

LA PERSONA JURÍDICA ANTE EL DERECHO Y EL PROCESO PENAL

OSCAR MORALES

Abogado*

La persona jurídica ante el Derecho y el Proceso penal

Tras décadas de debate científico, el legislador ha decidido incorporar a las personas jurídicas como sujetos penalmente responsables. El nuevo régimen prevé la transferencia de responsabilidad de los representantes legales del ente hasta el ente mismo, siempre que el delito se cometa en provecho de este. Y ambos, individuo y empresa, podrán responder conjunta o separadamente del delito. Esta nueva realidad requiere una adaptación de las reglas del proceso que, aunque tarde, ha tomado cuerpo con la ley de medidas de agilización procesal. Este trabajo reflexiona en torno a los problemas sustantivos y procesales más importantes del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Corporate criminal liability and criminal proceedings

Following decades of academic debate, the legislator has adopted the decision to include corporate criminal liability in the Spanish Penal Code. This new system provides for the transfer of liability from the legal representatives to the legal entity itself if the crime has been committed to benefit the legal entity. Consequently, both the individual and the company may be jointly or separately liable for the crime committed. This new situation requires procedural rules to be adapted which, although a long time in arriving, have finally been implemented by the Law on streamlining and simplifying legal proceedings (Ley de medidas de agilización procesal). This article considers the substantive and procedural problems arising from the new regulations on corporate criminal liability.

1 · INTRODUCCIÓN. REGLAS GENERALES DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES Y DE LAS SOCIEDADES HASTA LA REFORMA DE 2010

1.1 · La regla del actuar en nombre de otro

Hasta la reforma penal de 2010, el administrador de una sociedad así como los miembros de un órgano colegiado de administración respondían (en exclusiva) penalmente por los hechos cometidos a título individual y como consecuencia del ejercicio del cargo que desempeñan. La persona jurídica, incapaz de culpabilidad, quedaba en un discreto segundo plano como responsable civil subsidiaria, con las únicas salvedades que se apuntarán más adelante.

La fuente de responsabilidad del administrador de una sociedad era (y continúa siendo) doble:

- (a) por una parte, responde penalmente por hechos o actuaciones en nombre propio (en su condición de administrador o miembro de un órgano colegiado de administración) que sean constitutivos de delito;
- (b) por otra parte, responde penalmente por hechos o actuaciones imputables directamente a la sociedad (persona jurídica) que administra

y gestiona, cuando el tipo penal correspondiente de la parte especial únicamente permite la autoría de una persona jurídica.

Conviene aclarar el alcance de la letra b). El Código Penal distingue supuestos en los que el administrador podrá ser autor de un específico delito económico¹, de aquellos otros en que el único sujeto activo del delito es la sociedad en sí misma. Como, en principio y hasta la reforma penal operada por LO 5/2010, la sociedad no poseía capacidad de culpabilidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31.1 CP respondía como autor el administrador que actuaba por cuenta de la sociedad. Claro ejemplo de este tipo de delitos lo constituye el delito contra la Hacienda Pública del artículo 305 CP: en el Impuesto de Sociedades, solo la Sociedad era obligada tributaria y solo ella, pues reunía los requisitos para ser considerada autora del delito. Careciendo de capacidad de culpabilidad, respondía en su nombre el administrador que actuaba por su cuenta.

El artículo 31 del Código Penal dispone, expresamente, lo siguiente:

«el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responde-

* Del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Barcelona).

¹ Así, por ejemplo, de los delitos de los artículos 290 a 295 CP, en los que el sujeto activo se circunscribe al «administrador de hecho o de derecho».

rá personalmente aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.»

La regla del artículo 31 del Código Penal constituía, por un lado, una forma de equilibrio entre el apotegma *societas delinquere non potest* y la responsabilidad por el hecho propio de quienes actúan en nombre y por cuenta de una sociedad; y ese equilibrio se alcanza eludiendo los formalismos que imponen las reglas de autoría y participación en delitos especiales. Dado que en ocasiones los requisitos de autoría solo podrían concurrir en la sociedad y esta no podía delinquir, el artículo 31 permite situar dichos requisitos en quien, como individuo, permitió verificar la actuación delictiva de la sociedad en el tráfico jurídico. En definitiva, el artículo 31 era una fórmula jurídica de extensión de la capacidad de autoría².

Dado que el artículo 31 CP ejercía como regla de extensión de autoría, su contenido no podía en modo alguno traducirse como una presunción objetiva de autoría del administrador que ignore o desconozca el principio de culpabilidad³. Antes bien, para que el precepto pudiera operar era precisa la concurrencia de los siguientes requisitos:

- la acción típica constitutiva del delito se debía haber llevado a cabo en nombre y por cuenta de la sociedad;
- el administrador debía ostentar poder de decisión sobre la acción u omisión que causó el daño;
- el administrador debía cumplir los requisitos de culpabilidad.

En definitiva, debe acudir igualmente a las reglas generales de imputación en cuanto a realización de

los elementos del tipo, autoría, participación (entendidos como dominio funcional del hecho, pues formalmente no se dan las condiciones), culpabilidad, etc., de modo que el artículo 31.1 CP servía, básicamente, para evitar fraudes de ley penal, impidiendo que determinados delitos quedaran impunes por falta de autor.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la regla del actuar en nombre de otro presenta siempre un interrogante fundamental: ¿quién está legitimado para asumir la posición de la sociedad? Pues, del mismo modo que no será posible otorgar la capacidad potencial de autoría a quien únicamente es un mero representante sin funciones atribuidas ni relación con el hecho, ¿sería posible otorgar la condición potencial de autor mediante la regla del artículo 31 a quien, *contrario sensu* ejecuta materialmente el hecho sin representación *formal*?

A esta cuestión, un sector de la doctrina respondía positivamente, aludiendo a lo que se conoce como *dominio social del hecho*⁴. De manera que quien asume fácticamente la posición del autor, aun careciendo de las condiciones exigidas en el tipo para serlo, y con el consentimiento y medios a su alcance puestos a su disposición por el *intraneus* (en nuestro caso, la sociedad), adquiere la condición potencial de autoría a través de la regla del artículo 31 CP.

1.2 · La responsabilidad solidaria del pago, por la persona jurídica, de la pena de multa impuesta al autor

En este contexto de proyección de las reglas de autoría al que actuaba en nombre de otro (de la persona jurídica), el artículo 31 CP fue objeto de reforma mediante LO 11/2003, incorporándosele entonces un párrafo segundo, según el cual: «*En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.*».

² La doctrina es casi unánime en este punto; *vid.*, por todos, L. Gracia Martín: *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, vol. II, 1986, pág. 83; C. Martínez-Buján Pérez: *Derecho penal económico*, 2003; E. Bacigalupo Zapater: «Responsabilidad penal de los órganos directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en lugar de otro)», en M. Cobo del Rosal (dir.): *Comentarios a la legislación penal*, t. 5, vol. I, Madrid, 1985, pág. 315.

³ De modo claro, ya, Quintero Olivares/Muñoz Conde: *La reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983, pág. 104, en relación con el artículo 15 bis del CP/1973, gemelo al actual. En idéntico sentido, I. Ayala Gómez: *El delito de defraudación tributaria: artículo 349 del Código penal*, Madrid, 1988, pág. 263. También la jurisprudencia tiene claro este extremo. *Vid.*, al respecto, entre otras, SSTs de 2 de marzo de 1988 y 10 de noviembre de 1993.

⁴ L. Gracia Martín: *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, vol. I, 1985, pág. 392 y 383; le sigue, J. A. Choclan Montalvo: «La responsabilidad de la persona jurídica y de los administradores por la actuación en su nombre», en L. A. Soler Pascual (dir.): *Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los consejos de administración. Actuar en nombre de otro, Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. 91, 2006, pág. 28.

La introducción de este precepto generó un importante debate, dada la confusión del redactado y las posibles implicaciones que podía acarrear. Téngase en cuenta que, a la vista de su tenor literal parecía estar introduciéndose una regla específica de responsabilidad penal de la persona jurídica sin cláusula general previa que habilitase dicha responsabilidad. Sin entrar ahora en el fondo de aquel debate, dada la naturaleza de este trabajo, el consenso acaba en lo siguiente:

(i) La sociedad podía responder solidariamente de la pena de multa impuesta al administrador. Hasta la modificación señalada, la falta de capacidad de acción y culpabilidad de la sociedad, significaba que esta solo podría ser responsable civil subsidiaria del hecho delictivo cometido por el administrador. Desde entonces, en el caso de un delito fiscal sobre el Impuesto de sociedades, imputado al administrador que actuaba por cuenta de la sociedad, la sociedad se convertía no solo responsable civil de la cuota tributaria defraudada, sino también responsable penal directo y solidario de la pena de multa (del tanto al séxtuplo de la cuota defraudada) eventualmente impuesta al autor.

(ii) La sociedad solo respondía solidariamente del pago de la pena de multa en los casos en que fuese necesario acudir al artículo 31.1 CP para imputar al administrador como autor. Es decir, en aquellos casos en que, como sucede en los delitos societarios, el administrador o miembro de un órgano colegiado de administración podía ser autor del delito sin necesidad de acudir a la regla del artículo 31.1 CP no podía imponerse a la sociedad la pena de multa impuesta al administrador.

Más allá de las anteriores consideraciones, no quedaba suficientemente claro del tenor literal del precepto si se trataba de un modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica poco respetuoso con el principio de legalidad (en la medida en que se describe la consecuencia penal que le podría acarrear el proceso, pero no el presupuesto por el cual la persona jurídica debiera soportarlo) o una mera obligación civil de pago de una multa de naturaleza penal.

1.3 · Las consecuencias accesorias

Junto a lo anterior, el Código Penal de 1995 introdujo eufemísticamente un completo sistema de

penas proyectables a la persona jurídica a las que denominó *consecuencias accesorias*. Todo un conjunto de medidas de suspensión de las actividades, cierre de locales, clausura de establecimientos, prohibición de realización de actividades, etc., que, junto con la disposición del artículo 31.2 antes comentada, permitían a los jueces y tribunales condenar (sin eufemismos) sin presupuesto de hecho (o, si se prefiere, sin las condiciones y circunstancias para determinar el hecho imputable a quien las tuviera que soportar). Medidas que por su indefinida naturaleza, sembraron el *desconcierto* doctrinal⁵, solo solventado por su ineficacia, quizá debida a la escasa promoción derivada de esa misma indefinición.

1.4 · Otras fórmulas de responsabilidad penal de la persona jurídica

Junto a los intentos anteriormente descritos del legislador de soslayo la responsabilidad de las *personas morales*, el Código Penal contenía tipos penales en la parte especial en los directamente se preveía la imposición de una pena no prevista en la parte general, a las personas jurídicas. Es el caso del delito del artículo 262 CP, alteración de precios en concursos y subastas públicas, en los que se preveía la imposición «a la empresa por él (scil., el autor) representada, la pena de inhabilitación especial...» Por su parte, el artículo 369.2 CP impone a la «organización, asociación o persona titular del establecimiento una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito...» Se trata de supuestos de imposición directa de la pena sin cobertura general de dicha posibilidad; hipótesis que además se asentaban en el hecho propio de la sociedad y no en una transferencia de la actuación de la persona física, lo que sin modificación de los artículos 1,2 y 10 CP resultaba abiertamente contrario a los principios de legalidad y culpabilidad⁶. En cualquier caso, la previsión de ambos preceptos, suprimida con la reforma operada en 2010, resultó ser puramente simbólica.

⁵ En palabras afortunadas de J. M. Zugaldía Espinar: *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Valencia, 2008, pág. 187, quien además describe de modo prolijo todas las tentativas de racionalización de este híbrido efectuadas en la literatura científica (pp. 188 y ss.)

⁶ Crítico con la disposición del artículo 369.2 CP anterior a la reforma, O. Morales García: «Comentario a los artículos 368 a 378 CP», en G. Quintero (dir.) y F. Morales (coord.): *Comentarios al Código penal español*, 5.ª edición, Pamplona, 2008, t. III, págs. 354 y ss.

2 · LA REFORMA PENAL OPERADA POR LO 5/2010: SOCIETAS DELINQUERE... POTEST!

En este apotegma se contiene la principal novedad de la reforma. Si hasta ahora, a pesar de los intentos más o menos explícitos del legislador, la responsabilidad penal solo podía proyectarse sobre personas físicas, pivotando en torno al dolo y la imprudencia, a partir de la entrada en vigor del texto aprobado en Cortes también las personas jurídicas podrán ser criminalmente responsables, en este caso con el centro de gravedad en torno a la idea de infracción de deberes de control o déficits de organización.

Las personas jurídicas forman embriones (sociedades en formación o incluso, las irregulares), nacen con efectos jurídicos, forman familias (grupos de sociedades), se separan con efectos jurídicos, tributan y por supuesto mueren jurídicamente con efectos jurídicos. Pero hasta ahora, no podían delinquir o ser consideradas autoras de un delito porque para ello debía concurrir un requisito previo: la existencia de un hecho propio bañado de dolo o culpa, es decir, intención o negligencia. Y, las personas jurídicas, podían convivir en el terreno de juego de las personas físicas, actuando permanentemente en múltiples ámbitos del tráfico, pero se mostraban (penalmente) incapaces de realizar un hecho propio con intención o negligencia, de igual modo a como se ha presupuesto siempre su incapacidad de amar o sentir. En realidad, el Derecho penal ha sido hasta ahora descarnado enfrentando a la persona jurídica a su propia realidad: «no actúas sola, necesitas del ser humano». Y solo el ser humano es capaz de hechos propios, por lo tanto solo este puede ser autor penalmente responsable de un hecho propio.

Ahí radica el núcleo del debate y también la paradoja: aceptar o no la idea misma de la metainstitución. O partimos siempre de la *fictio iuris* o no lo hacemos. Pero carece de sentido aceptar mercantil, civil, fiscal o incluso laboralmente la idea de que la persona jurídica actúa por sí misma, con capacidad autónoma de representación de sus propios intereses, soportando ella las consecuencias de sus decisiones para afirmar, a renglón seguido, que la persona jurídica no puede responder penalmente porque para actuar necesita del ser humano, desconociendo con ello la vocación de actuación contraria al ordenamiento penal que una persona jurídica puede desarrollar en el tráfico. Esta paradoja aflora el problema científico en toda su dimensión. Durante decenios la ciencia penal rechazó la idea de que la persona jurídica respondiera por sus actos porque no sabía cómo proyectar sobre ella las

categorías jurídicas pensadas y desarrolladas durante esos decenios para el hombre. Y sobre los fundamentos de un modelo claramente humanista, se ha construido una defensa férrea de la responsabilidad penal individual que dejaba fuera del alcance del Derecho penal a las personas jurídicas. De esas mismas insuficiencias del modelo, nace el debate, también científico, sobre la posibilidad de construir un sistema de responsabilidad respetuoso con los presupuestos históricos del Derecho penal (acción, culpabilidad). Un sistema de responsabilidad que debe ofrecer respuesta con elevado grado de certeza a interrogantes mayúsculos: ¿puede convivir una responsabilidad penal por el hecho propio de la empresa con las bases clásicas de acción y culpabilidad?; ¿pueden sortearse realmente esas dificultades con un modelo propio de la persona jurídica, completamente diferenciado del de la persona física?; ¿puede sobrevivir un modelo de trasposición o transferencia de la responsabilidad de la persona física hacia el ente?; ¿con qué fórmulas de conexión en la transferencia?; ¿pueden -o deben- responder ambas por el mismo hecho?

Como suele suceder, el debate jurídico científico, poco o nada sometido a predicción y trabajo empírico de verificación, puede eternizarse, y el legislador irrumpe en él con elevadas dosis de pragmatismo, zanjando en un pleno discusiones seculares, tomando referencias mixtas del debate previo, en definitiva, implementando como derecho positivo los resultados de una discusión aún no cerrada científicamente.

La implementación de un completo régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica trae causa de diversos compromisos internacionales asumidos por España. Se trata de Directivas o Decisiones Marco en las que se establecen regímenes sectoriales de responsabilidad (medio ambiente, informática, mercado de valores, corrupción en los sectores público y privado, etc.). Estos compromisos obligan a los Estados a incorporar un régimen *suficiente* de responsabilidad de las personas jurídicas. Y aunque ese régimen en las diferentes directivas, Decisiones Marco y Convenios Internacionales no siempre se configura de modo necesariamente penal, en ocasiones solo administrativo, el legislador español, como ya hicieran Francia o Italia, entre otros, ha optado por su implementación en el Código Penal⁷.

⁷ Así, el Convenio del Consejo de Europa sobre cibercriminalidad, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, incorpora

Hasta el momento, la persona jurídica podía verse involucrada en el procedimiento penal bajo tres fórmulas diferentes: (i) como simple responsable civil (directa o subsidiaria) por el hecho cometido por sus representantes o empleados; (ii) como responsable directa y solidaria en el pago de la pena de multa impuesta en sentencia a sus representantes; (iii) como sujeto de las denominadas consecuencias accesorias a la pena impuesta a la persona física y que se encuentran descritas en el artículo 129 CP: clausura o cierre de locales de negocio, prohibición de realización de actividades, etc.

Pero en ningún caso existía un régimen general de los supuestos bajo los cuales la persona jurídica respondiera penalmente y que, ahora sí, se describen prolijamente en el nuevo artículo 31.bis del CP. El nuevo régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica puede sintetizarse como sigue:

i. La responsabilidad penal de la persona jurídica sigue el **modelo de transferencia** o atribución⁸.

un modelo de responsabilidad de la persona jurídica suficiente, que puede venir dado únicamente a través del régimen administrativo. In extenso sobre los compromisos internacionales suscritos por España, G. Quintero Olivares: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas físicas», en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Derecho comparado y Derecho Comunitario*, 2007, págs. 163 y ss.; también en G. Quintero Olivares: «Comentario al artículo 31 bis del Código penal», en G. Quintero (dir.) y F. Morales (coord.): *Comentarios al Código penal español*, 6.ª edición, Pamplona, 2011.

8 El modelo de responsabilidad incorporado al artículo 31 bis en la redacción operada por LO 5/2010 es sustancialmente idéntico al previsto, por ejemplo, en Convenio del Consejo de Europa sobre cibercriminalidad de 2001, anteriormente citado y cuyo modelo de *transferencia* ya fue reconocido, entre otros, por J. M. Silva Sánchez: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Convenio del Consejo de Europa sobre Cibercriminalidad», en O. Morales (dir.): *Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2002, págs. 115 y ss., especialmente 126 y s., refiriéndose al modelo de la *doctrine of identification* (o *alter ego theory*). En la doctrina, entre otros muchos, consideran el modelo del artículo 31 bis como modelo de transferencia, F. Morales Prats: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis, 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129, 130.2 CP)», en G. Quintero (dir.): *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Pamplona, 2010, pág. 54 y ss.; G. Rodríguez Mourullo: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del sistema», *Revista Abogados*, 2010, pág. 39; C. Gómez-Jara Díez: *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. Buenos Aires, 2010, págs. 24 y ss.; también C. Gómez-Jara Díez: «Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en VV. AA.: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, La Ley, 2011, pág. 66; G. Quintero Olivares: «Comentario al artículo 31 bis», *op. cit.*, págs. 368 y ss.

No se castigará a las personas jurídicas por el hecho propio, sino por el hecho cometido por terceros, siempre que se den los siguientes presupuestos: (a) que el delito se haya cometido por los representantes legales y administradores de la compañía, actuando en su nombre o por su cuenta y en su provecho; o (b) que el delito se haya cometido por cuenta y en provecho de la empresa por empleados sometidos a la autoridad de sus representantes legales o administradores como consecuencia de no haberse ejercido sobre ellos el debido control.

El modelo de transferencia constituye un desafío que pone en cuestión la compatibilidad del régimen de responsabilidad con el principio de culpabilidad por el hecho propio, que quedaría satisfecho, según el régimen introducido con la actuación en provecho de la sociedad de quienes tienen la capacidad legal de comprometerla. Adicionalmente, la reforma de 2010 introduce un factor de corrección que trata de evitar una de las críticas más acentuadas en la evolución doctrinal de la configuración del régimen de responsabilidad de las organizaciones: no solo responde quien representa a la sociedad con capacidad de comprometerla, también quienes, sin capacidad de representación, aquellos *sometidos a la autoridad de sus representantes legales* pudieron cometer el hecho en beneficio de la sociedad a consecuencia de defectos organizativos.

Esta ampliación de las hipótesis de atribución penal de responsabilidad a las organizaciones ha dado lugar a un debate no menor en dos direcciones.

La primera y fundamental, de claro cariz sustantivo, se refiere a la necesidad de un título habilitante similar a la regla del actuar en nombre de otro⁹ que legitime la atribución o transferencia en casos en los que ya no es tan clara la vinculación entre hecho y ente. Mientras que la transferencia en los casos en que es un representante legal o administrador quien actúa mantiene un punto de conexión entre persona-órgano-ente, dicha conexión se desvaneces cuando quien actúa es una simple persona física. Se hace patente, como ha reclamado un sector de la doctrina, la determinación específica de la infracción del deber jurídicamente exigible a la persona jurídica en el control de sus empleados o dependientes¹⁰.

9 Por todos, J. M. Silva Sánchez: «La responsabilidad penal...», *op. cit.*, pág. 129, especialmente nota 33.

10 F. Morales Prats: «La responsabilidad penal...», *op. cit.*, pág. 56.

Íntimamente ligado a lo anterior, surge la duda del carácter excluyente o no de la responsabilidad de los entes que hubieren adoptado un completo sistema de prevención y detección del delito, los denominados sistemas de *compliance*¹¹. Duda que se acentúa, como se describirá a continuación con la incorporación de una circunstancia atenuante para aquellos casos en que la empresa, tras la comisión del hecho delictivo, incorpora programas de prevención del delito. *Post hoc, propter hoc*: la tentación de sostener la responsabilidad sobre la base de la mera afirmación del delito por la persona física, pues ello sería demostrativo del fracaso o debilidad de los programas preventivos, estará sin duda presente en el proceso penal. A ello puede contribuir decisivamente la ligereza con que la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado acaba por prescindir de la mayor o menor fortaleza de los sistemas de prevención implementados por la persona jurídica o sus órganos de gestión¹².

Finalmente, no puede perderse de vista que el artículo 31 CP, al permitir hacer responder jurídico penalmente como autor a la persona física que actuaba en nombre y representación de la Sociedad, continúa ejerciendo como cláusula para la cohabitación entre la responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma citada y la de la persona física. Pues, con independencia de que en la actualidad la sociedad pueda ser sometida al proceso penal como sujeto capaz de ser declarado culpable, si se pretende la imputación de quien actuó por su cuenta, será necesario el mantenimiento del

actuar en lugar de otro para sortear las reglas de especialidad que señalan como único autor posible a la persona jurídica en el tipo penal correspondiente.

ii. La **responsabilidad** penal de la persona jurídica no es alternativa, sino **acumulativa** respecto a las personas físicas materialmente responsables del delito. La combinación del régimen general de responsabilidad acumulativa y por transferencia, puede generar severos problemas de *bis in idem* (mismo hecho, idéntico fundamento del castigo y sujeto -el órgano- intercambiable), especialmente intensos en casos de sociedades unipersonales.

iii. Es un **sistema de responsabilidad penal acumulativa corregido**. La persona jurídica podrá ser penalmente responsable *aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella*. Tratan de corregirse así los problemas para sancionar a la empresa en casos de *irresponsabilidad organizada*¹³, es decir, en que la disposición de los cuadros de mando y empleados hace imposible la localización de un sujeto persona física par la imputación penal; y ello, claro, aun a costa de sacrificar la coherencia del sistema. Pues, se quiera o no, la transferencia de la responsabilidad de la persona física por sus actos a la persona jurídica exige la identificación no solo del hecho, también de la persona física que actuó. De manera que la depuración de responsabilidad en la persona jurídica cuando la física no ha sido determinada exigirá un modelo de atribución por el hecho propio. Y en este punto se agudizan todas las contradicciones dogmáticas que han retrasado hasta la fecha la regulación positiva de la responsabilidad jurídico penal de los entes, pues por mucho que estos actúen como entelequias creadas por el ser humano, la determinación de un hecho merecedor de reproche penal requerirá siempre la identificación del hombre de atrás. El puro defecto organizativo no puede sustituir *in totum* el tipo penal de referencia para erigirse en tipo genérico en el que subsumir cualquier conducta de imposible atribución a un individuo.

iv. La responsabilidad penal de la persona jurídica se **exigirá independientemente de los cambios**

11 E. Bacigalupo Zapater: «Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de «compliance»: a propósito del proyecto de reforma del Código penal de 2009», *La Ley*, núm. 3818, 2010, *passim*.; también E. Bacigalupo Zapater: *Compliance y Derecho penal*, Aranzadi, 2011, *passim*. Críticos con la fiebre de implementación de programas meramente soportados por papel, I. Clemente Casas/M. Álvarez Fejoó: «¿Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿y qué forma le doy? (responsabilidad penal de la persona jurídica en la lo 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 28, 2011, págs. 26 y ss. Un análisis asimismo riguroso de los distintos modelos de *compliance* y su significado en los posibles modelos de organización, puede verse en A. Nieto Martín: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, págs. 215 y ss.

12 «En este contexto, resulta indiferente que la conducta de los individuos responda a una guía de cumplimiento propia que, en el mejor de los casos, constituye un ideal regulativo de emanación estrictamente privada», Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por LO 5/2010, pág. 49. Puede consultarse en: www.fiscal.es.

13 J. M. Silva Sánchez: «La responsabilidad penal...», *op. cit.*, pág. 129; sobre este extremo, véase, C. Gómez-Jara: *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005.

que hubiere podido experimentar la empresa, lo que rige, de acuerdo con el artículo 130 CP para casos de fusión, absorción o escisión. Ello obligará a los operadores jurídicos, obviamente a reforzar las garantías en los procesos de *due diligence*, y ello aún a pesar de la menor presión penal que podría recaer en la sociedad resultante de la transformación si consigue probar que no guarda «proporción» con la sociedad original. La extinción encubierta de la sociedad, es decir, aquella que solo trata de evitar la imposición de las penas, no la evitará. Será encubierta la extinción cuando la sociedad continúe con su actividad siendo idéntico el régimen de empleados, clientes y proveedores o semejante al de la sociedad antes de la declaración de extinción.

v. La responsabilidad penal de la persona jurídica incorpora un sistema independiente y propio de **circunstancias modificativas atenuantes**. Se trata en su mayor parte de circunstancias dirigidas a conseguir la rendición de la empresa en el proceso, a saber: a) haber confesado el hecho a las autoridades antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella; b) haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes del hecho; y c) haber procedido a reparar el daño antes de la apertura del juicio oral. También atenuará la responsabilidad penal de la persona jurídica el establecimiento tras el delito y antes del juicio, de los debidos sistemas de control y detección eficaces para prevenir y detectar la comisión de delitos en su propio nombre.

Las circunstancias modificativas que concurren sobre las personas físicas materialmente responsables, no afectará a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

vi. Las **penas imponibles** a las personas jurídicas son siempre graves. El catálogo previsto abarca las siguientes modalidades: a) pena de multa, por cuotas diarias —con máximos de cinco años y 5.000 euros día— o proporcional al beneficio o daño causado; b) disolución, lo que comprende la pérdida de la personalidad jurídica y prohibición de continuar en el tráfico; c) suspensión de actividades por tiempo de hasta cinco años; d) clausura de locales por tiempo de hasta cinco años; e) prohibición temporal -hasta quince años- o definitiva de realización de las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido o favorecido el delito; f) inhabilitación para la obtención de subvenciones o la contratación

con el sector público, así como pérdida de incentivos fiscales o de Seguridad Social; g) intervención judicial, que podrá serlo de la totalidad de la empresa o del negociado en que se cometió; previsión esta que parece estar pensada para grandes corporaciones en cuyo seno puedan sus representantes cometer hechos constitutivos de delito que no afecten a la totalidad de la estructura de la empresa.

vii. La **determinación de la pena** impuesta a las personas jurídicas se ajustará a lo dispuesto en el artículo 66 bis. En dicho precepto, se contienen las bases para mantener las penas en los límites mínimos o máximos o con carácter definitivo en lugar de temporal. Pero ni el artículo 33 CP ni el 66 bis logran evitar los problemas jurídicos que el nuevo catálogo de penas conlleva en relación con instituciones sustantivas y procesales y que el legislador debió advertir y prever.

En efecto y por apuntar aquí solo algunas de esas interferencias, en el plano sustantivo las reglas de prescripción podrían llegar a verse alteradas como consecuencia de la naturaleza grave que el artículo 33 CP otorga a las penas imponibles a las personas jurídicas. La inhabilitación especial para las personas jurídicas puede llegar a penas de 15 años que, aun bajo la limitación de la regla del artículo 66 bis, 2.ª pueden constituir en la parte especial marcos penales genéricos que desborden la prescripción del delito previsto para las personas físicas¹⁴.

Desde el punto de vista procesal, tampoco resultaba claro el punto de referencia para la determinación de la competencia para el enjuiciamiento de los delitos, pues la pena asociada a la persona jurídica, por la misma regla anterior, podría desbordar el marco de la privativa de libertad que le correspondería a la persona física que actuó en su nombre,

¹⁴ El artículo 66 bis 2.ª dispone que: «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». Imaginemos un supuesto de delito contra la Hacienda Pública, impuesto de sociedades. Presupuestas las bases de responsabilidad penal de la persona jurídica, el marco penal del artículo 310 CP, indeterminado en la inhabilitación, se remite, lógicamente, al artículo 33.7, letra f) que prevé la inhabilitación hasta 15 años. Si ese es el marco penal, la prescripción del delito fiscal para la persona jurídica vendrá determinada por los 15 años de posible inhabilitación —es decir, 15 años—, y no por la regla de determinación específica de ese marco penal al que se refiere el artículo 66 bis.

generando la competencia en la Audiencia Provincial. Como se analizará más adelante, el nuevo artículo 14.bis LECrim ha sido objeto de modificación para aclarar esta cuestión.

viii. En cualquier caso, y en relación con la **medición de la pena de multa**, debe tenerse en cuenta que esta se impondrá tanto a la persona física como a la persona jurídica si ambas han formado parte del proceso conforme al sistema de responsabilidad acumulativa. En tal caso, además de lo dispuesto en el artículo 66 bis, el artículo 31 bis exige al juez o tribunal modular las cuantías a efectos de garantizar la vigencia del principio de proporcionalidad. Se trata de un fórmula que trata de suavizar la evidencia del bis in idem.

ix. Podrán adoptarse como **medidas cautelares** durante la tramitación de la causa cualquiera de las previstas como penas en las letras c), d) y g) del número 7 del artículo 33 descritas en el apartado (vi).

x. Por último, la responsabilidad penal de las personas jurídicas **se limita objetiva y subjetivamente**.

Desde el primer punto de vista, solo será aplicable **a los delitos de la parte especial donde se prevea de forma expresa** (entre otros, estafa, insolvencias, corrupción entre particulares, blanqueo o contra la hacienda pública), lo que excluye al resto, como sucede con la cláusula general de incriminación de la imprudencia. Destaca la ausencia, entre ellos, de los delitos contra los derechos de los trabajadores, siempre presentes en los proyectos de reforma anteriores a la aprobación de la LO 5/2010, la receptación, el encubrimiento y las falsedades documentales.

Desde la segunda perspectiva, no podrá hacerse responder a un conjunto importante de entes que de no ser por la cláusula de exclusión podrían haber estado sujetas. El Estado, las Administraciones públicas territoriales e institucionales, organismos reguladores, agencias y entidades públicas empresariales, partidos políticos y sindicatos, organizaciones internacionales de derecho público y, en general, las que ejerzan potestades públicas de soberanía así como las sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

Es cuestionable el criterio de exclusión seguido por el legislador. En primer lugar, la comisión de delitos en provecho de partidos políticos es una con-

ducta de indudable reproche social. Ciertamente la judicialización de la vida política es un riesgo que debe evitarse y como tal puede comprenderse la opción por la exclusión. Pero la limitación en la intensidad de la imposición de la pena prevista en el artículo 66 bis CP habría permitido también someter a idénticas reglas de comportamiento respecto a las sociedades mercantiles a quienes pretenden plantear una opción democrática de representación a los ciudadanos, si es que la lupa del legislador no debía haber sido incluso mayor. Téngase en cuenta, a estos efectos, que la proyección del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas a los delitos de corrupción entre particulares, también permitiría, en abstracto, un uso espurio concurrencial, que no ha sido óbice, sin embargo, para la extensión objetiva y subjetiva del nuevo régimen.

Por otra parte, el legislador atomiza al máximo los entes *públicos* que quedarán excluidos de la posibilidad de depurar responsabilidad penal. Se refiere a la administración territorial y a la institucional, en lo que parece ser una contraposición: administración institucional como descentralización funcional y no territorial, como institución y no como corporación. Como tal administración institucional, se han configurado tradicionalmente los organismos autónomos y las antiguas entidades de derecho público, luego denominadas «entidades públicas empresariales». Sin embargo, más adelante reitera la exclusión de las entidades públicas empresariales que, en términos de la LOFAGE y junto con los organismos autónomos se clasifican como «organismos públicos»¹⁵. La diferencia entre ambas radica en la posibilidad de las entidades públicas empresariales para acudir en su gestión a las especificidad propias de su estatuto de creación, lo que por sí mismo no justifica una separación conceptual en el artículo 31 bis 5) CP, pues impide apreciar con claridad el factor común que pudiera concurrir en los diversos entes administrativos citados. de en territorio interpretativo todos aquellos entes que comparten solo parcialmente algunos de los criterios aquí mencionados.

Por último, la mención a las sociedades mercantiles estatales plantea un doble problema. Por un lado,

¹⁵ Vid. un desarrollo histórico y normativo de la Administración territorial, Organismos Públicos y sociedades públicas estatales en O. Morales García: *Los delitos de Malversación*, Aranzadi, 1999, págs. 117-148.

las sociedades mercantiles estatales pueden entenderse como aquellas que pertenecen al Estado o aquellas constituidas en el seno de cualquier administración estatal, autonómica o local. A tal efecto, parece inferirse del precepto que la razón no es su forma jurídica, sino las competencias que desarrollan: políticas públicas o actividades de especial relevancia económica, lo que sin duda puede suceder con todas aquellas sociedades mercantiles íntegramente participadas por las autonomías o los entes locales que prestan servicios básicos a la comunidad (funerarios, regadío, aparcamiento, etc.). En cualquier caso, tanto la LOFAGE como la LGP serán en este sentido elementos interpretativos de primer orden para depurar conceptualmente la limitación subjetiva, a la vista de la conjugación de elementos que parecen justificar la exclusión. Por otra parte, no se distingue la participación exclusiva o limitada del Estado, las Autonomías o las corporaciones locales en tales sociedades mercantiles, lo que permitiría excluir de responsabilidad criminal a aquellas que, siendo de economía mixta y minoritariamente participadas por el Estado, simplemente presten servicios de interés económico general, lo que de entrada implicará la exclusión de un conjunto relevante de empresas cuando estén participadas, en detrimento de las que, no estándolo, prestan idéntico servicio en régimen concurrencial¹⁶.

3 · LA LEY DE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL

La reforma penal de 2010 no vino, inexplicablemente, acompañada de las necesarias reformas procesales que permitieran dar respuesta a las numerosas dudas que surgían con la admisión en el

proceso de un nuevo sujeto de responsabilidad. En este sentido, las críticas fueron unánimes, aunque pocos trabajos abordaron la difícil tarea de sintetizar los elementos clave que debían ser objeto de regulación específica¹⁷.

Las personas jurídicas, como alter ego de la persona física son sujetos de responsabilidad y al mismo tiempo sujetos de derecho, titulares de derechos fundamentales en medidas parecida a como lo es el sujeto del que son proyección¹⁸. En similar medida porque, lógicamente, la necesidad de ser asistida o representada de un ser humano como característica esencial aflora sus carencias sensitivas, emocionales, etc., lo que excluye por su propia naturaleza la proyección de determinados derechos, como la vida, o la integridad física, de naturaleza eminentemente animal y en particular, como consecuencia del atributo normativo de dignidad del artículo 10.1 CE, específicamente humana.

La atribución de responsabilidad jurídico penal sobre el fundamento de la transferencia obliga entonces a plantearse el grado de equivalencia de los derechos constitucionales de corte procesal reconocidos como fundamentales, esencialmente el artículo 24 CE, entre la persona física y la jurídica. Qué duda cabe que la gravedad de las sanciones penales previstas para delitos cometidos por las personas jurídicas, que pueden implicar su muerte civil, debería ser suficiente argumento para afirmar la equivalencia de derechos. Con independencia de que la articulación procesal de tales delitos se manifieste luego de modo diverso en función de las

¹⁶ La Sociedad estatal de participaciones industriales (SEPI) gestiona las participaciones mayoritarias o no, directas o indirectas del Estado en empresas de sectores estratégicos. Será difícil no entender como actividad económica relevante la prestación de servicios en el ámbito energético, alimentario, comunicación, aeroespacial, etc., lo que determinaría, con independencia de la participación minoritaria en empresas de dichos sectores, la exclusión de estas del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lo que en principio no sucedería en otras de idéntico perfil y ámbito de desarrollo no participadas mayoritaria o minoritariamente (o incluso, indirectamente) por el Estado, lo que genera un desequilibrio del principio de igualdad, pues la mera participación estatal (especialmente la minoritaria) no es por sí mismo factor de diferenciación suficiente para determinar la proyección o no del régimen de responsabilidad sobre la participada.

¹⁷ Entre otros, son de especial interés los estudios de J. Hernández García: «Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables», *La Ley*, núm. 7427, 2010, págs. 4 y ss.; N. González-Cuellar Serrano/A. de Juanes Peces: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor», *La Ley*, núm. 7501, 2010, págs. 1 y ss.; A. E. Gudin Rodríguez-Magariños: «Cuestiones procesales en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 26, 2011, págs. 79 y ss.; A. del Moral García: «Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas acusadas», en VV. AA.: *El juicio oral en el proceso penal*, 2.ª edición, 2010; F. J. Echarri Casi: «Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucional», *La Ley*, núm. 7632, 2011, págs. 1 y ss.; y J. Banaloché Palao/J. Zarzalejos Nieto: «Aspectos procesales relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en VV. AA.: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, 2011, págs. 131 y ss.

¹⁸ J. Hernández García: «Problemas...», *op. cit.*, pág. 7; también, in extenso, F. J. Echarri Casi: «Las personas jurídicas...», *op. cit.*, págs. 2 y ss.

especialidades de la persona física y de la entelequia en que consiste la persona jurídica.

El legislador, con más de un año de retraso en el que la anomia era la regla, ha limitado la reforma procesal a un ramillete de cuestiones, que pueden resumirse del siguiente modo:

(i) *Competencia objetiva para el enjuiciamiento*

Ya se ha señalado anteriormente que los marcos penales previstos en la parte general del Código para las personas jurídicas, junto a la indeterminación que suele reinar en los tipos penales de la parte especial sobre la duración de tales marcos penales, permitirían arrastrar en un elevado número de casos la competencia para el enjuiciamiento del delito tanto conjunto con la persona física como exclusivo a la jurídica hasta la Audiencia Provincial. La reforma introduce un nuevo artículo 14.bis LECrim en el cual se establece específicamente que las reglas de determinación de la competencia para el enjuiciamiento continuarán siguiendo la referencia de la pena prevista, en cualquier caso, para la persona física, incluyendo también los casos de enjuiciamiento exclusivo de la jurídica. Como regla de determinación de la competencia la referencia exclusiva en la persona física genera ciertas dudas. Si la gravedad de la pena, y se entiende por tal la privativa de libertad superior a cinco años, genera la necesidad de un órgano colegiado como órgano de enjuiciamiento en primera instancia, con casación en lugar de apelación, debería seguirse un criterio similar en torno a la persona jurídica. No puede compararse la privación de libertad con ninguna pena asociada a los entes; pero tampoco puede obviarse que la resultante para estos puede equivaler a su desaparición: disolución, clausura, pérdida del derecho a desarrollar actividades, etc. Siendo lógicamente diversa la naturaleza de las sanciones que uno y otro soporta, no parece razonable hacer depender las garantías de la persona jurídica de la mayor o menor gravedad de la pena que soportará un tercero. Y, especialmente, en aquellos casos en que, en uso de lo dispuesto en el artículo 31 bis 2) CP, únicamente será enjuiciada la persona jurídica. La garantía del órgano colegiado es en el caso de las personas jurídicas tan necesaria como en el de las personas físicas¹⁹.

(ii) *Imputación de la persona jurídica y declaración y representación en Juicio*

Seguramente la garantía más reclamada por la doctrina en sus trabajos. La reforma introduce un nuevo artículo 119 LECrim. que establece las reglas generales de la imputación. A estos efectos, la persona jurídica deberá nombrar una persona que la represente con poder especial para ello, al margen del abogado y el procurador. En la comparecencia del artículo 775 LECrim. (procedimiento abreviado) deberá designarse a dicho representante, entendiéndose la lectura de derechos y la información de los hechos objeto de la denuncia o querrela con el abogado en caso de que no fuere designado representante especial.

Debe subrayarse que en la comparecencia del artículo 775 LECrim., aun cuando en el último párrafo se refiera a la declaración que se prestará en ese acto, el entendimiento con el abogado debería circunscribirse a la lectura de derechos e información de los hechos. En efecto, la reforma introduce también un nuevo artículo 409 bis LECrim. en el que se detallan las reglas para la declaración del representante especial de la sociedad, asistido precisamente de abogado. En caso de incomparecencia de la persona especialmente designada, establece el nuevo artículo 409 LECrim., se tendrá por celebrado el acto, entendiéndose que la persona jurídica se acoge a su derecho a no declarar. Dada la subsidiariedad de las reglas del procedimiento ordinario para todo lo no previsto en el procedimiento abreviado, debe concluirse que la declaración, también en el procedimiento abreviado, no puede entenderse nunca con el abogado, pues ello implicaría de nuevo una desigualdad injustificada para el procedimiento abreviado, en el que el abogado estaría no solo asumiendo la defensa técnica sino la representación de la sociedad en dicho ejercicio, y el procedimiento ordinario en el que la incomparecencia vendría asimilada al derecho a no declarar.

En cualquier caso, llama de nuevo la atención el desequilibrio entre las obligaciones de la persona física y la jurídica. Mientras que la comparecencia

¹⁹ Comparto aquí, íntegramente, la reflexión de F. J. Echarrí Casi: «Las personas jurídicas...», *op. cit.*, pág. 4, cuando afirma: «La premisa correcta debe ser, a mi juicio, la siguiente: a igualdad

de gravámenes y de cargas entre los inculpados, igualdad de derechos y garantías, sin distinción de su naturaleza, pues todos ellos pueden ser objeto del quebranto que la imputación en el seno del proceso penal conlleva». Y en este caso, el quiebro al derecho al juez predeterminado por la ley generado con la regla de seguimiento a la pena de la persona física no resiste el tamiz del principio de igualdad.

para la declaración (y no solo para la lectura de derechos) es obligada para aquella, para esta será voluntario. La ausencia de designa de una persona especialmente representada se subsana a efectos de comparecencia con el entendimiento a través del abogado y la incomparecencia a efectos de declaración con la equiparación con el *nemo tenetur*.

La LECrim. no prevé para la fase de investigación incompatibilidad alguna en la designa de la persona especialmente designada para la representación de la persona jurídica. Únicamente se prevé una restricción específica para el juicio oral, una vez delimitada la acusación y conocidos los intervinientes en el proceso. A tal efecto, el nuevo artículo 786 bis 1 *in fine* LECrim. prohíbe la designa en juicio como representante especial de la sociedad a quienes tuvieran que declarar como testigo. Obviamente, esta restricción en la fase inicial podría no tener sentido, pues salvo las personas que pudieran ser señaladas en la denuncia o querrela como testigo para el apuntalamiento del hecho y su autor, lo razonable es que el devenir mismo de la instrucción vaya requiriendo a cuántas personas pudieran arrojar luz sobre tales extremos. Semejante limitación en la instrucción podría generar indefensión en la persona jurídica si se viera obligada a cambiar de representante por el mero llamamiento de quién fue designado como tal en calidad de testigo; y eso, aun confiando en la buena fe y buenas prácticas de las partes del proceso, que podrían abortar la sana defensa de la sociedad imputada con la mera solicitud de llamamiento como testigo de su representante especial. Y, en general, la prohibición abunda en la posible tensión que podría generarse en quién podría verse obligado a declarar como testigo, con obligación de decir verdad, respondiendo a las mismas cuestiones que podría no querer contestar, en el ejercicio legítimo de un derecho, como representante de la sociedad imputada.

Ahora bien, lo que no parece hallar fácil explicación es la posibilidad de que la representación especial en la fase de investigación y en el juicio oral pueda ser desempeñada por quien soporta la imputación, a falta de prohibición expresa. Puede argüirse, en defensa de la opción legislativa, que un veto específico podría implicar una suerte de injerencia legislativa en las decisiones soberanas de la sociedad²⁰. A fin de cuentas, una cosa es garantizar

el *nemo tenetur*, claramente enraizado en la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa y otra bien distinta incidir en los conflictos de interés entre las partes que la reiteración —imputado persona física que representa especialmente a la sociedad imputada— pudiera generar. Ciertamente, parece distinto el conflicto de interés que pudiera plantearse al abogado que ejerce simultáneamente defensas incompatibles, que generará el correspondiente expediente colegial y la responsabilidad penal en caso de perjudicar dolosamente los intereses de su principal, de aquel que se origina entre las partes acusadas. Pero ahí radica, precisamente, el argumento a favor de la separación. La responsabilidad penal de la persona jurídica no se fundamenta en el hecho propio, sino en defectos de organización que permiten el hecho ajeno, que le será transferido. Una responsabilidad transferida por el débil argumento del defecto de organización y que permite la imposición de penas que pueden suponer la muerte civil, la desaparición real de la sociedad, no puede luego complementarse con normas procesales que hipotecarían la defensa de la sociedad entregándola a quienes, precisamente, soportan la imputación por el hecho principal²¹. Máxime cuando la regulación sustantiva prevé un régimen de atenuación de la responsabilidad criminal independiente para las personas físicas y las jurídicas. De hecho, se trata de un viaje en uno solo de los dos posibles sentidos de la dirección. Mientras que la persona jurídica no puede determinar qué persona física soportará la imputación por el hecho base que genera su responsabilidad penal transferida, las personas físicas podrían determinar quién sería el alter ego de la persona jurídica imputada que habría de representarla, ejerciendo por ella su derecho de defensa.

²¹ Claramente partidarios, antes de la entrada en vigor de la reforma, de la prohibición de identificación entre imputado persona física y representante especial de la persona jurídica, J. Hernández García: «Problemas...», *op. cit.*, pág. 9; y F. J. Echarrí Casi: «Las personas jurídicas...», *op. cit.*, págs. 6 y ss. Ambos autores dedican especial atención a las reglas que deberían haber regido la designación del representante especial de la persona jurídica imputada en casos de conflicto de interés, situación que habría planteado un extraordinario universo de interrogantes y fórmulas de expresión de la voluntad de la sociedad, nombramiento de defensores judiciales, etc., tendentes siempre a la evitación de fraudes de ley que permitieran la designa de auténticos representantes de paja. Todo ello, no obstante, abortado por la falta de prohibición expresa de la reforma, salvo que por vía interpretativa se alcanzase la solución contraria.

²⁰ En esta dirección, A. E. Gudín Rodríguez-Magariños: «Cuestiones procesales...», *op. cit.*, págs. 89 y 90.

(iii) Conformidad

Ligado a lo anterior, la Ley de medidas de agilización procesal prevé la conformidad de la persona jurídica sin haber previsto prohibición alguna de representación especial por quien resulte asimismo imputado como persona física. Así, el nuevo apartado 8 del artículo 787 LECrim. establece que «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».

Los interrogantes que abre la posibilidad de una conformidad de la persona jurídica en las condiciones señaladas son múltiples. Por un lado, en la hipótesis de coincidencia en la imputación de la persona física y la especial representación de la sociedad, difícilmente podrá apreciarse una auténtica libertad de juicio de la persona jurídica en la expresión de su voluntad o al menos las dosis de certeza serán muy escasas.

En segundo lugar, la conformidad consiste en el reconocimiento de un hecho, que en el caso de las personas jurídicas constituirá un hecho ajeno. De manera que lo que se reconoce es el hecho cometido por un tercero, no el propio, al margen ahora de los defectos de organización que también deben converger²².

Por otra parte, sorprende la fractura del principio general de conservación de la continencia de la causa y evitación de resoluciones contradictorias sobre un mismo hecho que inspira la regla de conformidad global en caso de múltiples acusados (ex artículos 655 y 697 LECrim.). La responsabilidad criminal de la persona jurídica puede depurarse en caso de que la persona física no fuere hallada, pero no si el hecho objeto de acusación resulta no probado o no constitutivo de infracción penal por déficit de tipicidad. La responsabilidad penal de la persona jurídica parte del hecho de un tercero, persona física, que actúa en su nombre o representación y en su provecho; pero incluso en los casos en que pueda enjuiciarse solo a la perso-

na jurídica, la reforma penal sustantiva parte de la base de que el autor no pudo ser hallado y de que se habría cometido un delito. Un régimen, desde luego, poco respetuoso con el principio de presunción de inocencia, como por lo demás sucede de modo ya institucionalizado con el delito de blanqueo de capitales, pues la responsabilidad de un sujeto (la persona jurídica) nacería no ya de la transferencia, sino de la presunción de la comisión del hecho constitutivo de delito, si es que este no debe ser objeto de prueba en todos sus extremos en el procedimiento que se siga única y exclusivamente contra la persona jurídica. Sea como fuere, lo cierto es que la conformidad expresada por la persona jurídica y que implica su condena, podría seguirse de un pronunciamiento absolutorio en el mismo proceso o en otro diferente contra la persona física, declarándose en sentencia la atipicidad del hecho imputado. Generando entonces la paradoja de haber transferido a la persona jurídica la responsabilidad penal por el hecho de un tercero que resulta a la postre no ser constitutiva de delito²³.

La conformidad diseñada para la persona jurídica en la reforma procesal no establece reglas especiales sobre la duración de las penas, lo que ha llevado a algún autor a negar la posibilidad de aceptar una conformidad cuando la pena fuere restrictiva de derechos superior a diez años, sobre la base de la asimilación de esta con las penas graves²⁴. No obstante, y a la vista del ya mencionado artículo 14 bis, de nuevo cuño, no sería descartable que la comparación para la determinación del límite máximo de conformidad se hiciese con la eventual condena privativa de libertad que supusiera para la persona física.

La reforma también contiene otras disposiciones en materia de rebeldía (vacía de contenido, a mi entender dado que no existe obligación de compa-

²² Críticos en este sentido, aunque reconociendo la razonabilidad del derecho a la conformidad, J. Banaloché Palao/J. Zarzalejos Nieto: «Aspectos procesales...», *op. cit.*, pág. 271 y 277.

²³ Crítico antes de la aprobación de la Ley de medidas de agilización procesal con la conformidad autónoma de la persona jurídica, A. del Moral García: «Peculiaridades...», *op. cit.*, pág. 753; con reservas, también antes de la reforma, J. Banaloché Palao/J. Zarzalejos Nieto: «Aspectos procesales...», *op. cit.*, pág. 281, aunque la solución aportada de atender a la realidad de los escritos de acusación y defensa para determinar si la defensa de las personas físicas podría o no determinar la imposibilidad de fundamentar un hecho propio que transferir a la persona jurídica no sería satisfactoria en la gran mayoría de casos en que, por desidia o estrategia las defensas se limitan a negar las correlativas de la acusación.

²⁴ N. González-Cuéllar Serrano/A. de Juanes Peces: «La responsabilidad penal...», *op. cit.*, pág. 7.

recencia del especial representante de la sociedad ni existen medidas restrictivas de derechos asociadas a la persona jurídica «rebelde»²⁵, medidas cautelares y sobre el concepto de domicilio, su desarrollo, sin embargo, desbordaría definitivamente el objetivo

de este trabajo: reflexionar y escribir con la memoria puesta en quien fue un magnífico profesor y un entrañable socio profesional y compañero al que difícilmente olvidaremos: nuestro querido Juan Luis Iglesias.

²⁵ En parecidos términos, A. E. Gudín Rodríguez-Magariños: «Cuestiones procesales...», *op. cit.*, pág. 92.