR, N.: «El arte de conformar», en *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, nº 108, febrero de 2018.

⁵ RODRÍGUEZ GARCÍA, N.: «La conformidad de las personas jurídicas en el proceso penal español», en *La Ley Penal*, nº 113, Sección Derecho Procesal Penal, marzo-abril 2015.

⁶ MOLINA GIMENO, F.J.: «La imposibilidad de conformidad parcial ante la concurrencia de acusados y pluralidad de delitos objeto de acusación», en *Diario La Ley*, nº 7336, Sección Tribuna, 5 febrero 2010.

comprueba que sería insoportable socialmente que todos los ciudadanos acusados de un delito exigiesen esos derechos tan enfáticamente proclamados y cuidadosamente salvaguardados, se inventan técnicas y estrategias para conseguir que “libremente”, se renuncie por la mayor parte de ellos a esos derechos [...] En todas las estadísticas figura un porcentaje superior al noventa por ciento de los asuntos resueltos mediante una decisión judicial que previamente ha sido “negociada” entre el Fiscal y el acusado y que suprime la necesidad de juicio. Si se prescindiese de estas fórmulas de composición [...] el sistema estaría abocado al colapso más absoluto, sería imposible su funcionamiento. Solo el hecho de que todas las garantías del proceso y, en especial el juicio oral, se eviten en la mayor parte de los supuestos permite que en los escasos asuntos en que se llega a juicio éste se celebre en la forma que exigen los derechos fundamentales y con todas las garantías precisas»⁷.

Bajo el amparo del mencionado principio de oportunidad, que en el Estado de Derecho hay que aplicar con suma cautela, porque las facultades de oportunidad no se adaptan muy bien a las exigencias garantistas, se cobijan hoy una serie de instituciones que tienen muy poco que ver entre sí, salvo el hecho de que todas implican un mayor o menor grado de disponibilidad de las obligaciones procesales de los órganos de persecución⁸.

La referida cautela se justifica porque, como acertadamente expuso Córdoba, la conformidad en el proceso penal comporta, por parte del imputado, una renuncia al ejercicio del derecho, empezando por los derechos fundamentales a la presunción de inocencia, a no confesarse culpable, a la defensa, a utilizar los medios de prueba pertinentes y a un proceso con todas las garantías. Renuncia al ejercicio del derecho, que, como indica Córdoba, obliga a examinar cuáles son los controles legales al uso de la conformidad, con la obvia finalidad de aplicarlos con rigor. Resultan decisivos en este sentido las facultades de fiscalización que la ley otorga al Juez o Tribunal, especialmente las que recaen sobre la legalidad de la calificación jurídica y de la pena imponible y sobre la libertad del acusado al conformarse⁹.

En cuanto al primero de esos controles, el art. 787.3 LECrim dispone: «En caso de que el Juez o Tribunal considerase incorrecta la calificación formulada o entendiéndose que la pena solicitada no procede legalmente, requerirá a la parte que presentó el escrito de acusación más grave para que manifieste si se ratifica o no en él. Solo cuando la parte requerida modificase su escrito de acusación en términos tales que la calificación sea correcta y la pena solicitada sea procedente y el acusado presta de nuevo su conformidad, podrá el Juez o Tribunal dictar sentencia de conformidad. En otro caso, ordenará la continuación del Juicio».

Respecto al segundo, la libertad del acusado se convierte en requisito nuclear de la conformidad, como luego veremos, por lo que ésta tiene de renuncia al ejercicio del derecho, según hemos dicho. La conformidad no puede resultar eficaz, si no aparece como manifestación de la autonomía de voluntad del acusado o ejercicio de la libertad y desarrollo de la propia personalidad proclamada en el art. 10.1 de la Constitución¹⁰. Por ello, el Juez o Tribunal deberá ser extremadamente escrupuloso a la hora de comprobar si el acusado ha sido consciente y libre en el momento de aceptar la conformidad.

⁷ DEL MORAL, A.: «La conformidad», cit.

⁸ RODRÍGUEZ GARCÍA, N.: «La conformidad de las personas jurídicas...», cit.

⁹ CÓRDOBA RODA, J.: «Las conformidades entre acusación y defensa, en los procedimientos penales y el problema de la renuncia al derecho», en *Diario La Ley*, nº 7898, Sección Tribuna, 10 de julio de 2012.

¹⁰ MOLINA GIMENO, F.J.: «La imposibilidad de conformidad parcial...», cit.

N. RODRÍGUEZ GARCÍA cierra su artículo antes citado con la siguiente reflexión: «Tanta legalidad como sea posible y tanta oportunidad como sea necesaria, pero sin saltar las barreras infranqueadas que en el Estado de Derecho representan la presunción de inocencia, el debido proceso y la seguridad jurídica»¹¹. Loable propósito, pero de difícil cumplimiento por la renuncia al ejercicio del derecho que la conformidad entraña. Es evidente que la presunción de inocencia deja de operar respecto de quien se conformó con la acusación y que no es posible ya reclamar la vigencia del derecho al debido proceso cuando se ha renunciado a la celebración del juicio oral, que representa siempre el momento estelar del mismo. Como dice la STS de 13 de junio de 2017 la conformidad es «un medio para poner fin al proceso, es decir una situación de crisis del mismo, mediante la cual se llega a la sentencia, sin previo juicio oral y público, y de modo acelerado».

III. CONFORMIDAD Y CONFESIÓN

La STS de 13 junio 2017, que se acaba de citar declara que la conformidad «no es un acto de prueba, sino un medio para poner fin al proceso». Y añade: «La conformidad es una declaración de voluntad de la defensa, que no constituye confesión».

La STS de 21 de marzo 2005 abunda en lo mismo: «La Sala no comparte este punto de vista, dado que se basa en una total equiparación de la conformidad con la prueba de confesión. Sin embargo, la conformidad expresada en el proceso no debe ser equivalente a la prueba de los hechos mediante confesión, dado que no se basa en un expreso reconocimiento de la autoría, sino en la presión que ejercía en el caso concreto sobre la defensa y el acusado el riesgo de ser sometido a una pena mayor ante la situación de imposibilidad de conseguir otras pruebas –que, como se vio existían– y en el caso de que no se le creyera su versión de los hechos –que como se vio era real–, no tuviera ningún otro elemento para contradecir la acusación».

Desde el punto de vista formal la conformidad se diferencia de la confesión en que ésta va acompañada habitualmente de un interrogatorio pormenorizado. La mencionada STS de 13 de junio de 2017, con cita de la SSTST de 7 de abril de 2014 y 8 de febrero de 2017, declara que «debe distinguirse entre una declaración detallada y minuciosa sobre los hechos, propia del interrogatorio del acusado practicada en el juicio oral, con la mera conformidad y el reconocimiento de los hechos respecto de la acusación contra él formulada».

Como no es ningún medio de prueba, la conformidad con los hechos que relata la acusación no acredita que los mismos sean ciertos. Lo cual quiere decir –como subraya Córdoba– que las sentencias dictadas de conformidad no se sustentan en hechos probados, sino en **hechos conformados**¹², que no son fruto de una investigación orientada al descubrimiento de la verdad material, sino de la conveniencia que mueve a la acusación y al acusado.

La conveniencia gobierna las conformidades, que en definitiva, se sustentan en una concurrencia de conveniencias, la del acusado y la del Fiscal.

¹¹ RODRÍGUEZ GARCÍA, N.: «La conformidad de las personas jurídicas...», cit.

¹² CÓRDOBA RODA, J.: «La conformidad entre acusación y defensa...», cit.

Lo que mueve al acusado a conformarse no es el propósito de reconocer que ha cometido los hechos que le atribuye el Fiscal, sino la suposición, acertada o no, de que le es más conveniente conformarse, que celebrar el juicio¹³. Suposición que confrontará, lógicamente con el consejo de su Abogado, concededor del devenir del proceso y quien, en su caso, puede pronosticar lo que podrá suceder en el juicio. El acusado no tiene la obligación de explicar las razones de su suposición y, por tanto, nadie tiene derecho a exigirle que las exponga.

Por su parte, el Fiscal, al conformarse procura hacer realidad la recomendación de la ya citada Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989: «agotar al máximo el cumplimiento del espíritu de la ley, especialmente en los delitos de menor entidad, adoptando posiciones estratégicas en el proceso que fomenten la conformidad de los acusados y eviten la carga procesal de la celebración del juicio».

La STS 12 de julio de 2006 señaló que el sometimiento del acusado a la petición del acusador implica, desde la perspectiva constitucional:

- a) *Una manifestación de la autonomía de la voluntad y ejercicio de la libertad y desarrollo de la propia personalidad proclamada en la Constitución, art. 10.1.*
- b) *Una actitud resocializadora que facilita la reinserción social, proclamada como fin de la pena, art. 25.2 de la Constitución, que en lo posible no debe ser perturbada por la continuación del proceso y el estigma del juicio oral.*

Acabamos de indicar que la conformidad es manifestación de la autonomía de la voluntad y ejercicio de la libertad y el avance de esta indicación aconseja exponer ya los requisitos que la conformidad debe reunir para que cobre eficacia.

IV. REQUISITOS QUE DEBE REUNIR LA CONFORMIDAD PARA QUE RESULTE EFICAZ

La STS de 1 de marzo de 1988 declaró:

«La referida conformidad, para que surta efecto, ha de ser necesariamente, **absoluta**, es decir, no supeditada a condición, plazo o limitación de clase alguna, **personalísima**, es decir, dimanante de los propios acusado o acusados o ratificada por ellos personalmente y no por medio de mandatario, representante o intermediario, **voluntaria**, esto es consciente y libre, **formal**, pues debe reunir las solemnidades requeridas por la Ley, las cuales son de estricta observancia e insubsanables, **vinculante**, tanto para el acusado o acusados, como para las partes acusadoras, las cuales, una vez formuladas, han de pasar necesariamente tanto por la índole de la infracción como por la clase y extensión de la pena mutuamente aceptada... y finalmente, de **doble garantía**, pues se exige inexcusablemente, anuencia de la defensa y subsiguiente ratificación del procesado o procesados.»

La STS de 13 de junio de 2017 reproduce el mencionado repertorio, con expresa cita de la STS de 1 de marzo de 1988.

El listado merece hoy algunas precisiones¹⁴:

¹³ CORDOBA RODA, J.: «La conformidad entre acusación y defensa...», cit.

¹⁴ Cf. RODRÍGUEZ GARCÍA, N.: «La conformidad de las personas jurídicas...», cit.

Así, la exigencia de que la conformidad ha de ser **personalísima** no rige, por razones obvias, cuando se trata de personas jurídicas, que han de actuar a través de un representante «necesario» con poder especial.

En cuanto a la característica **voluntaria**, debe tenerse en cuenta que, como declaró la STS de 12 de diciembre de 2011, «en todo caso la validez y aceptación de una posible conformidad tiene que estar precedida de una información minuciosa sobre las consecuencias de su aceptación de los hechos, sin que en ningún caso pueda admitirse una previa velada amenaza o insinuación de posibles consecuencias más graves si no se accede a la conformidad». Información que deberá ser facilitada por el Abogado, el Secretario judicial y por el propio Juez o Tribunal.

En relación con la característica **formal**, el órgano judicial competente deberá efectuar el correspondiente control de legalidad, porque de no cumplirse las solemnidades requeridas, puede, en su día, ser recurrida la sentencia.

Por lo que afecta al carácter **vinculante**, hay que advertir que la Sentencia de conformidad debe ser coincidente con lo pactado sin ninguna agravación, pero el Tribunal sí puede, en cambio, imponer una pena inferior, como ya había admitido la Fiscalía del Tribunal Supremo en sus Memorias de 1896 y 1899 y en su Consulta de 31 de mayo de 1898. No se excluye incluso la absolución, porque «lo que prohíbe la Ley es que se imponga una pena mayor, pero no que no se imponga ninguna» (art. 655 de la LECrim). Sería injusto que, habiendo tomado el Tribunal sentenciador conciencia de que hay base para imponer una pena inferior a la pactada o incluso para absolver, continuar ateniéndose a la pena en su día conformada.

En referencia con la **doble garantía**, el art. 787.4. 2º párrafo de la LECrim dispone que el Juez o Tribunal «podrá acordar la continuación del juicio cuando, no obstante la conformidad del acusado, su defensor lo considere necesario y el Juez o Tribunal estime fundada su petición».

V. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La legislación española utiliza como criterio casi único, para marcar el ámbito de aplicación, la duración de la pena solicitada por las acusaciones en sus escritos de acusación y no la señalada en abstracto por el Código penal para las correspondientes figuras de delito.

1) Procedimiento ordinario por sumario:

Art. 655 LECrim: pena correccional, hasta seis años de prisión.

2) Procedimiento abreviado: Art. 787 de la LECrim: pena que no exceda de seis años de prisión

3) Juicios rápidos: Art. 801 LECrim pena de hasta tres años de prisión, multa cualquiera que sea cuantía u otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años.

4) Juicio por Jurado: Art. 50 LO del Tribunal del Jurado: la pena no podrá exceder de seis años de privación de libertad, sola o conjuntamente con las de multa y privación de derechos.

A los efectos de computar los citados límites, en caso de que las penas sean varias no procede sumarlas, sino que deberán ser analizadas individualmente.

Al no indicarse expresamente nada al respecto, serían admisibles las conformidades en las que se soliciten otras penas distintas a las de prisión sin límite alguno.

Tratándose de personas jurídicas muestra N. RODRÍGUEZ GARCÍA, con razón, su reserva respecto a que en la práctica fuese admitida la pena de disolución (art. 33.7. b), que equivale a la muerte de la persona jurídica, porque del conjunto de la regulación de las conformidades parece deducirse que se excluyen de las mismas los supuestos de especial gravedad¹⁵.

VI. MOMENTOS PROCESALES PARA PLANTEAR LA CONFORMIDAD

Varían según la clase de procedimiento.

En el procedimiento ordinario el primer momento en que el acusado puede ofrecer la conformidad se produce en la fase intermedia al recibir las calificaciones provisionales de las acusaciones, el acusado puede en su escrito de defensa expresar su conformidad con la acusación que, en su caso, hubiere calificado más gravemente (Art. 655 LECrim). Y vuelve a poder hacerlo al comienzo de las sesiones del juicio oral cuando el Presidente del Tribunal le pregunte si se confiesa reo del delito que se le imputa en el escrito de calificación (Art. 688 LECrim).

En el procedimiento abreviado, una vez abierto el juicio oral, la defensa en su correspondiente escrito, firmado también por el acusado, podrá manifestar su conformidad con la acusación en los términos previstos en el art. 787 (Art. 783.3) En el segundo párrafo del mismo apartado 3 del art. 783 se dispone: «Dicha conformidad podrá ser también prestada con el nuevo escrito de calificación que conjuntamente firmen las partes acusadoras y el acusado junto con el Letrado, en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 787.1». Este último precepto establece:

«Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrá pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior. Si la pena no excediere de seis años de prisión, el Juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad con la manifestada por la defensa, si concurren los requisitos establecidos en los apartados siguientes.»

En el procedimiento previsto para los juicios rápidos, el art. 801.1 LECrim, señala que sin perjuicio de la aplicación en dicho procedimiento del art. 787, «el acusado podrá prestar su conformidad ante al juzgado de guardia y dictar éste sentencia de conformidad», cuando concurren los requisitos indicados en los párrafos y apartados siguientes del mismo art. 801.

La sentencia de conformidad dictada en estos casos oralmente conllevará, por imperativo legal, la imposición de la pena solicitada «reducida en un tercio aun cuando suponga la imposición de una pena inferior del límite mínimo previsto en el Código Penal».

Se trata de la llamada **conformidad premial o privilegiada**.

Por su parte, la Ley del Jurado en su artículo 50 contempla la conformidad de las partes como causa de disolución del jurado. El único momento para plantearla es el de la formulación de

¹⁵ RODRÍGUEZ GARCÍA, N.: «La conformidad de las personas jurídicas...», cit..

conclusiones definitivas. La actuación de referencia será la del escrito de calificación o la que figure en el que se presentase en el acto, suscrito por todas las partes y que no podrá incluir otros hechos que los objeto de juicio ni calificación más grave que la incluida en las conclusiones provisionales.

VII. CONFORMIDAD PARCIAL

La exigencia de que la conformidad para que surta efecto ha de ser total, en el sentido de que cuando sean varios los acusados deberán prestarla todos ellos, aparece ya prevista, para el procedimiento ordinario, en la versión inicial de la LECrim de 1882 (art. 697 y concordantes). Exigencia que el vigente art. 782.2 extiende al procedimiento abreviado, al requerir para dictar sentencia de conformidad que ésta haya sido aceptada por «todas las partes».

Sobre esta exigencia, que requiere que la conformidad haya sido prestada por todos los acusados si son varios y, en su caso, comprenda a todos los delitos cuando la acusación sea pluri-delictiva, existe una doctrina jurisprudencial muy firme y reiterada. Cito, por todas, las SSTs de 11 de febrero de 2011 y la ya anteriormente mencionada de 13 de junio de 2017.

En esta última se declara:

- Por imperativo del Art. 697 de la LECrim «Se requiere que la adhesión al acta acusatoria del Ministerio Fiscal provenga de todos y cada uno de los acusados, si todos se confiesan reos del delito o delitos que les hayan sido atribuidos en los escritos de calificación».
- El supuesto de que alguno o algunos de los acusados no manifiesten su conformidad «conducirá –dice la STS de 13 de junio de 2017– a una determinación de los hechos probados, no en razón de esa especie de disponibilidad “sui generis” del objeto procesal, sino sobre la base de la subsiguiente actividad probatoria desarrollada en el juicio con observancia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad. De modo que una conformidad expresada por sólo parte de los acusados resulta irrelevante para determinar el sentido de la sentencia que en tal caso habrá de ser para todos los acusados –incluso para los que expresaron la conformidad– el resultado de un juicio contradictorio exactamente igual que si la conformidad no se hubiese manifestado por ninguno, y así las conformidades expresadas sólo por algunos devienen intrascendentes si faltan las de los demás, diluyéndose aquellas en el ámbito de la actividad probatoria total, a valorar en consecuencia por el Tribunal de instancia».

La misma Sentencia concluye:

- «La sentencia que ponga término a un proceso en el que existía una pluralidad de imputados ha de ser el resultado, bien de la apreciación de las pruebas desarrolladas en el plenario, bien de la aceptación del escrito de acusación por parte de todos los imputados.»

Por su parte, la STS de 11 de febrero de 2011 fija el objeto del correspondiente recurso en «la impugnación hecha valer por los acusados que, habiendo exteriorizado su conformidad con el acta de acusación del Ministerio Fiscal, vieron cómo el resultado de las pruebas conducía a la

absolución de aquellos que habían negado su participación en los hechos provocando la continuación, sólo para ellos, del Juicio». Esta Sentencia, partiendo de la doctrina que luego reproduce, en muchos pasajes literalmente, la de 13 de junio de 2017, previa declaración de que la estimación de conformidad y la rectificación de los hechos probados efectuada mediante aclaración, han vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, casa y anula la Sentencia de Instancia y acuerda que la absolución beneficiará a todos los que resultaron condenados en la Sentencia recurrida.

Por el camino, la STS 11 de febrero de 2011 invoca como precedente la de 27 de julio de 1998, confirmada por la SSTS de 9 de marzo de 2006 y 9 de septiembre de 2005, y asegura que la solución ofrecida por ellas «es acorde con el significado de la conformidad, entendida ésta como fórmula jurídica puesta al servicio del principio de consenso en el ámbito del proceso penal. La unanimidad entre los acusados constituye una exigencia que algún tratadista clásico justificó ante la necesidad de preservar la continencia de la causa, evitando la posibilidad de sentencias contradictorias. Incluso, desde una perspectiva inspirada en el más absoluto pragmatismo, carece de sentido que el desenlace de la conformidad, en aquellos casos en los que no está compartida por todos los imputados, implique la continuación del juicio para los no conformes, eludiendo los beneficiosos efectos que el legislador asocia a la evitación del juicio oral. En definitiva, la sentencia que ponga término a un proceso en el que exista una pluralidad de imputados ha de ser el resultado, bien de la apreciación de las pruebas desarrolladas en el plenario, bien de la aceptación del escrito de acusación por parte de todos los imputados». Alternativa que, como hemos visto, reproduce la STS de 13 de junio de 2017.

Es cierto, y con esta consideración concluyo este apartado, que la aceptación de la conformidad manifestada por algunos acusados, una vez reanudado el juicio, puede resultar inconveniente para la defensa de los que no se conformaron. Sobre este supuesto se pronunció la STS de 7 de mayo de 2014, que desestima el recurso en el que el recurrente había invocado como infringido su derecho a la tutela judicial efectiva y protestado por el desarrollo procesal del enjuiciamiento, porque 15 de los coimputados se habían conformado en su día, lo que colocó al recurrente, que no se había conformado, en una situación difícil. La respuesta desestimatoria de la citada Sentencia se fundamenta en que el juicio, reanudado por no ser total la conformidad, se celebró contra todos, incluidos los que se habían conformado y en segundo lugar señala que la referida situación es ajena a la jurisdicción. «Las estrategias procesales de las defensas... son ajenas a la administración de justicia por más que coloque en una situación procesal difícil al acusado que no se ha conformado respecto a unos hechos en los que su participación es similar a la de los conformados.»

VIII. SINGULARIDADES DE LA CONFORMIDAD PREMIAL

MOLINA GIMENO, después de observar que en LECrim se sigue tomando como paradigma la vetusta regulación prevista para el procedimiento ordinario, también llamada «conformidad ordinaria», con algunas adecuaciones periféricas para el procedimiento abreviado y el del Tribunal del Jurado, se plantea oportunamente la cuestión de si en la nueva denominada **conformidad premial**, introducida por Las leyes 8 y LO 38/2002, puede admitirse

la conformidad parcial, «pues se hace harto difícil conjugar la centenaria prohibición de la conformidad parcial del artículo 697, con la reciente regulación de la conformidad premial o privilegiada».

MOLINA GIMENO expone su respuesta en los siguientes términos: «Es patente que a tenor de lo expuesto cabe preguntarse si el reenvío que hace el art. 801 puede interpretarse como excluyente de la conformidad parcial también para el enjuiciamiento rápido de delitos, o por el contrario, debe entenderse que lo que enfatiza el mentado artículo es que sin perjuicio de ser posible la conformidad en el acto del juicio (art. 787 LECrim), prevista para el procedimiento abreviado, también en el juicio rápido, se introduce una nueva posibilidad de conformidad de singulares condiciones ante el Juzgado de Guardia, que no está prevista para ningún otro procedimiento. Entiendo que de la lectura literal de los preceptos aludidos, parece que es este segundo sentido el que impera en la remisión normativa y, por ello, la prohibición legal de la conformidad parcial parece que no pueda predicarse sin más del engarce entre los dos artículos, circunstancia que abonaría el terreno para la operancia en el enjuiciamiento rápido de posibles conformidades parciales»¹⁶.

Interpretación que me parece razonable y que concuerda con todas las singularidades que presenta el artículo 801, empezando por la nada desdeñable de que convierta al Juez instructor en órgano de enjuiciamiento, continuando por que la reducción de la pena no es fruto del pacto entre acusado y acusación, sino que la fija imperativamente la ley y finalizando porque la reducción de un tercio de la pena solicitada habrá de aplicarse, aunque suponga una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal.

Sobresalientes singularidades que han llevado al Tribunal Supremo a declarar que «la conformidad premial o privilegiada constituye una auténtica atenuante privilegiada, con una eficacia especial, la reducción de un tercio de pena fijada por la acusación» (SSTS 12 julio de 2006 y 13 junio 2017).

Todo ello al margen de que el rechazo de la conformidad parcial, que conlleva dejar pendiente la celebración del juicio para todos frustraría las finalidades perseguidas con los juicios rápidos.

IX. CONFORMIDAD ENCUBIERTA

Se trata de una figura acuñada por el Tribunal Supremo para referirse a aquellos supuestos en los que, partiendo de una confesión del reo previamente pactada, se celebra un juicio contradictorio fingido, puramente ficticio, vacío de contenido y que solo pretende eludir las limitaciones legales, por ejemplo los límites relativos a la gravedad de la pena susceptible de ser conformada.

De, interés al respecto las SSTS de 7 de abril de 2016 y 27 de octubre del mismo año.

En el caso enjuiciado en la primera la pena consensuada fue de 14 años y tres meses de prisión, que excede de modo manifiesto del límite señalado en el art. 655, penas correccionales, que son las que no superan los 6 años de privación de libertad. El Tribunal Supremo analiza el desarrollo del juicio oral y observa que el trámite simplificado seguido coincide con el propio de los juicios de conformidad.

¹⁶ MOLINA GIMENO, F.J.: «La imposibilidad de conformidad parcial...», cit.

En consecuencia concluye el TS «nos encontramos ante una sentencia de conformidad, que podríamos calificar de conformidad “encubierta” por la confesión del reo, previamente concertada, practicada en un aparente juicio oral». Sentencia de conformidad dictada «contra legem» en un supuesto no permitido por la Ley, por lo que se ha vulnerado el principio de legalidad, lo que determina la nulidad de la sentencia y del juicio por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

La posterior sentencia de 27 de octubre de 2016 hace suya y ratifica la doctrina y la terminología establecida en la de 7 de abril del mismo año, que acabamos de comentar.

X. CONFORMIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

A ella se refiere el art. 787.8 LECrim.

Dada la naturaleza de la persona jurídica, es obvio que su conformidad habrá de ser prestada por un «representante especialmente designado», que habrá de contar desde el punto de vista material con la autorización expresa de los órganos de gobierno de la persona jurídica y, desde la perspectiva formal, deberá comparecer con poder especial, en el que conste concreta y explícitamente el mandato para manifestar la conformidad en el correspondiente procedimiento.

Para evitar la aparición de conflicto de intereses, el designado deberá ser alguien que no esté implicado en los hechos objeto del procedimiento. Puede serlo quien ya venía actuando como representante de la sociedad en trámites anteriores en el mismo procedimiento o cualquier otro u otros que, por diversos motivos, le hubieran sustituido.

El apartado 8 del citado art. 787 en su inciso final dispone: «Dicha conformidad, que se sujetará a los requisitos enunciados en los apartados anteriores, podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos».

Disposición que evidencia la voluntad de la ley de que el contenido de la conformidad manifestada por la persona jurídica no surta efectos en el juicio que se celebra contra las personas físicas acusadas, que en su día obraron vinculados con la persona jurídica por alguna de las relaciones mencionadas en el art. 31 bis.1 del CP.

N. RODRÍGUEZ GARCÍA en los casos en que el representante no haya sido designado o, en su caso, no haya comparecido, propone, para evitar que la persona jurídica pierda los beneficios de una posible conformidad, que el procurador, asuma la función del representante necesario, si en el poder otorgado para representar a la persona jurídica en juicio consta de manera expresa la facultad de conformarse¹⁷. Lo que resulta discutible, porque el tenor literal del art. 787.8 no está al servicio de intereses puramente formales, sino sustantivos, como suele suceder cuando se trata de trasladar a la persona jurídica instituciones pensadas originalmente para las personas físicas, como es el caso, que requiere, cuando de ello se trata, que la aceptación de la conformidad ha de ser «personalísima», con exclusión de cualquier representante. Lo que aconseja recomendar al Juez o Tribunal que controle con especial rigor el cumplimiento de todos los requisitos legales.

¹⁷ RODRÍGUEZ GARCÍA, N.: «La conformidad de las personas jurídicas...», cit..

Por eso en el supuesto planteado de ausencia de representante necesario, sería incluso conveniente que el Juez o Tribunal requiriese a la sociedad de oficio. Sin perjuicio, claro está, de que el Procurador o/y el Abogado, antes de cualquier otro deban comunicar fehacientemente a la persona jurídica el vacío para que, si quiere obtener las ventajas de la conformidad, lo subsane.

XI. INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN CONTRA SENTENCIAS DICTADAS DE CONFORMIDAD Y SUS EXCEPCIONES

Al respecto, el Tribunal Supremo ha establecido una clara y firme doctrina, que recogen, entre otras, las SSTS de 11 de febrero de 2011 y 13 de junio de 2017, ya reiteradamente citadas, que se pronuncian en idéntico sentido.

La regla general considera que son inadmisibles los recursos de casación interpuestos contra sentencias de conformidad, por carecer manifiestamente de fundamento. Este criterio se apoya en que la conformidad del acusado con la acusación, avalada por su letrado defensor, comporta una renuncia implícita a replantear, para su revisión por el Tribunal casacional, las cuestiones fácticas y jurídicas que ya se han aceptado, libremente y sin oposición. Las razones de fondo que subyacen en el mencionado criterio –añade el Tribunal Supremo, SSTS 2 de enero 2001 y 6 abril 2001– pueden concentrarse en tres:

- 1) El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, impugnando lo que ha aceptado, libre, voluntariamente, sin oposición y con el asesoramiento jurídico necesario.
- 2) El principio de seguridad jurídica, fundamentado en la regla «**pacta sunt servanda**», que se conculcaría de aceptarse la posibilidad de no reconocer lo pactado.
- 3) Las posibilidades de fraude, derivadas de una negociación dirigida a conseguir, mediante la propuesta de conformidad, una acusación y una sentencia más benévolas, para posteriormente impugnar en casación lo previamente aceptado, sin posibilidades para la acusación de reintroducir otros eventuales cargos más severos, renunciados para obtener la conformidad.

Sentada en los anteriores términos la regla general de la inadmisibilidad, el Tribunal Supremo advierte que esta regla general está condicionada a una doble exigencia:

- 1) Que se hayan respetado los requisitos formales, materiales y subjetivos legalmente necesarios para la validez de la sentencia de conformidad.
- 2) Que se hayan respetado en la sentencia los términos del acuerdo.

Cuando se incumple cualquiera de estas exigencias, la regla general de la inadmisibilidad cede y el recurso resulta procedente, que es lo que sucede, por ejemplo:

- 1) Cuando no se han respetado las exigencias procesales establecidas (doble garantía, falta de asistencia del Abogado), cuando se invoque un vicio de consentimiento como el error, o cuando se sostenga que la pena conformada excede los límites legalmente señalados.
- 2) Cuando no se respetan los términos de la conformidad bien en el relato fáctico, en la calificación jurídica, bien en la penalidad impuesta.

Finalmente –el Tribunal Supremo recuerda– que la admisión del recurso «no determina la decisión que en su momento haya de adoptarse sobre su estimación, pues el Tribunal sentenciador, por ejemplo, no pierde sus facultades de individualizar la pena en cuantía inferior a la solicitada (SSTS 4 diciembre 1990 y 24 marzo 1983)».

XII. CONSIDERACIÓN FINAL

No seré yo quien niegue la utilidad de las conformidades en el proceso penal, que la tienen y que es lo único que justifica la existencia de las mismas. Pero de ahí a mostrar entusiasmo, como el que percibo en algunos, o ver en su ampliación la panacea para remediar en el futuro males que aquejan hoy al proceso penal, como se deduce del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 o del borrador del Código Procesal Penal de 2013, va un trecho. Entusiasmo no, acaso resignación, porque las conformidades no salen gratis. Conllevan siempre una «renuncia al derecho», lo que JUAN CÓRDOBA, siempre maestro, elevó ya al título de su citado artículo sobre la materia para que estuviese claro desde el principio: «Las conformidades entre acusación y defensa en los procedimientos penales y **el problema de la renuncia al derecho**».

Por eso me parece muy pertinente el recelo que expresa con toda claridad la STS 11 de febrero de 2011, dictada bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. MANUEL MARCHENA, actual Presidente de la Sala Segunda:

«El sentido de tales mecanismos procesales de fiscalización es perfectamente congruente con la necesidad de poner límites a una condena penal que no encuentra otra forma de legitimación que el allanamiento del acusado a la petición de pena que contra él se formula. Es lógico, pues, el recelo hacia una forma de administrar justicia que se rinde ante exigencias pragmáticas y que entroniza el principio del consenso, desplazando otras ideas clave como el principio de contradicción, con la consiguiente estructura dialogal del proceso penal, y la necesidad de que el reproche penal sea el resultado de una apreciación probatoria verificada por un órgano jurisdiccional que ha de valorar los elementos de cargo y de descargo ofrecidos por las partes.»

