

# **Cuestiones procesales que plantea la imputación de las personas jurídicas**

**~M.<sup>a</sup> Luisa Álvarez-Castellanos Villanueva~**

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Socia FICP.

## **I. INTRODUCCIÓN.**

La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, se estableció por primera vez en España, con la reforma del Código Penal, Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio.

En virtud de las recomendaciones internacionales, y más concretamente de la Unión Europea, cuyo ordenamiento jurídico se ha convertido a día de hoy en parte integrante de nuestra realidad política y social.

Pese a que con la anterior regulación a la reforma del Código Penal 2010, España ya cumplía con todos los compromisos internacionales, en las materias que exigían una respuesta penal clara, para las personas jurídicas, en materias como: la corrupción de menores, pornografía infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, etc....<sup>1</sup>. Ninguno de tales instrumentos requería que tales sanciones para la persona jurídica fueran de carácter penal, pudiendo haber optado el legislador español por un sistema sancionador de carácter administrativo, medidas de seguridad u otras consecuencias jurídico penales de naturaleza diferente a las penas, similar al establecido en países como Alemania o Italia<sup>2</sup>.

Y es por ello que, nuestro legislador, con el objeto de adecuar la normativa a la realidad social, ha optado por introducir la mencionada reforma.

### **Evolución legislativa en nuestro ordenamiento penal.**

En el año 1995, el legislador Español, introdujo en el Art. 129 del Código Penal de 1995, (en adelante CP) una regulación que consideraban como auténtica

---

<sup>1</sup> Convenio para la Protección de los Intereses Financieros de la CE de 26 de julio de 1995, Convención relativa a la lucha contra la corrupción de funcionarios de la CE o de los EE.MM. de 26 de mayo de 1997, Convención OCE sobre la corrupción de oficiales públicos extranjeros en las operaciones económicas internacionales de 17 de diciembre de 1997, recomendación 18/88 de 20 de octubre del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, la Convención de Nueva York de 9 de diciembre de 1999 sobre terrorismo, entre otras, además de la Convención y los Protocolos de Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional.

<sup>2</sup> ECHARRI CASI FJ, "La personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales", Revista La Ley, núm, 7632, Mayo 2011.Ed. La Ley, 2011 pp. 1 y 2. Para este autor se ha optado por un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, frente a un régimen sancionador administrativo, que es el que tienen establecido en Alemania o Italia.

responsabilidad penal accesorias de las personas jurídicas respecto de hechos punibles de sus órganos, las denominadas “consecuencias accesorias”, cuya importancia teórica ha sido mucho mayor que la práctica, en opinión de algunos autores<sup>3</sup>.

En octubre de 2004, con la entrada en vigor de la reforma del CP, introdujo por vía del art. 31.2 un régimen “sui generis” de responsabilidad de las personas jurídicas que avanzaba hacia el calificativo de penal, si bien la Exposición de Motivos hacía referencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo cierto es que la regulación híbrida introducida no permitía certeza alguna a este respecto, la aplicación de este precepto ha sido, hasta su derogación sumamente escasa.

En el año 2006, se presentó un proyecto de Ley de reforma del CP, que si bien no vio la luz, estableció las bases de la reforma introducida en el proyecto del año 2008, finalmente fue aprobada en junio de 2010.

A partir de 2010, hay que imponer una pena no una consecuencia accesoria, ni una multa administrativa.

En España al igual que en otros países y por necesidades político criminales la imputación directamente a la empresa en cuanto a tal, en el caso de cometer directamente un delito en su ámbito, se introdujo del Art. 31 bis del CP (la responsabilidad penal de las personas jurídicas) sin tener en cuenta los conceptos de acción y de culpabilidad recogidos en los Arts. 5 y 10 del CP.

La idea jurídico penal denominada antropológica que identifica al sujeto en el Derecho Penal con la persona individual, ha cambiado y actualmente se encuentra en un momento de cambio profundo que afecta a la idea del sujeto y, por tanto a la teoría del delito. Estamos ante un nuevo contexto en el que el paradigma jurídico lo constituye la idea de sociedad<sup>4</sup>. El individuo como único sujeto del Derecho penal clásico, no se adecua y resulta insuficiente para responder penalmente a la comisión de injustos penales en la sociedad moderna, como sucede con las conductas ilícitas realizadas dentro del marco del Derecho Penal económico, de los delitos ecológicos o de fraudes de subvenciones en el marco del Derecho Comunitario, realizados a partir de una organización empresarial, por una persona jurídica.

---

<sup>3</sup> BACIGALUPO, E, Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de “compliance”, Diario la Ley, núm. 7442, de 9 de julio de 2012.

<sup>4</sup> BAGIGALUPO SAGGESE, S. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ed. Bosch, Barcelona, 1998 pp. 199 y ss. y 353 y ss., en la misma línea la profesora Zúñiga.

Lo cual conlleva que deba reconocerse a la persona jurídica como titular de los principios fundamentales, de un Derecho Penal y Procesal garantista, que deben ser aplicados en consideración a estas nuevas características fundamentales constitucionalmente asumidos.

Siendo las garantías penales y procesales constitucionalmente similares, tanto si nos encontramos dentro de una responsabilidad penal de persona jurídica como si nos encontramos ante entidades o agrupaciones sin personalidad jurídica.

No obstante, la similitud de las sanciones a imponer por vía del Art. 129 del CP. y 31 bis y la gravedad de las mismas obligan, a considerar la posibilidad de aplicar requisitos similares de imputación en ambos casos, ya que una diferencia de trato encontraría difícil justificación en la mera personalidad jurídica.

La inclusión del artículo 31 bis en el Código Penal, responde a la tendencia que puede observarse en la actualidad, sobre el incremento de supuestos de delincuencia empresarial que hasta la precitada reforma, quedaban impunes.

La circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado expresa las razones justificadoras de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, derivado de un mal funcionamiento doloso o culposo de las sociedades, que favorecen la realización de delitos graves o muy graves contra la sociedad.

La exigencia de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tiene como finalidad evitar la impunidad de aquellos que al amparo de la persona jurídica delinquen gravemente.

La ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha reforzado parcialmente el artículo 31 bis y siguientes del Código Penal, que establece que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En conclusión, la responsabilidad de las personas jurídicas se fundamenta en la falta de adopción de las medidas necesarias y útiles para prevenir delitos en el seno de la persona jurídica, los programas de cumplimiento adquieren una enorme trascendencia

en orden a exonerara a las empras de responsabilidad penal por los hechos de otros (personas responsables de delito base)<sup>5</sup>.

El CP ha optado por establecer un criterio de imputabilidad de las personas jurídicas (privadas)<sup>6</sup>.

Y, para los entes que no gocen de aquella se ven relegados al régimen del Art.129 el CP, que en su nueva redacción, contiene unos criterios más laxos que el anterior Art. 129 del CP imponía sanciones a personas jurídicas, como efecto reflejo de la condena penal de ciertas personas físicas, se ha traspasado la concepción que venía siendo habitual que "societas delinquere no potest" *la persona jurídica no puede delinquir*).

## II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El principio inmutable del Derecho Penal Liberal, la posibilidad de que solo el ser humano, la persona física puede cometer delitos y ser sancionada por ellos<sup>7</sup>, llevaba a rechazar todo tipo de responsabilidad colectiva. La autodeterminación del mismo, le hacía ocupar un lugar privilegiado en la sociedad impidiendo que se pudiese renunciar a los principios de punidad individual.

Según SCHMITT, R la concepción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, reside en razones políticas, no jurídicas<sup>8</sup>.

A mediados del siglo XIX, Savigny, lanzaba la teoría de la ficción, intentaba reconducir la idea de la persona jurídica a un punto de vista general que permitía tomar nuevas decisiones<sup>9</sup>.

SAVIGNY y la escuela Histórica del Derecho y la pandectística (la escuela pandectística trataba de analizar los textos del Derecho Romano siguiendo el método de la dogmática jurídica, es decir, buscando la extracción de principios, así como la

---

<sup>5</sup> JUANES PECES, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuadernos digitales de Formación. Consejo General del Poder Judicial 46-2015.pp 9-10.

<sup>6</sup> Artículo 31 1. quinquies, del CP, introducido por LO 1/2015 de 30 de marzo: 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, administrativas.

Cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán sr impuesto las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33.

<sup>7</sup> Criterio establecido en la Revolución Francesa.

<sup>8</sup> BACIGALUPO, S. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ed. Bosch, Barcelona, 1998, pp 373 a 375, con cita de la doctrina alemana, Rebman, Schmitt, entre otros.

<sup>9</sup> Teoría de la Ficción Legal, que ya había sido expuesta con anterioridad por Sinibaldo de Fieschi.

deducción de conceptos nuevos, basados en la abstracción a partir de conceptos anteriores); la escuela germana a la que pertenece, mantenían en la idea de que el hombre es el único sujeto de derechos dotado de existencia real. Todos los demás sujetos, serán puros artificios carentes de contenido y existencia reales.

La persona jurídica sólo tiene existencia de persona en función de un fin jurídico, lo que implícitamente viene a señalar que en la personalidad jurídica todo es jurídico y nada prejurídico. La intervención del Derecho lo es todo, por consiguiente<sup>10</sup>.

Savigny distingue dos clases de personas jurídicas, las naturales o necesarias, el Estado y las artificiales y contingentes, estas últimas precisan de la aprobación estatal.

De todo ello se deriva según Savigny la incapacidad de la persona jurídica para delinquir.

En sentido opuesto GIERKE<sup>11</sup>, defiende la tesis de que el individuo delinque en determinados casos, no como tal, aisladamente, sino en cuanto miembro de una sociedad; puesto que existe una parte social, aparte de la individual y de la llamada vida de relación. En estos supuestos, el sujeto no obra como hombre individual, sino inmerso en la corporación, por lo que será injusto castigar a aquellos como persona natural, cuando han delinquido en ese complejo de la sociedad que forman.

Gierke considera a las asociaciones de personas “igual que al individuo como una unidad vital de cuerpo y alma, que puede transformar en un hecho lo que quiere y lo que ha querido”.

Por ello, las personas jurídicas sólo podrán ser sujeto de Derecho si tiene capacidad de voluntad, y así el sujeto de derechos y obligaciones tiene que ser reconocido por el Derecho objetivo como capaz para ello.

En conclusión la capacidad de ser sujeto de Derecho significa personalidad jurídica, al igual que la persona física tiene voluntad, y esta se expresa a través de sus órganos.

---

<sup>10</sup> SAVIGNY, F.C.: System des heutigen Römischen Recht., Ed. Publisher. Berlín 1840, traducción española de Jacinto Messía y Manuel Poley, Sistema del derecho romano actual. Revista Góngora, tomo IV, pp. 8 y ss. Madrid, 1849.

<sup>11</sup> GIERKE, O.: La personalidad jurídica de los entes morales y del Estado. Berlín 1868. Traducido por Martínez, J.A. Ed. Revista de legislación y jurisprudencia núm. IV, Madrid 1895.

Si la persona jurídica puede contratar, y puede dejar incumplidas sus obligaciones, ¿por qué no ha de poder cometer un delito? Y si la persona jurídica puede cometer un delito, ¿por qué no ha de ser susceptible de una pena?

Es susceptible de sufrir penas como la disolución o abolición, penas pecuniarias, ejecución de bienes. La doctrina de Gierke, tuvo gran influencia, no sólo entre los penalistas germanos (Von Litz, Hafter, Busch), sino en la Escuela francesa (Mestre) e incluso en la doctrina española (Saldaña)<sup>12</sup>.

### **III. ADECUACIÓN PROCESAL**

Las consecuencias procesales de la incriminación de las personas jurídicas, en cuanto sujeto pasivo de un proceso penal.

El nuevo modelo de imputación de responsabilidad penal desde la aprobación de la Ley Orgánica 5/2010 de 23 de junio, atribuye la posibilidad de que la persona jurídica pueda ser imputada conforme a lo establecido en el Art.31 bis de dicho texto penal, y en consecuencia podrá ser condenada en los términos del Art. 33.7 y 66 bis del C.Penal.

Pero, para hacer operativa la participación de las personas jurídicas como sujetos pasivos del proceso penal es necesario adoptar la legislación procesal a este nuevo tipo de imputación penal, las personas jurídicas podrán ser imputadas, acusadas y condenadas penalmente.

La presencia de una empresa en calidad de investigada hizo necesario una modificación de las normas procesales, a fin de dar cabida a esta nueva imputación y garantizar los derechos de la persona jurídica dentro del proceso.

Sólo se puede castigar por una conducta propia, y esa conducta propia de la persona jurídica es lo que de forma genérica, se puede llamar defecto de organización, consistente en la omisión de actuaciones necesarias para evitar la comisión de delitos en el seno de la empresa.

Defecto de organización u omisión de control, fundamenta la imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica, son las únicas conductas a las que el CP otorga relevancia penal en tanto que atribuibles a personas jurídicas.

---

<sup>12</sup> MARTÍNEZ, J.A.: La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Revista de legislación y Jurisprudencia, Madrid 1928, núm. VI, pag.153.

El Consejo General del Poder Judicial, ya advirtió de las serias dificultades<sup>13</sup> de índole procesal que podrían deducirse y que requerían, en su caso las oportunas modificaciones legales.

Se señalaban las siguientes:

La capacidad procesal y la representación en el proceso de los entes sin personalidad.

La representación necesaria de las personas jurídicas, los conflictos de intereses con las personas físicas encausadas.

La designación de postulantes, la asistencia jurídica gratuita a las personas jurídicas y a los entes sin personalidad.

La posibilidad de que la persona jurídica simultanee las posiciones procesales de acusador y acusado.

La extensión de derechos procesales a la persona jurídica.

La conformidad con la acusación, la ausencia y la rebeldía de la persona jurídica.

La posición y los derechos procesales de terceros afectados o los efectos de cosa juzgado material de la sentencia, entre otros.

Con la Ley 37/2011, de 10 de octubre, medidas de agilización procesal, se intento encajar a la persona jurídica en el ordenamiento procesal, sin embargo esta reforma fue insuficiente y fragmentaria, esbozo algunas cuestiones relativas al régimen de competencia de los tribunales, el derecho de defensa de las personas jurídicas, la intervención en el juicio oral la conformidad y la rebeldía, siendo estas cuestiones procesales insuficientes para resolver todas la cuestiones que plantea la imputación de una persona jurídica, dentro del proceso.

### **Modelos procesales comparados**

Resulta en consecuencia necesario proceder a analizar las decisiones adoptada en otros ordenamientos, en los que la normativa procesal es detallada y en los que el legislador ha tomado la iniciativa de definir los supuestos de hecho y preveer las consecuencias jurídicas.

---

<sup>13</sup> Informe del CGPJ de 3 de noviembre de 2006, págs. 47 y 48.

El análisis de la experiencia jurídica comparada permitió comprobar cómo los problemas más habituales de mayor dificultad con aquellos que derivan de la concurrencia de la persona jurídica como las personas físicas, a las que se imputa también otro delito, o con aquellas que ostenta la representación de la persona jurídica en el proceso. Estas dificultades son especialmente relevantes en el ejercicio de los derechos y garantías de la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso.

Lo cierto, es que la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha surtido un efecto penalizador en muchos países europeos hasta hace poco ajenos a la tradicional responsabilidad penal de las personas jurídicas, más propia de los derechos anglosajones.<sup>14</sup>

En Francia desde 1992, aunque en vigor desde 1994,<sup>15</sup> Bélgica desde 1990, la materia se encuentra regulada en el Código Procesal Penal (Titre préliminaire du Code de procédure pénale, TP-CPP) y en el Código procesal penal (Code d'Instruction Criminelle, CIC).

Países Bajos, el Código procesal (Wetboek van Strafvordering, WSV) desde 1976, se encuentra en el Libro IV, Título VI dedicado a los procesos especiales, y entre ellos procesos contra las personas jurídicas.

Con carácter general, los países de nuestro entorno que han incorporado en sus ordenamientos un régimen de responsabilidad de las personas jurídicas, estrictamente penal o de otra naturaleza, han abordado coetáneas reformas de naturaleza procedimental. En algún caso, esas reformas han sido tremendamente parcas, por ejemplo en Francia<sup>16</sup>, el legislador se ha limitado a señalar que las personas jurídicas debían ser tratadas procesalmente y en la medida de lo posible, como las propias personas físicas, previniendo además una figura específica “ *el mandataire de justice*”(apoderado general con facultad para intervenir en juicio) para resolver los conflictos de intereses defensivos que puede producirse entre el legal representante y la corporación.

---

<sup>14</sup> ECHARRI CASI, F. Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal. Diario La Ley núm. 7632, 18 de mayo de 2011.

<sup>15</sup> Code de procédure pénale, CCP en cuyo libro IV dedicado a los procesos especiales, se introduce el título XVII, la persecución, la instrucción y el enjuiciamiento de las infracciones cometidas por las personas jurídicas.

<sup>16</sup> Código Penal francés en su redacción dada por la ley 9 de marzo de 2004.

En Austria e Italia, se ha optado por el modelo de responsabilidad administrativa de la persona jurídica derivada de un hecho delictivo cometido por una persona física, cuando se puede vincular el delito cometido por la persona física con la persona jurídica, la persona física es autora de un delito y recibe una pena, mientras que la persona jurídica es autora de un ilícito administrativo y recibe una sanción administrativa.

Italia desde el año 2001, en el Decreto Legislativo 231/2001, de 8 de junio, sobre Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica (DLg 231/01).

En Austria se encuentra regulado desde 2005, en una ley especial, la Ley Federal sobre la responsabilidad de entidades por hechos punibles (Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten, VbVG), que regula tanto aspectos sustantivos como procesales. Agrupa la responsabilidad por hechos delictivos.

En Alemania la persona jurídica incurre en responsabilidad, si quienes tienen poder de dirección han cometido un delito una infracción de deberes que recaen sobre la persona jurídica.

La persona jurídica es llevada al proceso penal, en condición de “participante adhesiva” para dar cabida en el proceso penal a los terceros titulares de derechos que se puedan ver afectados por la posible imposición de un comiso y le confiere las mismas facultades procesales que al acusado .

En estos países, la persona jurídica a la que se quiere exigir responsabilidad administrativa se ve inmersa en un proceso penal, al término del cual se le impone una sanción, el proceso seguido contra una persona jurídica es un proceso penal, que termina ante un tribunal penal, puede decirse que es un proceso administrativo *sui generis*, porque se rige por la Ley procesal penal y se le aplican los principios y reglas del proceso penal.

En Chile al igual que en España se sigue el modelo de imputación o culpabilidad autónoma no subsidiaria, por defecto de organización.

#### **IV. ESTATUTO JURÍDICO DE LA PERSONA JURÍDICA**

Como ya hemos apuntado en el apartado III, nuestro ordenamiento ha estado huérfano de regulación procesal penal, desde la aprobación de la reforma operada en el

CP por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio que entró en vigor el 23 de diciembre de 2011 y que introduce en el art.31bis la responsabilidad penal de las personas jurídicas, hasta el 31 de diciembre de 2011, que entró en vigor la Ley 37/2011 de 10 de octubre de medidas de agilización procesal, que de forma fragmentaria comenzó a regular el cauce procedimental para la imputación de las personas jurídicas, exigencia que se venía demandado por los operadores jurídicos desde la incorporación de la imputación a las personas jurídicas.

En un estado Constitucional como el nuestro, el hecho de que el delito sea obra del ser humano, de la persona jurídica o de ambos, no se debe a razones ontológicas ni a la propia naturaleza de las cosas, sino a una decisión de Derecho positivo como principal herramienta, que lo es, de impulso y concreción de una determinada política criminal<sup>17</sup>.

Sin embargo resulta preocupante el escaso o nulo interés con que el legislador afronta las reformas procesales que paralelamente deben acompañar a las modificaciones sustantivas, para que aquellas lleguen a ser viables, de manera satisfactoria. Y las gravísimas consecuencias negativas, no sólo para las personas jurídicas, sino para terceros ajenos a la actividad delictiva. Esta ausencia de una adecuada reforma procesal es sin duda una de las carencias más acusadas de la Ley, así fue puesto de manifiesto por, Moral García A, Hernández García, Echarri Casi F, entre otros.

El informe del Consejo General del Poder Judicial de 26 de febrero de 2009 al Anteproyecto de Ley, indicaba que los instrumentos comunitarios no obligan a una respuesta específicamente penal, sin embargo la opción elegida por nuestros legisladores, ha sido la de los derechos de corte anglosajón. La justificación de este modelo, viene dada, de una parte por las dificultades del Derecho Penal o Procesal Penal, tradicional para identificar y llevar a juicio a los responsables de los hechos delictivos que se comenten en el seno de las grandes compañías<sup>18</sup>.

Declarada la responsabilidad penal de la persona jurídica, y considerada parte pasiva penal en un proceso, hemos de dotarla de un estatuto jurídico, similar al del imputado, pero con las peculiaridades que conlleva y dotar a la persona jurídica de

---

<sup>17</sup> Circular FGE 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del C.P efectuada por la Ley orgánica núm. 5/2010.

<sup>18</sup> Tal y como recoge la Exposición de motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio.

derechos fundamentales y que tales derechos le sean aplicables por su naturaleza, ya que su posicionamiento como sujetos pasivos los coloca en una relación singular con los poderes públicos, que de no ser así podría hacerles de peor condición que las personas físicas imputadas, lo que daría lugar a una importante quiebra de sus derechos y garantías cuando se vean sometidas a un proceso penal.

Siguiendo el modelo estadounidense de Directrices del Ministerio Fiscal para iniciar procedimientos penales contra organizaciones empresariales, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, establece los parámetros a tener en cuenta por los fiscales antes de iniciar una investigación contra una persona jurídica.

Ley 37/2011, de 10 de octubre de medidas de agilización procesal, incorpora las cuestiones relativas a las implicaciones procesales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La determinación del tribunal competente ha de hacerse con sujeción a las reglas generales, en razón a la materia delictiva y a la gravedad de la pena en abstracto.

Será competente territorialmente el tribunal del lugar del domicilio social o el lugar en que se encuentre la sucursal o establecimiento donde desarrolle sus funciones el directivo o empleado donde se comete el delito; se atenderá a la pena legalmente prevista para la persona física, aunque el procedimiento se dirija exclusivamente contra una persona jurídica ( art. 14 bis LECrim).

La citación se hará en el domicilio social de la persona jurídica; y se requerirá a la entidad para que designe un representante, y Abogado y Procurador para el procedimiento, advirtiéndole que de no hacerlo, se le nombrará de oficio.

La Ley de Agilización de Medidas Procesales, que modificó la LECrim, apartándose de los antecedentes de Derecho comparado, ha establecido el criterio de que la persona jurídica deberá nombrar un representante ad hoc para representar a la persona jurídica en un proceso concreto.

La comparecencia se practicará con el representante especialmente designado de la persona jurídica investigada, si no asiste se practicará con el Abogado de la entidad (art. 119.1.a LECr.).

La entidad no puede designar representante a quien haya de declarar en el juicio como testigo.

Si no designa representante el procedimiento se sustanciará con el Abogado y el Procurador.

El estatuto jurídico procesal de la persona jurídica que esta incurso en un proceso, y solicita su personación en el procedimiento, en el que figura en su contra medidas cautelares por tratarse de una entidad mercantil que está siendo investigada en un entramado delictivo, corresponderá al Juez Instructor; esta cuestión que ha sido resuelta por la Audiencia Nacional por Auto de fecha 19 de mayo de 2014<sup>19</sup>.

El juzgado de instructor también deberá pronunciarse expresamente si estamos ante una persona jurídica o si, por el contrario ante una persona instrumental o pantalla, que serían inimputables por carecer de verdadera actividad lícita con relevancia en el tráfico mercantil.

La Audiencia Nacional en su Auto concluye que solo cuando la persona jurídica sean totalmente instrumentales, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos, estaremos ante personas jurídicas puramente simuladas, es decir no reales y por tanto no resultan imputables, en este sentido el TS, en sentencias 154/2016, de 29 de febrero, que constituye la primera condena penal a personas jurídicas<sup>20</sup>.

En el mismo sentido se pronunció la FGE en la Circular 1/2016.

Y para concluir abordaremos la cuestión relativa al estatuto procesal de la persona jurídica y sus garantías procesales, indicar al respecto que goza de los mismos principios del proceso penal que la persona física, en este sentido se ha pronunciado el TS en su sentencia nº 221/2016, de 16 de marzo<sup>21</sup>, independiente del criterio que se

---

<sup>19</sup> AUTO de la Audiencia Nacional Sala de lo Penal Secc 2ª de mayo de 2014 ( rec 128/2014 Pnte. PRADA SOLAESA: entendiendo que corresponde al juzgado instructor durante la instrucción del procedimiento determinar cuál ha de ser la situación y pronunciarse fundada y motivadamente sobre el estatus jurídico procesal de las personas jurídicas afectadas, en la forma legamente, a los efectos de que, dependiendo de las diferentes situaciones procesales que se produzcan puedan ejercer adecuadamente su derecho de defensa.

<sup>20</sup> Sentencia de Pleno Sala II TS 154/2016 de 29 de febrero ( Rec 10011/2015 Pnte. MAZA MARTÍN): "...entiende que la persona jurídica estrictamente instrumental o "pantalla", es decir, la que carece de cualquier actividad lícita y creada, exclusivamente, para la comisión de hechos delictivos, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del art. 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 de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva ....".

<sup>21</sup> Sentencia Sala II TS 221/2016 de 16 de marzo ( Rec 1535/2015 Pnte. MARCHENA GOMEZ). "... la imposición de cualquiera de las penas que no medidas- del catalogo previsto en el art. 33.7 del CP, sólo puede ser el desenlace de una actividad jurisdiccional sometida a los principios y garantías que legitiman la actuación del ius puniende....nuestro sistema, no puede acoger fórmulas de responsabilidad objetiva,

suscriba respecto de la naturaleza de su responsabilidad penal / vicarial o de autorresponsabilidad o, incluso, en relación con las causas que harían excluir dicha responsabilidad y a las que se refieren los apartados 2 y 3 del art. 31 bis. Pueden calificarse como subsistema de circunstancias eximentes, como excusas absolutorias, o causas de exclusión de la culpabilidad o, incluso, como elementos negativos del tipo, pero la controversia no puede condicionar el estatuto procesal de las personas jurídicas como sujeto de imputación penal.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas sólo puede declararse después de un proceso con todas las garantías.

Son dos los sujetos de imputación la persona física y la jurídica, cada uno de ellos responsable de su propio injusto y cada uno de ellos goza de las garantías constitucionales, que no puede vaciar su contenido en perjuicio de uno u otro.

Consecuencia obligada del art. 409 bis de la LECrim, que dispone que *"... 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 responsabilidad de los entes colectivos, 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"*. Los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos. La pregunta es obvia: ¿puede sostenerse que el desafío probatorio que asume el Fiscal no incluye la acreditación de que ese incumplimiento de los deberes de supervisión es grave?

Que la persona jurídica es titular del derecho a la presunción de inocencia está fuera de dudas. Así se ha pronunciado el TS en la STS 154/2016, 29 de febrero, a la que anteriormente hemos hecho referencia. *"...de manera que derecho y garantías constitucionales como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al juez*

---

en las que el hecho de uno se transfiera a la responsabilidad del otro, aunque ese otro sea un ente ficticio. ...la pena impuesta a la persona jurídica sólo puede apoyarse en la previa declaración como probado de un hecho delictivo propio"

*legamente predeterminado, a un proceso con garantías, etc. (...) ampararan 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”.*

## **V. CONCLUSIONES.**

En conclusión, hay que distinguir entre la responsabilidad penal de las personas físicas, y analizar más someramente la de las personas jurídicas, que se edifica sobre la persona física.

Primero necesitamos tener una persona física como responsabilidad penal, a continuación es cuando podemos empezar a plantarnos si existe también responsabilidad penal de la persona jurídica.

La persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un proceso penal, a la que habrá que aplicara las normas comunes sobre el proceso penal teniendo en cuenta que goza de los mismo derechos constitucionales que las personas físicas.

La regulación procesal sobre las personas jurídicas se contiene en la LECrim en las normas comunes procesales reformada por la Ley de Agilización de Medidas Procesales L.A.P (Ley 37/2011) que modifica en parte el régimen común en el ámbito procesal.

Esa declaración, como se desprende del enunciado legal, presupone una imputación formal, previa o simultánea, que ha de dirigirse "*... 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*".

La responsabilidad penal de las personas jurídicas por 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 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.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ECHARRI CASI, F. La persona jurídica y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales. Diario La Ley nº 7632, mayo 2011. Ed. La Ley.

BACIGALUPO ZAPATER, E. La responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de “compliance”. Diario La Ley nº 7442, 9 de julio de 2012. Ed. La Ley.

JUANES PECES, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuadernos digitales de formación. CGPJ 46-2015.

BACIGALUPO SAGGESE, S. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ed. Bosch, Barcelona 1988.

SAVIGNY, F.C. System des heutigen Römischen Recht, Berlin, 1840, Ed. Publisher, Berlin 1840, traducción española de Jacinto Messía y Manuel Poley, Sistema del derecho romano actual. Revista Góngora, tomo IV, Madrid 1849.

GIERKE, O. La personalidad jurídica de los entes morales y del Estado. Berlín 1868. Traducido por Martínez, J.A. Ed. Revista de legislación y jurisprudencia nº IV, Madrid 1895.

DEL MORAL GARCIA. Responsabilidad penal de personas jurídicas. Incidencia procesal. Revista Fiscal nº 53 Madrid 2010.