

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

MEDIDAS CAUTELARES SOBRE LA PERSONA JURÍDICA EN EL ÁMBITO PENAL

TESIS DOCTORAL

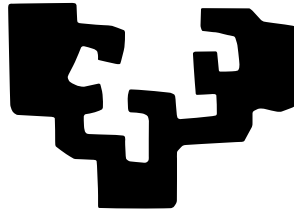
Eneko Etxeberria Bereziartua

Director:

Dr. José Francisco Etxeberria Guridi.

Donostia, Junio 2017.

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

MEDIDAS CAUTELARES SOBRE LA PERSONA JURÍDICA EN EL ÁMBITO PENAL

TESIS DOCTORAL

Eneko Etxeberria Bereziartua

Director:

Dr. José Francisco Etxeberria Guridi.

Donostia, Junio 2017.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Admón.	Administración.
Adtvo.	Administrativo.
Art.	Artículo.
Arts.	Artículo.
AA.VV.	Autores Varios.
CC.	Código Civil.
CE	Constitución Española.
Coor.	Coordinador.
CP	Código Penal.
Dleg.	Decreto Legislativo.
Dir.	Director.
Drcho./D.	Derecho.
Edic.	Edición.
EOMF.	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
Exp.	Exposición.
Expdte.	Expediente.
FGE	Fiscalía General del Estado.
FJ	Fundamento Jurídico.
Grales.	Generales.
GRECO	Grupo de Estados contra la Corrupción
JCA.	Jurídica.
LFB	Ley Fundamental de Bonn
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LECRim	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos.
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos.
MF	Ministerio Fiscal.
P/Pág.	Página.
PP/Págs.	Páginas.
PJ	Persona Jurídica.
RAE	Real Academia Española.
RPPJ	Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.
SA	Sociedad Anónima.
Sent.	Sentencia.
SL	Sociedad Limitada
SS.	Siguientes.
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional.
STC	Sentencia del Tribunal Supremo.
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.

ÍNDICE GENERAL DE LA TESIS.

Índice de abreviaturas

Índice general de la tesis

Introducción..... 1

PRIMERA PARTE.- APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

CAPÍTULO I. La evolución de la responsabilidad de las personas jurídicas hasta el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

1. Introducción.	13
2. La Exposición de Motivos de la LO 5/2010.	16
3. Los principales compromisos internacionales que originan la responsabilidad penal de la persona jurídica.	17
3.1. <i>El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño.</i> ..	17
3.2. <i>Convenio penal sobre la corrupción y la influencia del GRECO.</i>	19
3.3 <i>Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales.</i>	27
3.4. <i>Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal.</i>	31
3.5. <i>Los planteamientos de armonización de la regulación penal europea.</i>	34
4. La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas al ordenamiento jurídico español.	35

CAPÍTULO II. Los estadios de la evolución de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el ordenamiento español.

1. Introducción.	37
2. « <i>Societas delinquere non potest</i> ».	39
3. Freno al abuso de la personalidad jurídica desde otras ramas del derecho y la jurisprudencia.	41
4. Unos antecedentes remotos en el Código Penal.	43

5. El Código Penal de 1995 y la incorporación de las medidas accesorias.....	43
6. La incorporación de la responsabilidad penal directa en el 2010.....	46
7. La modificación de la responsabilidad penal en el 2015.	48

CAPÍTULO III. La persona jurídica en el orden constitucional.

1. Introducción.	51
2. El principio de legalidad penal y las personas jurídicas.....	52
3. Los derechos fundamentales y las personas jurídicas.	58
3.1. <i>Las personas jurídicas y los derechos fundamentales.</i>	59
3.2. <i>Los derechos de las personas jurídicas en el proceso penal.</i>	63

CAPÍTULO IV. Las sanciones previstas en el sistema de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

1. Introducción.	71
2. La penas previstas en el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas (Artículo 33.7 CP).	73
2.1. <i>La pena de multa.</i>	77
2.2. <i>La disolución de la persona jurídica.</i>	79
2.3. <i>La suspensión de actividades.</i>	80
2.4. <i>La clausura de los locales y establecimientos de la persona jurídica.</i>	82
2.5. <i>La prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.</i>	83
2.6. <i>La inhabilitación de la persona jurídica.</i>	85
2.7. <i>La intervención judicial.</i>	87
3. Los criterios de imposición de las penas.	89

CAPÍTULO V. El catálogo de delitos, sus especificidades y las remisiones al art. 129 CP.

1. Introducción.	95
2. El catálogo de delitos que la persona jurídica puede cometer.....	96
3. Análisis del catálogo de delitos.	100
3.1. <i>Los delitos que han previsto una multa agravada y acumulativa.</i>	101
3.2. <i>Delitos que presentan especialidades en materia cautelar.</i>	103
A) Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores.....	103
B) Delitos contra la propiedad intelectual e industrial.	105
C) Delitos de receptación y blanqueo de capitales.	107
D) Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.....	107
E) Delitos contra el medio ambiente.	109
F) Delitos contra la salud pública.	109
3.3. <i>Los delitos relacionados con el terrorismo y las sociedades instrumentales.</i>	110

3.4. <i>Los delitos de contrabando.</i>	111
4. Las remisiones al artículo 129 del Código Penal.	111
5. Notas finales.	115

SEGUNDA PARTE.- LOS REGÍMENES JURÍDICOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

CAPÍTULO VI. Introducción. Criterios de clasificación de los regímenes jurídicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

1. Introducción.	117
2. La clase a la que pertenece la persona jurídica.	121
3. El tipo de delito que se ha cometido o del que existen indicios de comisión.	122
4. La actividad y la finalidad de la persona jurídica.	123

CAPÍTULO VII. El primer régimen de responsabilidad penal: la regulación del artículo 31 bis del Código Penal.

1. Introducción.	127
2. La reforma del Código Penal por la LO 5/2015.	127
2.1. <i>El modelo de atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica.</i>	128
2.2. <i>Las entidades objeto del régimen jurídico del art. 31 bis CP.</i>	130
3. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica.	131
3.1. <i>Se anuncia tormenta: la sentencia núm. 514/2015.</i>	132
3.2. <i>La tormenta es en realidad un huracán: La sentencia núm. 154/2016.</i>	132
A) Los programas de cumplimiento o programas «compliance».	134
B) Exclusión del sistema de transferencia vicarial o por hecho ajeno.	135
C) La exoneración de la responsabilidad penal y la carga de la prueba de los programas de cumplimiento.	136
D) El voto particular de la sentencia.	138
3.3. <i>El huracán no baja de intensidad: la sentencia núm. 221/2016.</i>	139
4. Las bases del sistema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.	
4.1. <i>El catálogo de delitos.</i>	143

4.2. Delito cometido en nombre o cuenta y en beneficio de la persona jurídica.	144
4.3. El círculo de personas físicas que pueden atribuir la responsabilidad a la persona jurídica.....	145
4.4. Los programas de cumplimiento o «compliances».....	151
4.5. Aspectos básicos del modelo procesal.....	154

CAPÍTULO VIII. El segundo régimen de responsabilidad para la persona jurídica: las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal.

1. Introducción.....	157
2. El nuevo régimen de las consecuencias accesorias del art. 129 CP.....	159
3. Los sujetos pasivos sometidos al régimen del art. 129 CP.....	161
4. El régimen jurídico de las consecuencias accesorias del art. 129 CP.....	167
4.1. Las diferencias entre el régimen de las consecuencias accesorias de 1995 y las consecuencias accesorias de 2010.....	169
4.2. Las consecuencias accesorias previstas en el actual art. 129 CP y su finalidad.	170
4.3. Problemas procesales con el régimen jurídico de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP.....	172
4.4. Diferencias entre el régimen jurídico de las consecuencias accesorias del art. 129 CP y el régimen del art. 31 bis CP.....	177
4.5. Los problemas de la regulación del art. 129 CP: Los criterios de atribución de responsabilidad.....	181
4.6. La experiencia de las medidas accesorias de 1995.....	184
4.7. Las medidas cautelares en el marco de las medidas accesorias.....	189
5. Perspectivas del régimen jurídico de las consecuencias accesorias.....	195

CAPÍTULO IX. El tercer régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica: el régimen de consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal por remisión de determinados tipos delictivos.

1. Introducción.....	203
----------------------	-----

2. Las remisiones específicas al régimen del artículo 129 CP.	203
3. El debate sobre el régimen jurídico aplicable a las remisiones del art. 129 CP.	207
3.1. <i>Las remisiones se reconducen al sistema ordinario de responsabilidad.</i>	208
3.2. <i>Se trata de un régimen especial.</i>	211
3.3. <i>El Tribunal Supremo establece el criterio.</i>	214
4. Efectos de las remisiones al artículo 129 CP.	218
5. Las especialidades del régimen del art. 129 CP cuando se aplica a las personas jurídicas.	220
5.1. <i>Estatus procesal de las entidades sometidas a este régimen.</i>	222
5.2. <i>Los criterios de atribución de la responsabilidad.</i>	223
6. Notas finales.	225

CAPÍTULO X. El cuarto régimen de responsabilidad de la persona jurídica: la responsabilidad de las organizaciones o asociaciones criminales y terroristas.

1. Introducción.	229
2. El delito de asociación ilícita.	230
2.1. <i>Delimitación del delito de asociación ilícita.</i>	231
2.2. <i>El impacto de las reformas legislativas sobre el delito de asociación ilícita.</i>	232
2.3. <i>Las características del delito de asociación ilícita.</i>	233
2.4. <i>Las asociaciones que tienen por objeto cometer algún delito.</i>	233
3. Las organizaciones criminales y los grupos terroristas.	234
4. El régimen jurídico de las remisiones establecidas en el art. 520 y art. 570 quáter CP.	237

CAPÍTULO XI. El quinto régimen de responsabilidad de la persona jurídica: la responsabilidad de las sociedades denominadas instrumentales o pantalla.

1. Introducción.	241
-----------------------	-----

2. Las sociedades excluidas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.	244
3. Las personas jurídicas excluidas de la responsabilidad penal por el Código Penal.	245
4. La exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas instrumentales.....	247
4.1. <i>La primera estación: el auto de 14 de febrero de 2014 del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.</i>	248
4.2. <i>Segunda estación: El auto de la Sala de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014</i>	250
4.3. <i>La tercera y ¿última estación?: la sentencia núm. 154/2016, de 29 de febrero del Tribunal Supremo</i>	257
5. La clasificación de las personas jurídicas del Tribunal Supremo.	260
5.1. <i>Las personas jurídicas sometidas al régimen ordinario de responsabilidad penal.</i>	260
5.2. <i>Las personas jurídicas fronterizas</i>	261
5.3. <i>Las personas jurídicas instrumentales</i>	262
6. El régimen jurídico de las sociedades instrumentales.	263
6.1. <i>Introducción</i>	263
6.2. <i>Las personas jurídicas instrumentales están excluidas del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas del artículo 31 bis CP</i>	263
6.3. <i>La exclusiva responsabilidad de las personas físicas</i>	264
6.4. <i>La doctrina del levantamiento del velo societario</i>	264
6.5. <i>La posibilidad de aplicar el régimen de las consecuencias accesorias del art. 129 CP a las sociedades instrumentales.</i>	268
6.6. <i>Posibles alternativas para las sociedades instrumentales</i>	270
6.7. <i>El decomiso</i>	271
6.8. <i>La declaración de la instrumentalidad como garantía jurídica.</i>	273
6.9. <i>Las medidas cautelares y las sociedades instrumentales</i>	275
6.10. <i>El trámite procesal de la calificación de la entidad como instrumental</i>	279
6.11. <i>La forma de la resolución judicial que califica a la entidad como instrumental.</i>	280
6.12 <i>El derecho a la defensa y las sociedades instrumentales</i>	281
7. Notas finales.	284

TERCERA PARTE.- LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ÁMBITO PENAL.

CAPÍTULO XII. La evolución de las medidas cautelares.

1. Introducción.	293
2. El binomio libertad-seguridad.	297
3. La evolución de la normativa del proceso cautelar en el ámbito penal.....	301
4. Las medidas cautelares que no lo son.	304
5. Una nueva etapa en el proceso cautelar.....	306

CAPÍTULO XIII. Las medidas cautelares.

1. Introducción.	309
2. Las características de las medidas cautelares en el ámbito penal.	310
2.1. <i>El principio de legalidad.</i>	310
2.2. <i>Jurisdicción.</i>	311
2.3. <i>Competencia.</i>	311
A) <i>Objetiva.</i>	312
B) <i>Funcional.</i>	313
C) <i>Territorial.</i>	313
2.4. <i>Instrumentalidad.</i>	314
2.5. <i>Provisionalidad.</i>	315
2.6. <i>Temporalidad.</i>	315
2.7. <i>Variabilidad.</i>	316
2.8. <i>Proporcionalidad.</i>	316
3. La finalidad de las medidas cautelares en la responsabilidad penal de las personas jurídicas.	318
4. Los presupuestos de las medidas cautelares en el proceso penal contra las personas jurídicas.	323
4.1. <i>«Fumus boni iuris» o la apariencia del buen derecho.</i>	324
4.2. <i>«Periculum in mora» o el riesgo para el buen fin del proceso.</i>	326

5. La clasificación de las distintas modalidades de las medidas cautelares. ...327

CAPÍTULO XIV. Las medidas cautelares aplicables en el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

1. Introducción.	335
2. El debate sobre las medidas cautelares previstas en la regulación procesal en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas.	335
3. Las previsiones procesales de la responsabilidad penal de la persona jurídica en la LECRim.....	337
4. Las medidas cautelares previstas para la persona jurídica conforme a la LECRim.	341
4.1. <i>Las medidas cautelares previstas en el Código Penal.</i>	344
4.2. <i>Las medidas cautelares y la previsión del Código Penal.</i>	345
5. Alarma en la doctrina por la interpretación restrictiva.	347
6. La búsqueda de soluciones al enredo.	349
7. Los argumentos favorables para la ampliación del catálogo de medidas cautelares a las medidas cautelares patrimoniales.....	351
7.1. <i>«Ad maiore ad minus».</i>	351
7.2. <i>La atribución de la categoría de medidas cautelares personales.</i>	356
7.3. <i>Interpretación a favor a la persona jurídica.</i>	358
7.4. <i>El principio de proporcionalidad.</i>	359
7.5. <i>Discriminación legal.</i>	363
7.6. <i>El Código Penal también regula medidas cautelares específicas.</i>	364
7.7. <i>El artículo 13 LECRim.</i>	365
8. Las medidas cautelares patrimoniales o reales se pueden acordar en la responsabilidad penal de las personas jurídicas.	366
9. En la práctica forense no existen dudas: las medidas patrimoniales son aplicables a la persona jurídica.	371

CAPÍTULO XV. El catálogo de las medidas cautelares personales y patrimoniales en la responsabilidad penal de la persona jurídica.

1. Introducción.	375
2. Las medidas cautelares personales y la persona jurídica.	376
2.1. <i>La clausura de los locales o establecimientos.</i>	379
2.2. <i>La suspensión de actividades.</i>	381
2.3. <i>La intervención judicial.</i>	382
3. Las medidas cautelares específicas previstas en los tipos delictivos del Código Penal.	388
4. Las medidas cautelares patrimoniales y la persona jurídica.	392
4.1. <i>Las medidas cautelares patrimoniales o reales reguladas en la LECRim...</i>	393
4.2. <i>El régimen supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil.</i>	395
4.3. <i>Las medidas cautelares reales o patrimoniales en la LEC.</i>	398
5. La persona jurídica como tercero responsable civil del delito.	403
6. Las medidas cautelares y los medios de comunicación social.	404
7. Las medidas cautelares y los programas de cumplimiento	407

CAPÍTULO XVI. El procedimiento para la adopción de las medidas cautelares contra las personas jurídicas.

1. Introducción.	409
2. La existencia del delito.....	410
3. El órgano competente para acordar la medida cautelar frente a la persona jurídica.....	411
4. La categorización de la persona jurídica.	411
5. La solicitud de las medidas cautelares.	412
5.1. <i>El principio acusatorio y las medidas cautelares.</i>	412
5.2. <i>El derecho a la defensa y el principio de congruencia.</i>	415
5.3. <i>Los programas de cumplimiento.</i>	417
5.4. <i>La forma de la solicitud y su plazo.</i>	419
5.5. <i>La responsabilidad por los perjuicios ocasionados por las medidas cautelares y la caución.</i>	421

6. La audiencia previa para la adopción de medidas cautelares.....	423
7. La resolución sobre las medidas cautelares.....	427
7.1. Forma y contenido de la resolución.....	427
7.2. La motivación de la resolución judicial acordando las medidas cautelares.....	429
8. El recurso contra la resolución.....	431
9. La revisión y la finalización de las medidas cautelares acordadas.....	432
9.1. La modificación de las medidas cautelares.....	432
9.2. La finalización de la medida cautelar.....	433
10. Notas finales.....	435

CUARTA PARTE.- CONCLUSIONES.

CAPÍTULO XVII. Conclusiones.

Conclusiones	441
--------------------	-----

Bibliografía.	451
----------------------------	------------

Introducción.

La persona jurídica es fruto del artificio del ser humano que en su febril actividad comercial se ha dotado de los instrumentos necesarios para separar el riesgo personal del riesgo producido por la actividad económica. La persona jurídica, además de posibilitar diversas formas de acumulación de capital, tiene la ventaja, en sus formatos más avanzados, de tener la potencialidad de eludir la responsabilidad patrimonial en la que pudieran incurrir las personas físicas que abordan las actividades comerciales. Así, la posibilidad de eludir la responsabilidad personal, con todos sus bienes presentes y futuros a los que alude el Código Civil, de los socios o accionistas que conforman y aportan el capital de la persona jurídica es la característica fundamental que ha supuesto la extensión imparables de la persona jurídica en todos los ámbitos de la actividad humana.

La separación de la responsabilidad personal de la responsabilidad de la persona jurídica ha supuesto un gran progreso del capitalismo moderno, posibilitando desarrollos jurídicos de gran complejidad que a su vez han producido graves problemas, al quedar, en muchas ocasiones, exentas las responsabilidades de las personas físicas bajo el manto de protección que ofrece la persona jurídica. Existen múltiples ejemplos en los que el uso y el abuso de la personalidad jurídica ha permitido a las personas físicas no tener que responder con ningún bien ni derecho de su patrimonio personal, o incluso esconder frente a terceros su patrimonio.

La lógica del mercado y de los grandes intereses de las corporaciones jurídicas han llevado, en numerosas ocasiones, a que éstas hayan superado los límites que se establecen en las normas jurídicas, e imputando el quebrantamiento de estas normas jurídicas a que las personas físicas responsables hayan eludido la asunción de una especial responsabilidad más allá de la responsabilidad económica que, claramente, no parece suficiente para detener estas prácticas.

Las formas que otorgan en nuestro ordenamiento jurídico la personalidad jurídica son múltiples¹, quizás por ello la persona jurídica es uno de los conceptos más difíciles de definir en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, las disposiciones previstas en la normativa civil y en la normativa mercantil² se han concretado en una utilización masiva de las sociedades de capital, en concreto, de las sociedades de responsabilidad limitada³. Sin embargo, también ha proliferado el asociacionismo atípico, sin regulación ni personalidad jurídica alguna, puesto que los avances tecnológicos han permitido un impulso a la cooperación de las personas alrededor de toda la faz mundial. En todo caso, la gran diferencia entre el uso de las personas jurídicas más habituales⁴ y el asociacionismo sin ningún tipo de encaje jurídico es la responsabilidad de los socios en el ámbito civil y mercantil.

En nuestro ordenamiento jurídico, existen, a nuestro juicio, graves deficiencias en el ámbito mercantil que deben llevarnos a impulsar una ley de responsabilidad civil de, por lo menos, las sociedades mercantiles. Los supuestos de responsabilidad civil de las personas jurídicas en el ámbito societario requieren de una mayor concreción y delimitación regulatoria que debe concretarse con el impulso de una normativa propia y

¹ El artículos 35 a 39 del Código Civil bajo la rúbrica de “personas jurídicas” establecen que son personas jurídicas las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley, y las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados. Para conocer las disposiciones específicas y sus capacidades civiles de cada una de estas modalidades de personas jurídicas habrá de profundizar en sus propias normativas, en sus estatutos y en los acuerdos entre las personas físicas que albergan en su seno. En todo caso, como establece el artículo 38 del Código Civil, las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales.

² Además de las disposiciones del Código de Comercio, la normativa sectorial es fundamental en el ámbito mercantil, abordando fenómenos jurídicos de gran importancia como el cooperativismo o las sociedades laborales, sin embargo, la regulación sobre la que se sustentan la mayoría de las personas jurídicas es la de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital), que establece la regulación de las sociedades de responsabilidad limitada, las sociedades anónimas y las sociedades comanditarias por acciones.

³ Sin ningún género de duda la sociedad de responsabilidad limitada, en las que el capital, está dividido en participaciones sociales que integran las aportaciones de todos los socios, quienes no responden personalmente de las deudas sociales, es la más utilizada en nuestro país, y en el entorno internacional.

⁴ Incluso entre las formas de sociedades que otorgan la personalidad jurídica han proliferado las que blindan la responsabilidad de los socios, quedando en desuso y prácticamente erradicadas las formas de la personalidad jurídica que no conllevan aparejada la elusión de la responsabilidad por las deudas.

específica. Además, la responsabilidad civil⁵ del órgano de administración⁶ de las sociedades adolece de una regulación que la delimite con criterios objetivos y razonables⁷.

Las formas de las personas jurídicas más usuales (la sociedad limitada, la sociedad anónima y la sociedad cooperativa) pueden conllevar la construcción de una sucesión encadenada o compleja de otras personas jurídicas con ramificaciones fuera de nuestras fronteras. Una utilización perversa de las posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico estatal y el resto de ordenamientos jurídicos internacionales, posibilitan eludir y blindar no sólo la tan temida responsabilidad personal de los constituyentes de la persona jurídica, sino también la posibilidad de ocultar la titularidad real del patrimonio de origen ilícito o delictivo. El fenómeno se ha visto acrecentado por la globalización, las fronteras y las regulaciones estatales específicas, con regulaciones muy diversas y en ocasiones en clara competencia para potenciar sus economías intentando atraer fondos financieros a cambio de grandes ventajas fiscales o, incluso, la opacidad fiscal y el ocultamiento de la titularidad de los patrimonios que constan en nombre de personas jurídicas que no están asociadas directamente con sus titulares reales, las personas físicas.

La diversidad de los ordenamientos jurídicos existentes ha provocado la elusión del control de los organismos estatales de ingentes cantidades de dinero y patrimonios de los

⁵ Nos referimos a una responsabilidad civil que es distinta a la administrativa, tributaria o penal.

⁶ La única regulación de referencia son los artículos 225 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, que establece la posibilidad de que los administradores tengan que responder con su patrimonio personal en caso de que los administradores no cumplan con el deber de desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos. Además, los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad. Términos todos ellos muy vagos, en nuestra opinión, con gravísimas consecuencias personales en caso de incumplimiento, puesto que en caso de quebranto de los deberes señalados los administradores serán responsables si con ello provocan un daño a la sociedad, afectando a los socios o a terceros, o bien provocando un daño directo a los socios o terceros.

⁷ Quizás por ello, en la práctica mercantil, existe un incremento considerable de la designación de personas jurídicas como administradores sociales en base al artículo 212 bis de la Ley de Sociedades de Capital que permite que el administrador de una sociedad de capital sea una persona jurídica. Y, aunque sea necesario en el caso de que una persona jurídica sea nombrada como administrador la designación de una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo, en principio esta persona natural o representante físico de la persona jurídica no asume ningún tipo de responsabilidad civil (de las que hemos mencionado) al recaer los deberes de administración en la persona jurídica designada como administradora social.

que existen dificultades para conocer, incluso, a los titulares físicos reales de las personas jurídicas. Los problemas de ocultamiento de los patrimonios personales de muchas personas físicas a través de las personas jurídicas no constituyen una actividad reciente. Desde la existencia de las Haciendas modernas los casos son conocidos, pero la facilidad para cruzar fronteras estatales derivada de la globalización y el fenómeno de internet ha supuesto un aumento considerable de este tipo de supuestos unidos a delitos de corrupción, terrorismo y blanqueo de capitales.

En la mayoría de ocasiones, se desconoce el origen de los patrimonios y de los fondos financieros de estas personas jurídicas. Por ello, y con el objetivo de afrontar este fenómeno, se han activado las herramientas internacionales para la convergencia y homogenización de las regulaciones. Uno de los textos internacionales que más impacto ha tenido en la materia es el Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) del 27 de enero de 1999 que, junto a otras obligaciones internacionales asumidas por nuestro país, obliga a la incorporación del régimen especial de responsabilidad del que es objeto el presente estudio. Todo este debate se produce en un contexto marcado por el terrorismo internacional y su financiación constituye una preocupación para los legisladores. Y es por ello que, para atajar el problema, se deben consensuar las políticas criminales relacionadas con la utilización de las personas jurídicas. Del panorama internacional también procede la necesaria armonización y homogeneización de los ordenamientos jurídicos en un mundo que difícilmente entiende de fronteras cuando se trata de movimientos de capital.

Sin embargo, el fenómeno de responsabilización de la persona jurídica no es nuevo en nuestro ordenamiento jurídico. La responsabilidad de la persona jurídica y de las personas físicas que la constituyen es un problema que el ordenamiento jurídico ha intentado acometer desde diversas ópticas. Las soluciones planteadas han ido evolucionando al ritmo del incremento del propio uso de las personas jurídicas y de la alarma social generada por los supuestos en que las personas jurídicas se han visto inmersas. La evolución de la responsabilidad penal de la persona jurídica, presionada también desde las esferas internacionales, ha supuesto la elevación del grado de persecución y de la normativa reguladora de este ámbito.

En nuestro ordenamiento jurídico, la búsqueda de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha focalizado, durante decenios, en la búsqueda de la responsabilidad personal de las personas físicas. Una concepción amplia y sin definir que incluye a sus gestores o administradores, y que integran la organización de la persona jurídica, pasando por la utilización de la técnica del levantamiento del velo societario para atribuir a la persona que permanece oculta las responsabilidades que intenta evitar con el uso de la personalidad jurídica.

La siguiente etapa de evolución de nuestro ordenamiento va a introducir las consecuencias o medidas accesorias que se proyectan sobre la persona jurídica por los hechos criminales cometidos por las personas físicas especialmente vinculadas con ella. La regulación del artículo 129 CP introducida en el año 1995 constituye, a nuestro entender, el inicio de la etapa en la que las personas jurídicas van a poder ser responsables en el ámbito penal, asumiendo las consecuencias de los delitos, llegando incluso a su disolución jurídica. La responsabilidad económica es incrementada en el año 2003, con la introducción de una responsabilidad solidaria de la persona jurídica junto con las personas físicas de su organización en caso de comisión de delitos en el artículo 31 CP.

Sin embargo, el avance legislativo fundamental para este trabajo acaece en el año 2010 con la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de un régimen de responsabilidad nuevo con respecto a las entidades jurídicas; la responsabilidad penal autónoma e independiente con respecto a la persona física. La reforma del Código Penal que introduce el nuevo régimen de responsabilidad penal de los entes colectivos fue aprobada en fecha de 22 de junio de 2010, a través de la Ley Orgánica 5/2010.

El establecimiento de una auténtica responsabilidad de la persona jurídica es paralela e independiente de la responsabilidad penal en la que pudieran incurrir las personas físicas que la integran. Una cuestión que ha provocado posicionamientos divergentes por cuanto choca con una larga tradición jurídica que venía de considerar que la persona jurídica no podía delinquir, puesto que los únicos que podían hacerlo eran los seres humanos dotados de voluntad. No obstante, la regulación penal establece que es la propia persona jurídica la que va a responder de las infracciones penales, tal y como sucede en el resto de órdenes jurisdiccionales; en el ámbito laboral, en el ámbito administrativo y en el ámbito civil y mercantil. Su responsabilidad penal se va a tener que afrontar desde el patrimonio de la

persona jurídica, independientemente de lo que suceda en el caso en que los bienes o derechos con los que cuente no sean suficientes para responder ante las obligaciones penales en las que incurre.

Lamentablemente, e independientemente del debate surgido en la doctrina sobre lo “extraño” que supone exigir la responsabilidad penal a un ente ficticio cuyas decisiones surgen en el último ratio de las personas físicas, la reforma del Código Penal no vino acompañada de la pertinente reforma procesal para encauzar esta responsabilidad penal. La sensación de improvisación y de falta de seriedad en una materia que afecta a los agentes del tráfico jurídico mercantil, incrementaban la impresión de que el nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas obedecía a las presiones de las obligaciones asumidas tendentes a la homogenización internacional de los ordenamientos jurídicos y los convenios en la materia suscritos por nuestro país. El legislador, ante la inseguridad que provocaba que no se contemplaran la especial naturaleza y los caracteres de la persona jurídica en el proceso penal, aprobó a través de la Ley 37/2011, más de un año después de la LO 5/2010, una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para acomodar la presencia de la persona jurídica al proceso penal de nuestro ordenamiento jurídico.

El establecimiento de unas garantías similares en el caso del proceso penal dirigido contra la persona jurídica, va a contar con particularidades evidentes derivadas de la propia naturaleza ficticia de la personalidad jurídica. Sin embargo, la introducción de estas garantías procesales en el marco del proceso criminal se encuentra con la falta de experiencia procesal que conlleva dificultades prácticas en las instrucciones de los procedimientos. Un análisis de la reforma procesal que acompaña al establecimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica nos lleva a la conclusión de que no es completa y de que adolece de previsiones normativas que están provocando muchas dificultades. Con todo, se ha ido avanzado poco a poco y acumulando una experiencia procesal a la que se deben sumar las experiencias acumuladas compiladas desde el año 1995 por la aplicación de las denominadas consecuencias accesorias, artículo 129 del Código Penal, que se han venido estableciendo en el Código Penal con distintos contenidos.

Habiéndose complementado el diseño legislativo en su aspecto sustantivo y procesal, el sistema especial de responsabilidad obedecía a la clasificación de las personas jurídicas dependiendo de que tenga o no personalidad jurídica. El legislador es consciente de que la realidad asociativa ha superado las formalidades exigidas y contempla también para ellas una fórmula similar de responsabilidad penal. Las previsiones normativas van a girar en torno a dos artículos del Código Penal, el artículo 31 bis y el artículo 129, que van a acoger rasgos punitivos similares a pesar de la distinta naturaleza que tienen las personas jurídicas y las entidades que carecen de personalidad jurídica. El sistema también comparte la regulación de las medidas cautelares que son idénticas para ambas disposiciones. Por tanto, se trata de un sistema aparentemente integral que va a provocar que si la persona jurídica tiene que afrontar las consecuencias del artículo 31 bis CP y cualquier otro tipo de entidad, sin personalidad jurídica, las previsiones del artículo 129 CP que va ser un artículo de cierre o subsidiario del sistema de responsabilidad penal.

A pesar de los innumerables problemas que surgen, la mayor controversia se centra en los sistemas de transmisión y atribución de la culpabilidad de las personas físicas a las personas jurídicas. A este respecto se ha generado una diversidad de opinión del diseño legislativo que no va a ser resuelta por la jurisprudencia⁸.

Sin embargo, otros problemas del diseño legislativo van a hacer su aparición con efectos inmediatos; el sistema previsto en el artículo 129 CP no es estrictamente el de una responsabilidad penal independiente y autónoma de las entidades jurídicas, sino una responsabilidad accesoria y facultativa que se proyecta sobre ellas desde la premisa de la responsabilidad penal de la persona física. Por tanto, en este aspecto, éste era un sistema de responsabilidad penal nada novedoso y conocido en nuestro ordenamiento jurídico, aunque arrastraba problemas evidentes provocados por su escasa y polémica aplicación jurisprudencial.

⁸ Curiosamente no existe un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la normativa introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio, porque los primeros pronunciamientos tienen lugar una vez que se ha incorporado la modificación sustancial de la normativa por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

Además, el legislador mantuvo en los tipos delictivos del Código Penal ciertas regulaciones que desentendiéndose del sistema de responsabilidad diseñado en el año 2010, remitían directamente al régimen de las consecuencias accesorias previsto en el artículo 129 CP, obviando la clasificación primordial que el sistema establecía entre las personas jurídicas, distinguiéndose las que tienen personalidad jurídica y las que carecen de la misma. En especial, llamaba poderosamente la atención que el legislador había incorporado a nuestro ordenamiento jurídico los delitos relacionados con la delincuencia organizada con la misma ley que incorporaba la regulación de la responsabilidad penal, la LO 5/2010, y establecía una remisión directa en uno de sus artículos, el artículo 570 quáter, al régimen de consecuencias accesorias del artículo 129 CP.

La digestión del sistema estaba siendo complicada, y el legislador va a tomar otra decisión que provocará que los cimientos construidos doctrinalmente caigan. La LO 1/2015 va a dar un paso atrás en el régimen de la responsabilidad penal autónoma e independiente regulada en el artículo 31 bis CP. La introducción plena de los programas de cumplimiento, previsión o de control de la comisión de los delitos en el marco de la organización de las personas jurídicas va a permitir a éstas eludir su responsabilidad penal. Sin embargo, la teórica regulación complementaria de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP no va a sufrir ninguna modificación en su regulación, acrecentando las dudas sobre la homogeneidad del sistema especial de responsabilidad penal.

El Tribunal Supremo, con sus primeros pronunciamientos, también va a provocar un terremoto, al avalar la posibilidad de las personas jurídicas de eludir la responsabilidad penal a través de los programas de cumplimiento, y además, exigir a la acusación del proceso penal la responsabilidad de acreditar la inexistencia y la no aplicación de estos programas en el seno de la persona jurídica, dificultando la aplicación del régimen de responsabilidad penal.

Estamos ante un auténtico retroceso con respecto al sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica instaurado en el año 2010, que la LO 1/2015 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo impulsan decididamente; las personas jurídicas a través de instrumentos burocráticos-administrativos relativamente sencillos van a poder apartarse del sistema de responsabilidad penal.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el mismo instante en que rebaja la efectividad del sistema de responsabilidad, va a articular otro régimen inédito de responsabilidad penal frente a las personas jurídicas, que si bien no va a ser una responsabilidad penal va a tener unos efectos y consecuencias muchísimo más arrollador, la creación de una categoría de personas jurídicas instrumentales o también denominadas sociedades pantalla. Un régimen jurídico creado sobre escasos pilares normativos y basado en la vieja doctrina del levantamiento del velo societario que también ha sido elaborado jurisprudencialmente.

Por tanto, se van a consolidar dos vías principales en el régimen de exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas; una vía garantista y que permite eludir con la adopción de determinados trámites administrativos la responsabilidad penal, frente a otra vía incierta y contundente que va a incorporar, además de los regímenes de las consecuencias accesorias, la categoría de las sociedades instrumentales.

En relación a las medidas cautelares se van a reproducir con mayor gravedad todos los defectos del sistema sin que el legislador haya estipulado regulaciones y criterios concretos sobre la graduación e intensidad de las medidas a imponer a la persona jurídica en la fase de instrucción. Igualmente se van a establecer instrumentos cuya imposición más que cautelar van a ser definitivos para la persona jurídica. La realidad es contumaz, y ninguna empresa puede soportar un periodo prolongado con la suspensión de sus actividades o con la clausura de sus establecimientos. El tráfico jurídico mercantil es ágil, veloz, dinámico y exigente, al contrario de los lentos tiempos judiciales. En la fase cautelar es en la que se va a decidir el futuro o la viabilidad económica de la persona jurídica y, aunque la teoría general puede soportar grandes e interesantes disquisiciones sobre el proceso penal a las personas jurídicas, en nuestra opinión, la realidad se impone. El trámite cautelar será decisivo en esta materia, si se adoptan las intensas medidas cautelares previstas la sentencia penal posterior se va a encontrar con una entidad extinguida en la práctica. La experiencia en el ámbito mercantil nos enseña que la intervención de los administradores concursales en las personas jurídicas que acuden a la vía concursal de la Ley 22/2003 provoca, en la enorme mayoría de los supuestos, su liquidación y su posterior disolución.

Las penas o sanciones que se pueden imponer a las personas jurídicas deberían ser los criterios determinantes para la imposición de medidas cautelares y, dada su repercusión, deberían atemperarse sobre la responsabilidad económica que constituye el principal mecanismo obligacional dada la naturaleza de las sociedades ficticias. Sin embargo, un grave problema legislativo en la regulación de las medidas cautelares sobre la persona jurídica parece obviar a las medidas cautelares patrimoniales.

El presente trabajo parte de una mirada global en su objetivo de analizar la cuestión del origen y evolución del régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de las tendencias evolutivas en las medidas cautelares. En su desarrollo, el estudio se desplaza desde ese ámbito global a lo singular, centrándose en los derechos fundamentales que corresponden a la persona jurídica, a las sanciones previstas y a los distintos regímenes jurídicos que integran este régimen de responsabilidad penal. Nuestro trabajo se detiene igualmente en las medidas cautelares que se van a poder imponer a las personas jurídicas, su procedimiento y características, y su experiencia judicial. Por último, a lo largo del estudio, y ante la insuficiente regulación de las cuestiones cautelares analizadas, proponemos soluciones posibles, basándonos en la propia normativa jurídica, doctrinal y jurisprudencial de nuestro ordenamiento.

**PRIMERA PARTE.- APROXIMACIÓN A LA
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS
JURÍDICAS.**

CAPÍTULO I.

La evolución de la responsabilidad de las personas jurídicas hasta el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

1. Introducción.

La comprensión de los conceptos que utilizamos en el ámbito del Derecho obliga, como en el resto de facetas del conocimiento del ser humano, a mirar al pasado para intentar comprender el origen y la génesis de las normas jurídicas. Una mirada al pasado que nos sirve para entender el estado de los problemas que llevaron al legislador a adoptar una determinada norma jurídica y ver su eficacia para resolver los problemas actuales, e igualmente para comprender mejor los problemas y las oportunidades relacionadas con esta materia. Ya que tal y como afirmaba el historiador griego Polibio “no hay profesión más apta para la instrucción del hombre que el conocimiento de las cosas pretéritas”⁹.

Por ello, el inicio de nuestro trabajo va a requerir acercarnos al origen y la evolución de la propia responsabilidad penal de las personas jurídicas. A raíz de la reforma del Código Penal del año 2010, el concepto de responsabilidad penal asociado a la persona jurídica se ha convertido en una de las cuestiones más comentadas en todos los foros de los operadores jurídicos. En muchas ocasiones, se nos ha presentado esta responsabilidad penal como una materia absolutamente novedosa, como un nuevo régimen que rompe con los esquemas del pasado y que, por primera vez, aborda la problemática surgida por los abusos de las corporaciones.

Sin embargo, antes de la introducción de esta reforma, en nuestro ordenamiento jurídico se ha venido exigiendo la responsabilidad a las personas jurídicas, incluso en el ámbito penal. Aunque bajo otras fórmulas jurídicas, en nuestros juzgados y tribunales se ha venido aplicando históricamente a las personas jurídicas sanciones asociadas a la

⁹ POLIBIO, *Historia de Roma*, 2008, Alianza Editorial.

comisión de ilícitos penales¹⁰. Por ello, en nuestra opinión, la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas no es una novedad en cuanto a la sustancia de su regulación¹¹.

Todo ello no desmerece de la aportación novedosa de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que reformaba el Código Penal introduciendo un nuevo concepto relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas mucho más evolucionado que los que se conocían anteriormente en nuestro ordenamiento jurídico¹².

Estamos ante una reforma que ha provocado un intenso debate y elevadas controversias doctrinales, puesto que se trata de una responsabilidad penal directa de la persona jurídica que va a asumir de forma autónoma e independiente de la responsabilidad de las personas físicas vinculadas con el delito cometido¹³. Justo al contrario de lo que sucedía en las regulaciones anteriores que había conocido nuestro ordenamiento jurídico, en las que la imputación o condena de la persona física que había cometido el delito permitía de forma accesoria transmitir una serie de consecuencias estipuladas a la persona jurídica¹⁴.

A partir de la nueva regulación, y a pesar de que la responsabilidad de las corporaciones se basa también en las actuaciones y en las decisiones de las personas físicas que la integran, no se va requerir su condena previa o paralela. La persona jurídica asumirá

¹⁰ Según LÓPEZ JIMÉNEZ “el legislador español no ha atribuido la responsabilidad penal a las personas jurídicas de la noche a la mañana”. LÓPEZ JIMÉNEZ, R., “La adopción de las medidas cautelares en los procesos de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal. 25 y 26 de abril de 2013*, MORENO CATENA, V., (dir.), Tirant lo Blanch, 2015, pág. 274.

¹¹ Coincidimos plenamente con la opinión de BAJO FERNÁNDEZ., “Vigencia de la RPPJ en el Derecho Sancionador Español” en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, con FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., y GÓMEZ JARA-DÍEZ, C, Thomson Reuters, 2016, pág. 28.

¹² La necesidad de abordar la responsabilidad penal de las personas jurídicas surge según CASTILLEJO MANZANARES, por el hecho de que la persona jurídica puede ser un foco de delincuencia. CASTILLEJO MANZANARES, R., “La actual regulación de la responsabilidad penal de personas jurídicas”, *La Ley mercantil*, núm. 18, 2015, Wolters Kluwer, pág. 2.

¹³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Fundamentos de las responsabilidad penal de las personas jurídicas” con ZARZALEJOS NIETO, J., y BANACLOCHE PALAO, J. en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, 2012, pág. 44.

¹⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, con BAJO FERNÁNDEZ, M. y GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., Thomson Reuters, 2016, págs. 301-304.

directa e independientemente su propia responsabilidad, y se verá avocada a un proceso penal que, independientemente de la responsabilidad de la persona física, va a tratar de su responsabilidad penal¹⁵.

En cuanto al origen de la regulación sobre la responsabilidad penal de las entidades introducida en nuestro ordenamiento jurídico, su procedencia se encuentra en otros ordenamientos jurídicos. El influjo de los ordenamientos jurídicos anglosajones ha empujado a su incorporación junto con el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado español en el plano internacional y europeo¹⁶.

Los países anglosajones son los que principalmente ofrecen las soluciones frente a los problemas que originan las personas jurídicas¹⁷. Estos países han sido pioneros en modelos organizativos así como centros de los flujos financieros y de mercancías¹⁸. Por ello, no es casualidad que los ordenamientos jurídicos anglosajones sean los que con mayor precisión han frenado la utilización abusiva de las personas jurídicas, sirviendo los planteamientos económicos y las soluciones jurídicas propuestas tanto por Gran Bretaña como por los Estados Unidos¹⁹ como modelos para el resto del mundo²⁰. Sin embargo,

¹⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El sistema de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas” con ZARZALEJOS NIETO, J., y BANACLOCHE PALAO, J., en *Responsabilidad penal...*, *op.cit.*, págs. 74-76.

¹⁶ En el año 2010 nuestro ordenamiento jurídico no fue el único que incorporó la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un grupo de países se sumó a su introducción, por lo que se deduce como señala GÓMEZ-JARA DIEZ que “sin duda, la tendencia internacional hacia el establecimiento de este tipo de responsabilidad ha ejercido una importante presión en este sentido”. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas” con ZARZALEJOS NIETO, J., y BANACLOCHE PALAO, J., en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, 2012, pág. 19.

¹⁷ Entre los países anglosajones el referente es el de los Estados Unidos de América. El año 1909 se sentenció el caso *New York Central & Hudson River Railroad versus United States*, y desde ese momento vienen aplicando la responsabilidad de las personas jurídicas. GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters, 2014, pág. 30.

¹⁸ HOBSBAWM, E.J., *Guerra y paz en el siglo XXI*, Crítica, 2007, págs. 73 y ss.

¹⁹ En opinión de VILLEGAS GARCÍA el crecimiento de Estados Unidos y la proliferación de personas jurídicas que son los verdaderos actores de la vida económica es la que provoca que se proteja a la sociedad de los daños que puedan producir en el ejercicio de su actividad. VILLEGAS GARCÍA, M.A., *La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas. La Experiencia de Estados Unidos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pág. 27.

existe un debate intenso sobre la cuestión entre las doctrinas jurídicas anglosajonas y continentales²¹, incluso un debate profundo dentro de la doctrina continental²².

2. La Exposición de Motivos de la LO 5/2010.

Para averiguar el origen y el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento vamos a acudir, en primer lugar, a los motivos que empujaron al legislador a introducir este sistema especial de responsabilidad²³.

El propio legislador nos explica en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, apartado séptimo, que la reforma obedece a una necesidad que proviene del plano internacional:

“son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...)”.

²⁰ La influencia del modelo estadounidense con su experiencia en materia de “programas de cumplimiento penal” es evidente. GASCÓN ENCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*, 2012, Marcial Pons pág. 11.

²¹ BAJO FERNÁNDEZ, M., “Vigencia de la RPPJ en el Derecho Sancionador Español” en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, con FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., y GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., Thomson Reuters, 2016, en pág. 27.

²² Interesante debate sobre esta cuestión es la que se produjo entre VAN WEEZEL Y GÓMEZ-JARA DÍEZ en el año 2010. VAN WEEZEL viene a abogar contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas por cuanto significa de liberar a las personas físicas de responsabilidad y, en todo caso, prescindir del principio de culpabilidad. Mientras, GÓMEZ JARA DÍEZ aboga por la conveniencia político-criminal de establecer una imputabilidad jurídico-penal empresarial. VAN WEEZEL, Álex, “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Política Criminal*, vol. 5, núm. 9, 2010, págs. 114-142. GÓMEZ JARA DÍEZ, C., “Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una anticrítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weezel”, *Política Criminal*, vol. 5, núm. 10, 2010, págs. 455-475,

²³ GIMENO BEVÍA, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Thomson- Reuters Aranzadi, 2014, pág. 30.

Deberemos por tanto acudir a estos instrumentos jurídicos internacionales que el legislador menciona para saber cuáles son los fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

3. Los principales compromisos internacionales que originan la responsabilidad penal de la persona jurídica.

La remisión a la esfera internacional resulta compleja debido a que la interconexión jurídica global es de gran profundidad a raíz de la globalización de la economía mundial. Los textos o compromisos internacionales más importantes que han exigido al Estado Español la adaptación en nuestro ordenamiento jurídico son, en nuestra opinión, los siguientes:

3.1. El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El primero de los textos en el que debemos detenernos es el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobado en Nueva York el 25 de mayo de 2000²⁴.

El Protocolo pretende ampliar las medidas, entre otras, que deben adoptar los Estados a fin de garantizar la protección de los menores contra la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Se pretende, especialmente, combatir la cada vez mayor disponibilidad de pornografía infantil en Internet y de otros medios tecnológicos modernos²⁵.

²⁴ El Protocolo fue firmado el día 6 de septiembre de 2000, por el Plenipotenciario de España, en Nueva York y ratificado mediante su aprobación y publicación en el B.O.E. núm. 27, el día 31 enero 2002.

²⁵ ROCA AGAPITO, L., “Algunas consideraciones sobre la prostitución y la pornografía infantiles”, *Diario La Ley*, núm. 5519, 2002, La Ley, pág. 1779 y siguientes; DOLZ LAGO destaca también la influencia del informe *Protection of Children Against Abuse Through New Technologies* del comité del

El Protocolo, sobre la base de las conclusiones de la Conferencia Internacional de Lucha contra la Pornografía Infantil en Internet (Viena, 1999), solicita la penalización en todo el mundo de la producción, distribución, exportación, transmisión, importación, posesión intencional y propaganda de este tipo de pornografía, y subrayando la importancia de una colaboración y asociación más estrecha entre los gobiernos y el sector de Internet.

Los firmantes del Protocolo estiman que es necesario abordar el problema con un enfoque global que permita hacer frente a todos los factores que contribuyen a la vulneración de los derechos de los niños. En particular, el subdesarrollo, la pobreza, las disparidades económicas, las estructuras socioeconómicas no equitativas, la disfunción de las familias, la falta de educación, la migración del campo a la ciudad, la discriminación por motivos de sexo, el comportamiento sexual irresponsable de los adultos, las prácticas tradicionales nocivas, los conflictos armados y la trata de niños²⁶. Su artículo 3 establece el compromiso para las actividades que el Protocolo combate se incorporen a la legislación penal “tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente (...)”. Sin embargo, la incorporación de la responsabilidad colectiva fue desarrollada en el párrafo cuarto del artículo 3, que traslada a los Estados suscribientes la obligación de aprobar las disposiciones “que permitan hacer efectiva la responsabilidad de personas jurídicas por los delitos enunciados”. Una responsabilidad que además no tiene porque ser exclusivamente penal; “la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser penal, civil o administrativa”. El Protocolo está integrado en el ordenamiento jurídico español y, por tanto, constituye una obligación jurídica para nuestro país desde el 31 de enero de 2002²⁷.

Consejo de Europa para la Convención de 23 de noviembre de 2001, además del Convenio que tratamos y la Decisión Marco 2004/68/JAI, del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. DOLZ LAGO, M.J., “ Un acercamiento al nuevo delito *child grooming*. Entre los delitos de pederastia”, *Diario La Ley*, núm. 7575, 2011, La Ley, págs. 6 y ss.

²⁶ Para profundizar en la materia *vid* VILLAGRASA ALCAIDE, C., “Reflexiones en torno a la aplicación internacional de la Convención sobre los Derechos del Niño: las pautas marcadas en los Congresos Mundiales por los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia”, *La Ley Derecho de familia*, 2014, La Ley, pág. 1 y ss.

²⁷ El influjo del Protocolo y la importancia de los bienes jurídicos protegidos impulsaron también a la Unión Europea a aprobar la Directiva 2011/92/UE para establecer las normas mínimas relativas a la

3.2. Convenio penal sobre la corrupción y la influencia del GRECO.

El segundo de los textos internacionales que han influido en la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica, en nuestro ordenamiento jurídico, es el Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) del 27 de enero de 1999²⁸.

El Convenio parte del convencimiento de los Estados suscribientes de la necesidad de seguir, de modo prioritario, una política penal común encaminada a la protección de la sociedad contra la corrupción, incluso mediante la adopción de una legislación apropiada y de las medidas preventivas adecuadas²⁹.

Apuntando a la corrupción como una amenaza para la primacía del derecho, la democracia y los derechos humanos, en tanto socava los principios de una buena administración, de la equidad y de la justicia social, que falsea la competencia, obstaculiza el desarrollo económico y pone en peligro la estabilidad de las instituciones democráticas y los fundamentos morales de la sociedad. Para ello, plantea la exigencia de intensificar la cooperación internacional en materia penal dotándola de mayor rapidez y agilidad³⁰.

definición de los delitos y sanciones en el ámbito del abuso sexual y de la explotación sexual de menores, de la pornografía infantil y de las proposiciones a menores con fines sexuales. GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “Nuevas obligaciones para España en la lucha contra la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil: la Directiva 2011/92/UE”, *Revista Penal*, núm. 30, 2012, Tirant lo Blanch, págs. 35-59.

²⁸ Fue firmada en Estrasburgo el día 10 de mayo de 2005, por el Plenipotenciario de España y ratificada por España en el B.O.E. núm. 182, el 28 de julio de 2010.

²⁹ BACIGALUPO SAGGESE, S. y LIZCANO ÁLVAREZ, J, *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción*, EUROsociAL, 2013, pág. 24

³⁰ KOS, Drago. “Seguimiento de los esfuerzos contra la corrupción en Europa”, *Revista penal*, núm. 16, Tirant lo Blanch, 2005, pág. 54; y, ARIAS RODRÍGUEZ, J.M., “Algunas reflexiones sobre la política anticorrupción en la Unión Europea”, *Diario La Ley*, núm. 7989, 2012, La Ley, págs. 2 y ss.

Los Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa decidieron, en su Segunda Cumbre celebrada en Estrasburgo los días 10 y 11 de octubre de 1997, buscar respuestas comunes a los desafíos planteados por la extensión de la corrupción. Para esta finalidad, adoptaron un Plan de Acción que, con el fin de promover la cooperación en la lucha contra la corrupción, incluidos sus vínculos con la delincuencia organizada y el blanqueo de dinero. Se encargó al Comité de Ministros concluir rápidamente los trabajos de elaboración de instrumentos jurídicos internacionales, conforme al Programa de Acción contra la Corrupción. El texto recoge los veinte principios rectores de la lucha contra la corrupción que acordó el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Resolución (97) 24 de fecha de 6 de noviembre de 1997.

El artículo 18 de este Convenio va a resultar esencial por su influencia directa en la regulación que va a aprobar el legislador de la LO 5/2010. Las bases regulatorias de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que se van a aprobar en nuestro ordenamiento jurídico son prácticamente idénticas a las que propone este Convenio. Por la importancia del artículo 18 lo vamos a reproducir íntegramente:

“1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para garantizar que se pueda hacer responsables a las personas jurídicas de los delitos de corrupción activa, de tráfico de influencias y de blanqueo de capitales tipificados de conformidad con el presente Convenio, cuando sean cometidos en beneficio de aquéllas por una persona física, actuando individualmente o como miembro de un órgano de la persona jurídica, que ejerza un poder directivo dentro de ésta, sobre la base de:

- un poder de representación de la persona jurídica; o
- una autoridad para adoptar decisiones en nombre de la persona jurídica; o
- una autoridad para ejercer control en el seno de la persona jurídica;

así como de la participación de esa persona física en calidad de cómplice o de instigador en la comisión de los delitos anteriormente mencionados.

2. Aparte de los casos ya previstos en el apartado 1, cada Parte adoptará las medidas necesarias para garantizar que se pueda hacer responsable a una persona jurídica cuando la falta de vigilancia o de control por parte de una de las personas físicas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible la comisión, por parte de una persona física sometida a su autoridad, de los delitos mencionados en el apartado 1 en beneficio de dicha persona jurídica.

3. La responsabilidad de la persona jurídica en virtud de los apartados 1 y 2 no excluye la acción penal contra las personas físicas autoras, instigadoras o cómplices de los delitos mencionados en el apartado 1”.

La necesidad de abordar los delitos de corrupción activa, de tráfico de influencias y de blanqueo de capitales, delitos en los que la persona jurídica tiene una especial relevancia va a resultar crucial y fundamental para la incorporación de la responsabilidad penal, con los caracteres de autonomía e independencia, en nuestro ordenamiento jurídico³¹.

El Convenio obliga a los suscribientes a perseguir y responsabilizar penalmente a la persona jurídica y se rodea de instrumentos que van presionar a los Estados suscribientes hasta crear un régimen jurídico uniforme en relación a la corrupción. El principal instrumento es la creación de un grupo³², que se denomina Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO).

El Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO)³³ fue creado por el Consejo de Europa en el año 1999, y se trata de un organismo que tiene la pretensión de mejorar la lucha contra la corrupción. Para la consecución de su objetivo va a intentar influenciar a

³¹ FARALDO CABANA, P. “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 23, Universidad de Santiago de Compostela, 2001-2002, págs. 63-68.

³² Tenemos la fortuna de contar con la opinión de VILLAMERIEL PRESENCIO que en el año 2005 era Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia. El autor remarca la preocupación del Consejo de Europa por la corrupción, desde la Conferencia de Ministros de Justicia europeos celebrada en Malta en 1994, que es considerada como “una amenaza grave para la democracia, el estado de derecho y los derechos humanos”. Así el Consejo de Europa “aprobó en 1996 un Programa de Acción contra la Corrupción, que contemplaba elaborar uno o más convenios internacionales contra la corrupción, y establecer mecanismos de control para garantizar que los Estados signatarios respetaran los compromisos contenidos en dichos Instrumentos”. Como afirma el autor, el Convenio 173 “es una de las respuestas del Consejo de Europa frente a este problema”. Y los objetivos del Convenio son dos: “en primer lugar, incluye la tipificación penal de una serie de conductas relacionadas con la corrupción que posteriormente tendrán que ser recogidas en la legislación interna de los Estados. En segundo lugar, el Convenio pretende impulsar la cooperación a nivel internacional, facilitando la comunicación rápida y directa entre las autoridades nacionales competentes”. VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P., “Derecho penal: algunas reformas necesarias en la actual legislatura”, *Diario La Ley*, 2005, La Ley, pág. 26.

³³ La organización GRECO es una organización vinculada al Consejo de Europa, que recordemos, es una organización europea que tiene como objetivo principal la defensa y protección de la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos, en particular los civiles y políticos. El Consejo está integrado por 47 Estados, de los que 28 forman parte de la Unión Europea. El Consejo tiene su sede en la ciudad de Estrasburgo y su órgano más relevante es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La importancia de este tribunal es cada más importante y su misión es supervisar la aplicación del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 en los Estados que han firmado o se han adherido al mismo. Los ciudadanos miembros de los Estados en que se aplica el Convenio pueden interponer denuncias ante el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, una vez agotadas las posibilidades de apelación en los juzgados y tribunales internos de los Estados miembros. La información proviene de la página del Consejo de Europa, consultada en fecha de 1/03/2017: www.coe.int/en/web/about-us/who-we-are

los países que han suscrito el Convenio, utilizando como método un sistema de rondas de evaluación directa con los propios Estados³⁴.

El objetivo fundamental del GRECO es mejorar la capacidad de los Estados miembros para combatir la corrupción, y su instrumento básico es la supervisión del cumplimiento de las normas del Consejo de Europa contra la corrupción. La supervisión se realiza a través de un proceso dinámico bilateral entre cada Estado y el grupo, identificando las deficiencias en las políticas estatales frente a la corrupción, provocando las reformas necesarias en los Estados miembros en el ámbito institucional y legislativo.

Es tal la importancia estratégica de esta organización que los Estados miembros que pertenecen a la misma superan a los Estados que pertenecen al Consejo de Europa. Pueden pertenecer automáticamente al GRECO los Estados que se han adherido a los Convenios penal (Convenio número 173 del Consejo) o civil (Convenio número 174 del Consejo) contra la corrupción. Actualmente, el GRECO comprende a 49 Estados miembros (48 Estados de Europa y los Estados Unidos de América). El funcionamiento del GRECO se rige por sus Estatutos y su Reglamento. Cada Estado miembro designa a un máximo de dos representantes que participan en las reuniones plenarias del GRECO con derecho a voto.

El GRECO funciona a partir de un procedimiento de evaluación que valora la situación del ordenamiento jurídico en relación a las finalidades del Convenio suscrito. Una vez finalizada la evaluación se confecciona un informe de recomendaciones. En los casos en que no todas las recomendaciones se hayan cumplido, el GRECO volverá a examinar las recomendaciones pendientes en un periodo de 18 meses mediante una nueva evaluación³⁵.

³⁴ Como nos relata VILLAMERIEL PRESENCIO si bien España fue miembro de GRECO desde su inicio “rehusó firmar el Convenio 173 ante la posibilidad de que el Reino Unido formulara una declaración unilateral de extensión de la aplicabilidad del Convenio a Gibraltar. Esto supondría reconocer a las autoridades gibraltareñas competencia para la cooperación jurídica internacional (...)”, sin embargo, al final, acabaría firmando el Convenio con una cláusula sobre Gibraltar. VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P., “Derecho penal...”, *op.cit.*, pág. 27.

³⁵ Para más información sobre el GRECO y su método de trabajo podemos visitar la dirección (consulta realizada en fecha de 20 de febrero de 2017):

El ámbito de actuación del GRECO se centra en la lucha contra la corrupción, al considerarla uno de los peores males sociales en lo que respecta a la administración de los asuntos públicos. El GRECO estima que anualmente se pagan cientos de miles de millones de euros en sobornos. Por todo ello, para el Consejo de Europa (incluso, también para los Estados Unidos de América), la lucha contra la corrupción es una prioridad y el GRECO va a ser un instrumento adecuado para ello.

En el horizonte temporal anterior al año 2010, la grave crisis económica, la creciente preocupación de la ciudadanía con respecto a la corrupción³⁶ y la presión del GRECO para que nuestro país cumpliera con lo estipulado en este Convenio confluyeron de manera clara.

a) Primeras rondas con el GRECO.

En las primeras rondas, en el año 2000³⁷, ante la presión de la Unión Europea y de las normas internacionales para regular una explícita responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico, el Gobierno español argumentó que la regulación de las consecuencias accesorias existente del art. 129 CP, que databa del año

³⁶ CEREZO DOMÍNGUEZ sostiene que “el fundamento de esta nueva legislación radica en el actual proceso de globalización, que implica la internacionalización de las prácticas comerciales y del fenómeno de la corrupción. La corrupción como arma mercantil se convierte en una cuestión de toma de decisión racional que es adoptada, planeada y ejecutada por empresarios que operan en ámbitos inmersos en el mercado global con la complicidad de funcionarios públicos. Es más, se ha señalado, que la corrupción es considerada hoy en día como un gran problema social que puede poner en peligro la estabilidad y la seguridad de las sociedades, amenazar el desarrollo social, económico y político y arruinar el valor de la democracia y la moral”. CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., “La adaptación del sistema jurídico-penal español a las propuestas internacionales sobre corrupción administrativa”, *Actualidad Penal*, Wolter Kluwer, 2001, pág. 201.

³⁷ La primera ronda de evaluación tuvo lugar en el periodo (2000-2002). En la evaluación se describe el contexto general del Reino de España y se constataba que el sistema legal español preveía la responsabilidad administrativa y civil, ya fuera directa o subsidiaria, de las personas jurídicas que derivaba de los daños causados por sus directivos o empleados. Sin embargo, proseguía el informe, no existía ninguna disposición para la responsabilidad penal de las personas jurídicas basadas en la noción de culpa, ya que no se consideraba que las personas jurídicas pudieran tener una intención criminal. El informe también constataba la existencia de la responsabilidad de las personas que actuaban en nombre de la persona jurídica a través de lo dispuesto en el artículo 31 del Código Penal; y de las medidas accesorias del art. 129 del Código Penal, y que “las autoridades españolas están considerando actualmente la posibilidad de aplicar el artículo 129 del Código penal español a los delitos económicos y la corrupción”. Página 4 del informe Greco Eval I Rep (2001) 1E Final, de fecha de 15 June 2001.

1995, cumplía con el fondo de la cuestión porque establecía una auténtica responsabilidad penal de la persona jurídica³⁸.

b) El GRECO insiste con la responsabilidad penal.

En un segundo momento³⁹, las autoridades españolas pretendieron cumplir con la presión internacional abordando la reforma en el año 2003 del art. 31 del Código Penal. Así, el segundo apartado de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, señala las reformas más destacables que se abordaban y especialmente la cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica, “se aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al establecerse que cuando se imponga una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad, ésta será responsable del pago de manera directa y solidaria. Asimismo, en los supuestos de tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, se prevé la posibilidad de que si el delito se ha cometido a través de una sociedad u organización ésta, además de poder ser clausurada, suspendida en su actividad, disuelta o intervenida, pueda ser privada del derecho a obtener beneficios fiscales y puedan ser sus bienes objeto de comiso”.

La reforma, en lo que a nosotros interesa, modificaba el art. 31 del Código Penal introduciendo un segundo apartado en el mismo que decía: “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”. Es decir, ante la presión internacional y dado que el artículo 129 del

³⁸ VILLAMERIEL PRESENCIO atestigua estas presiones y sostiene que “la UE y otros organismos internacionales ejercen desde hace años una presión intensa para que la legislación española se adapte plenamente al principio de reconocimiento de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P, “Derecho Penal ...” *op.cit.*, pág. 20.

³⁹ La segunda ronda de evaluación abarca el periodo 2003-2006. El informe Greco Eval II Rep (2004) 7E, de fecha de 20 de mayo de 2005. En este informe de evaluación, se aborda específicamente el tema de la persona jurídica realizándose un análisis de la regulación en torno a la misma. El informe completo está accesible en la dirección (fecha de consulta 20 de febrero de 2017):

Código Penal del año 1995 no satisfacía sus exigencias, se procede a la reforma de la regulación, estableciendo la responsabilidad directa y solidaria de la persona jurídica, en la pena de multa, en cuyo nombre o cuenta, como administrador de hecho o de derecho, actuó la persona física.⁴⁰

La reforma también modificaba el contenido del artículo 129 del Código Penal, con el objeto de garantizar la audiencia previa de las partes y desligar su regulación de la previsión del art. 31 del Código Penal. El artículo 129.1 quedaba redactado de la siguiente manera: “El juez o tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 31 del mismo, previa audiencia del ministerio fiscal y de los titulares o de sus representantes legales podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias”⁴¹.

Sin embargo, se va a considerar que la reforma del Código Penal del año 2003, que profundiza en la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁴², no satisface al GRECO⁴³ que considera que no cumple con los estándares internacionales⁴⁴. La exigencia internacional se centra en una responsabilidad directa de la persona jurídica e independiente de la persona física que haya actuado en el delito.

Las autoridades españolas vuelven a recibir la recomendación insistente del GRECO⁴⁵ con el objetivo de regular la responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas.

⁴⁰ VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P, “Derecho Penal...”, *op.cit.*, pág. 21.

⁴¹ Es decir, en la reforma del art. 129 del Código Penal no se produce ningún cambio sustancial ni en las consecuencias accesorias previstas ni en la extensión de las mismas. Por ello, para VILLAMERIEL PRESENCIO sostiene que el principal obstáculo para que el GRECO considerara esta regulación como válida con los objetivos del Convenio es que “no permite imponer sanciones pecuniarias –expresamente exigidas por la normativa UE y porque, además, la propia naturaleza jurídica de estas medidas ha sido muy debatida en la doctrina española”. VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P, “Derecho Penal...”, *op.cit.*, pág. 21.

⁴² Exposición de Motivos, apartado segundo l) de la Ley Orgánica 15/2003.

⁴³ Informes de las evoluciones y discusiones del GRECO respecto a nuestro ordenamiento jurídico (fecha de consulta 20 de febrero de 2017): www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/index_en.asp

⁴⁴ VILLAMERIEL PRESENCIO evalúa la reforma en el año 2005 y la compara con la tendencia internacional de establecer una sanción a la persona jurídica autónoma que se base en la “culpa por la organización”. Como veremos, será el modelo que se aprobará en el año 2010. VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P, “Derecho Penal...”, *op.cit.*, págs. 21-23.

⁴⁵ Para el GRECO el Reino de España no cumplió con la adopción de las medidas encaminadas a la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica que hemos señalado y vuelve a transmitir su

Objetivo que, en esas fechas no habían cumplido. Además se señalaba que, debido a las elecciones generales celebradas en marzo de 2007, se tuvo que disolver el Parlamento, quedando pendiente la aprobación de la reforma del Código Penal para la introducción de esta recomendación. No obstante, el 14 de noviembre de 2008, el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal.

Los representantes del Gobierno Español sostenían que el proyecto de ley de reforma del Código Penal contenía las disposiciones que permitían el establecimiento de responsabilidad penal de la persona jurídica con un *numerus clausus* de las infracciones que incluyen delitos relacionados con la corrupción. En particular, las personas jurídicas (empresas, asociaciones y fundaciones) pueden ser consideradas responsables por los delitos cometidos en su nombre o en su beneficio, por cualquier persona física que tenga, bien una posición directiva en la persona jurídica basado en un poder de representación de la persona jurídica, bien la autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o bien la autoridad para ejercer el control de la persona jurídica. Es decir, la reforma penal preveía un texto similar al artículo 18 del Convenio.

Según las autoridades españolas, como consta en el *addendum* del informe del GRECO, la responsabilidad penal de las personas jurídicas también se aplicaría en aquellos casos en que los delitos se cometan debido a la falta de supervisión en la actuación de la persona jurídica. En todo caso, las autoridades señalan que esta responsabilidad de la persona jurídica no excluye la responsabilidad penal del autor material, es decir, de la persona física. Del mismo modo, las sanciones por delitos relacionados con la corrupción incluyen: multas (que pueden incrementarse en función de la ventaja económica obtenida), la disolución de la persona jurídica, la suspensión de sus actividades por un período máximo de cinco años, la liquidación de la persona jurídica, las prohibiciones

recomendación. Su petición viene recogida en la Recomendación Quinta del informe Greco RC-II (2007) 10 E, *Second Evaluation Round, Addendum to the Compliance Report on Spain* de 8 de octubre de 2009. Y el GRECO vuelve a recomendar al Estado español que 1) introduzca un sistema adecuado de responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción, incluyendo sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, y que 2) cree un registro con las personas jurídicas que hayan sido objeto de sanciones corporativas.

permanentes o temporales para un máximo de 10 años en actividades similares a las que dieron lugar a la condena, la exclusión de las licitaciones públicas, etc.

Las argumentaciones de las autoridades españolas no hicieron cambiar la posición del GRECO que siguió insistiendo en la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica y la posterior creación de un registro de las personas jurídicas objeto de las sanciones penales⁴⁶. Por ello, la presión sobre nuestro país se mantiene con intensidad.

Al GRECO no le va a hacer falta insistir más, en fecha 23 de junio de 2010 en el Boletín Oficial del Estado núm. 152 se publica Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Las autoridades españolas no van a tener más remedio que ceder a la presión ejercida por este organismo y por el resto de acuerdos internacionales⁴⁷. Como resultado de todas las rondas y evaluaciones del GRECO, en la actualidad, la regulación propuesta en el artículo 18 de este Convenio es, prácticamente, idéntica a la que se va a introducir en nuestro ordenamiento jurídico, regulando la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

3.3. Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales.

La armonización de los ordenamientos⁴⁸ para enfrentarse al fenómeno de la corrupción va a provocar que este Convenio internacional impulsado por la OCDE⁴⁹ suponga otra fuente

⁴⁶ Se puede consultar el texto de la Recomendación Quinta del Greco RC-II (2007) 10 E, Second Evolution Round, Addendum to the Compliance Report on Spain (8 de octubre de 2009) en la dirección (fecha de consulta 21 de febrero de 2017):

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoRC2%282007%2910_Add_Spain_EN.pdf

⁴⁷ BLANCO CORDERO destaca también la influencia de otros instrumentos internacionales sobre corrupción que nuestro país ha ratificado “entre ellos, destaca sobremanera el Convenio de Naciones Unidas contra la Corrupción, hecho en Nueva York el 31 de octubre de 2003”. BLANCO CORDERO, I., “La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas”, *Diario La Ley*, núm. 7534, 2010, La Ley, págs. 2 y ss.

⁴⁸ Una de las facetas que más se ha impulsado en la armonización legislativa ha sido la corrupción. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “La corrupción ante el Derecho y la Justicia”, *Diario La Ley*, núm. 8153, 2013, La Ley, págs. 6 y ss.

más de presión para que el ordenamiento jurídico español adopte la responsabilidad penal de la persona jurídica⁵⁰.

El Estado español adoptó en el año 1997, el Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (también conocido como “Convenio Anticohecho”)⁵¹.

El Convenio considera que el cohecho es un fenómeno generalizado en las transacciones comerciales internacionales, incluidos el comercio y la inversión, que suscita graves preocupaciones morales y políticas, socava el buen gobierno y el desarrollo económico, y distorsiona las condiciones competitivas internacionales, por lo que todos los países comparten la responsabilidad de combatir el cohecho en las transacciones comerciales internacionales⁵². El Convenio prevé que cada parte adoptará las medidas “que sean necesarias para tipificar que conforme a su jurisprudencia es un delito penal que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda, cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de éste o para un tercero; para que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales” (art. 1).

⁴⁹ Fundada en 1961, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) agrupa a 34 países miembros y su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo.

⁵⁰ FARALDO CABANA, P., “¿Se adecua el derecho penal español al Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales? avance de resultados de la evaluación en fase 3”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 66, núm. 2148, 2012, pág. 3.

⁵¹ El texto se complementa con los comentarios Sobre la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales; la recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales; la recomendación del Consejo Sobre Medidas Fiscales para Combatir más a Fondo el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales; la recomendación del Consejo Sobre Cohecho y Créditos Oficiales para la Exportación; y la recomendación del Comité de Ayuda para el Desarrollo Sobre Propuestas Anticorrupción para las Adquisiciones con Ayuda Bilateral. Todos estos textos los podemos encontrar en la dirección (fecha consulta 20 de febrero de 2017): http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf.

⁵² FABÍAN CAPARRÓS, E., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, 2003, pág. 64 y ss.

El artículo 2 del Convenio establece el compromiso de los suscribientes de regular la responsabilidad de las personas jurídicas o morales “cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor público extranjero”. Sin embargo, también se establece la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas sin que necesariamente sea una responsabilidad penal⁵³, así el artículo 3.2 del Convenio, establece que: “en el caso de que, conforme al régimen jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas morales, dicha Parte deberá asegurar que esas personas morales serán sujetas a sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones monetarias por el cohecho de servidores públicos extranjeros”.

Este Convenio fue ratificado en España el 3 de enero de 2000 por el Parlamento español y fue publicado en el Boletín Oficial del Estado en fecha de 22 de febrero de 2000. El impacto del Convenio provocó una primera reforma del Código Penal, aprobada por la Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales⁵⁴.

Se introdujo un nuevo artículo 445 bis en el Código Penal⁵⁵. Sin embargo, la OCDE, en una primera evaluación en el año 2000, consideró que la incorporación de este artículo no

⁵³ Sobre la adaptación de nuestro ordenamiento al resto de las exigencias sobre la corrupción *vid* CERZO DOMÍNGUEZ, A.I., “La adaptación del sistema jurídico-penal español a las propuestas internacionales sobre corrupción administrativa, *Actualidad Penal*, Wolter Kluwer, 2001, págs. 453 y ss.

⁵⁴ La Exposición de Motivos señalaba que: “la ratificación por España del Convenio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, firmado el 17 de diciembre de 1997, conlleva la necesidad de tipificar penalmente las conductas contempladas en el Convenio. Se pretende así complementar la normativa penal, incluyendo los presupuestos de este Convenio que no podían ser previstos por el legislador de 1995, ante el fenómeno de la corrupción en las, cada día más frecuentes e intensas, transacciones comerciales internacionales. Para ello se ha considerado adecuado establecer un nuevo Título en el Código Penal, numerado como XIX bis, que protege el bien jurídico de la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales”.

⁵⁵ Sobre el precepto *vid* DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., y BLANCO CORDERO, I., “Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales e internacionales”, *Revista de ciencias penales*, vol. 4, 2001-2002, págs. 9-29. De todas formas reproducimos el contenido del precepto por su interés. El art. 445 bis del Código Penal dispone que: “los que, con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o

cumplía con lo estipulado por el Convenio⁵⁶. En consecuencia, se reformó el mismo delito⁵⁷ través de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, para introducir un segundo apartado que preveía la sanción a la persona jurídica, señalando que: “si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código”⁵⁸.

En una segunda evaluación realizada en el año 2006⁵⁹, la OCDE siguió considerando que la legislación española no cumplía totalmente con el Convenio, entre otros motivos, por la ausencia de la responsabilidad de las personas jurídicas. El Grupo de Trabajo de la OCDE recomendó la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Responsabilidad que se introdujo mediante la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, y provocó la modificación del tipo del delictivo de corrupción de agente público extranjero en las transacciones comerciales internacionales, acomodándolo a los términos del Convenio⁶⁰, regulando también la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁶¹.

Curiosamente, la responsabilidad penal de las entidades va a sufrir una modificación tras su incorporación en el año 2010. La LO 1/2015 va a introducir cambios en su regulación y el legislador se justifica en su Exposición de Motivos, apartado tercero: “y se asumen

de un tercero, o atendieren a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas previstas en el artículo 423, en sus respectivos casos”.

⁵⁶ DÍEZ-MAROTO VILLAREJO, J., “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El art. 445 del Código Penal español”, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias y Empresariales*, núm. 74, ICADE, 2008, págs. 199-223.

⁵⁷ El art. 445 bis del Código Penal pasó a ser el art. 445 del Código Penal.

⁵⁸ Para profundizar en el tipo delictivo *vid* FABIÁN CAPARRÓS, E., *La corrupción de agente público...*, *op.cit.*, pág. 86; y, MIR PUIG, C., “El delito de cohecho en la reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, núm. 7603, 2011, La Ley, págs. 2 y ss.

⁵⁹ El análisis sobre la aplicación del Convenio se encuentra en la dirección (la consulta es de 22 de febrero de 2017): www.comercio.gob.es/es-ES/inversiones-exteriores/acuerdos-internacionales/convenio-ocde-lucha-contra-conrrupcion/PDF/convenio-ocde-lucha-contra-corrupcion/Espa%C3%B1ayConvenioOCDE.pdf

⁶⁰ FARALDO CABANA, P., “¿Se adecua el derecho penal ...”, *op.cit.* págs. 4-5.

⁶¹ GARCIANDIA GARMENDIA, R., “La aplicación española de las normas de Derecho Internacional contra la corrupción”, *Anuario español de derecho internacional*, núm. 24, 2008, págs. 241-269.

ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales”. Para la Fiscalía General del Estado se “refiere, con toda probabilidad, a las recomendaciones hechas por la OCDE en el informe adoptado por el Grupo de Trabajo el 14 de diciembre de 2012 correspondiente a la fase 3 de la evaluación sobre el cumplimiento en España del Convenio contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales”⁶².

Por tanto, la presión internacional no cesa.

3.4. Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal.

Además de los convenios internacionales sobre corrupción, los acuerdos en materia medioambiental han presionado a nuestro país hacia la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, entre estos textos podemos encontrar la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal.

La Directiva intenta atajar el aumento de los delitos medioambientales y apuesta por ir más allá de las multas administrativas o la responsabilidad civil, utilizando el derecho penal como medida punitiva frente a los infractores⁶³. El artículo 6 de la Directiva estipula la responsabilidad de las personas jurídicas y reproduce el contenido del artículo 18 del Convenio de penal contra la corrupción que hemos conocido.

⁶² Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, pág. 2.

⁶³ En este ámbito, el medioambiental, existían antecedentes internacionales muy remotos que apuntaban a una posible introducción de la responsabilidad de la persona jurídica que superase la meramente administrativa o civil. En concreto, el Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, de 2 de noviembre de 1973 denominado Convenio Marpol, acuerda, en su apartado 4, los criterios sobre las transgresiones y también las sanciones a imponer a los infractores; apuntado a que las sanciones fueran “suficientemente severas” para evitar las transgresiones, que podría ser interpretado como una apuesta por la responsabilidad penal.

Esta Directiva que la Unión Europea aprobó, en fecha de 19 de noviembre de 2008, es la primera ocasión en que la Unión ha tratado de armonizar los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros en el ámbito del derecho penal. La utilización del Derecho Penal obedece a un intento de establecer la máxima sanción a las actuaciones tipificadas contra el medio ambiente de forma que se establezca un sistema coordinado y elevado de protección.

La utilización de la responsabilidad criminal es fruto de considerar la insuficiencia de la exigencia de la responsabilidad civil y de las sanciones administrativas frente a estos delitos, de forma que el impacto punitivo traspase lo meramente económico. Por ello, la Directiva tiene como objetivo principal establecer el "nivel mínimo" de la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal. Los Estados miembros deben considerar como delitos ambientales las actuaciones tipificadas si se cometen intencionalmente o, por lo menos, mediando negligencia grave⁶⁴.

Según la Directiva, los Estados miembros de la Unión Europea deben garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables por los delitos cometidos en su provecho por ciertas personas físicas que actúan en su nombre, o que ejercen un control dentro de la persona jurídica, o han permitido situaciones por la ausencia de supervisión o control que han hecho que la comisión de la infracción haya sido posible. Al mismo tiempo, la responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la adopción de medidas penales contra las personas físicas que sean autoras, incitadoras o cómplices de los delitos.

La cuestión de la regulación de la responsabilidad penal de las personas físicas adquiere un especial interés puesto que establece una serie de datos que pudieran permitir delimitar la actuación de las personas físicas que arrastra a la persona jurídica. La cuestión es de una gran dificultad cuando se enfrenta a organizaciones y estructuras jurídicas complejas. Así, la Directiva establece un criterio al señalar que la persona jurídica será considerada

⁶⁴ Vid MUÑOZ LORENTE, J., "Los delitos contra el medio ambiente en el proyecto de reforma del Código Penal del año 2009: Análisis crítico y propuestas de cara a los debates parlamentarios", *La Ley Penal*, núm. 73, 2010, *La Ley*, págs. 1-47.

responsable del delito, en primer lugar, “cuando tales delitos hayan sido cometidos en su beneficio”. En segundo lugar, es necesaria la intervención de por lo menos una persona física. En tercer lugar, esa persona física puede intervenir a “título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica”. Y por último, esta persona física debe tener “una posición directiva en la persona jurídica, basada en: a) un poder de representación de la persona jurídica; b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica; o c) una autoridad para ejercer control dentro de la persona jurídica”.

Por último, el artículo 8 de la Directiva establece el plazo para la transposición de la Directiva en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros:

“Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva antes del 26 de diciembre de 2010”.

Esta Directiva constituye una obligación⁶⁵ en toda regla para que el ordenamiento jurídico español adopte, entre otras, la responsabilidad de la persona jurídica en el plano penal. El plazo de transposición se ha cumplido puesto que la LO 5/2010, es anterior a la fecha de 26 de diciembre de 2010 que establece el artículo 8 de la Directiva.

3.5. Los planteamientos de armonización de la regulación penal europea.

Para finalizar queremos mencionar otros textos internacionales y europeos que también han influido en la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el

⁶⁵ La importancia de la Directiva estriba en que prácticamente obliga a abordar desde el ámbito del Derecho Penal la casi totalidad de la normativa de la Unión Europea en torno al medio ambiente.

ordenamiento jurídico español. La tendencia a la armonización del Derecho Penal parece imparable y esta materia no es ninguna excepción⁶⁶.

La Recomendación 18/88, de 20 de octubre, del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo Europeo apuntó la necesidad de establecer la responsabilidad penal. Numerosas Decisiones Marco también han ido apuntando en la misma dirección; la Decisión Marco 2002/629 JAI del Consejo, sobre la trata de seres humanos, la Decisión Marco 2004/68 JAI, sobre explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, la Decisión Marco 2005/222 JAI, relativo a ataques contra sistemas de información⁶⁷.

Junto con estas Decisiones Marco se han dado otros planteamientos que han abogado por la introducción en nuestro país de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Entre estos planteamientos⁶⁸ destaca el intento de elaboración del *Corpus Iuris*, que tenía como objetivo la elaboración de un número de principios rectores en materia de protección penal de los intereses financieros de la Unión Europea en el marco de un espacio judicial europeo⁶⁹.

Aunque el *Corpus Iuris* no desembocó en un auténtico Código Penal Europeo que, junto con un Código Procesal Europeo, superase todos y cada uno de los ordenamientos jurídicos penales procesales, sí provocó un debate⁷⁰ sobre la integración europea en los aspectos del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal.

⁶⁶ La armonización Europea viene de muy lejos, *vid* MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., “La Unión Europea y su incidencia en los Derechos penales nacionales”, *Diario La Ley*, tomo 2 1995, La Ley, pág. 939 y ss.

⁶⁷ LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., “Principales problemas procesales en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la luz del borrador del Código Procesal Penal” en *Reflexiones sobre el nuevo procesa penal. Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal. 25 y 26 de abril de 2013*, MORENO CATENA (dir.), Tirant lo Blanch, 2015, pág. 380-381.

⁶⁸ DANIEL CESANO, J., “La responsabilidad penal de la persona jurídica y el Derecho Comunitario: un caso de tensión constitucional (a propósito de los artículos 2.º y 4.º del Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. LVII, 2004, págs. 387-401.

⁶⁹ Para profundizar en el *Corpus Iuris* *vid* FERNÁNDEZ OGALLAR, B., *El derecho penal armonizado de la Unión Europea*, Dykison, 2014, págs. 37-42.

⁷⁰ BACIGALUPO ZAPATER, E., *El corpus juris y la tradición de la cultura jurídico-penal de los Estados miembros de la Unión Europea*, Hammurabi, 2000.

En relación al contenido de los principios que se trabajaron, el *Corpus Iuris* elaboró ocho infracciones y sus penas correspondientes para la protección penal de los intereses financieros de la Unión Europea, y especialmente en su artículo 14⁷¹ establecía la responsabilidad penal de la empresa⁷².

Por lo tanto, la responsabilidad penal de las personas jurídicas también se demandaba en estos estudios en la misma línea que lo venían haciendo las normativas internacionales y europeas.

4. La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas al ordenamiento jurídico español.

Las presiones internacionales van a tener éxito y el legislador estatal incorpora la regulación de la responsabilidad directa de las personas jurídicas, con las condiciones establecidas en estas normas internacionales. El imparable proceso de armonización del Derecho Penal internacional influye decididamente sobre el diseño de la LO 5/2010 y va a introducir en el ordenamiento jurídico la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser declaradas responsables penales directos de ciertos delitos tipificados.

Nuestro Código Penal del año 1995, que obedecía a una concepción por la que las personas jurídicas no podían cometer delitos⁷³, ha acabado incorporando la responsabilidad directa de la persona jurídica. Aunque se constata que a los años de su incorporación surgen dudas razonables sobre si está era la única alternativa que tenía el

⁷¹ Se puede consultar el texto completo del *Corpus Iuris* en:

www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numero_3/87-97.pdf (fecha de la consulta: 15 de noviembre de 2016).

⁷² También en el frustrado proyecto del Código de Eurodelitos del año 2002 se apostaba por la responsabilidad penal de las personas jurídicas. TIEDEMANN, Klaus (dir.), *Eurodelitos : el derecho penal económico en la Unión Europea*, Universidad Castilla-La Mancha, 2005.

⁷³ Los delitos los podían cometer las personas físicas, que eran las que tomaban las decisiones en los órganos de las personas jurídicas, al carecer las personas jurídicas de la posibilidad de tener una voluntad ajena a estas personas físicas y, por tanto, de ser culpables. Abordaremos más adelante este aspecto, en el estudio de la evolución de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

legislador. Voces muy autorizadas critican la opción elegida, y recuerdan que existían otras posibilidades. Nos llama poderosamente la atención que sea la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2016, la que opina que “ninguna exigencia normativa internacional avala la necesidad de la reforma, como tampoco el inicial reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas realizado en 2010 podía justificarse en obligaciones derivadas de los tratados internacionales o de la normativa de la Unión Europea, pese a la similar invocación que contenía el Preámbulo de la LO 5/2010. Entonces y ahora eran factibles otras opciones, como son; la imposición de sanciones administrativas, las medidas de seguridad u otras consecuencias jurídico penales de naturaleza diferente a las penas”⁷⁴.

⁷⁴ La Fiscalía emite esta opinión en relación a la reforma del Código Penal del año 2015, que también reforma sustancialmente la regulación de la responsabilidad penal de las corporaciones. Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, pág. 3.

CAPÍTULO II.

Los estadios de la evolución de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el ordenamiento español.

1. Introducción.

Al tratar la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas hemos podido conocer las distintas evoluciones que ha sufrido nuestro ordenamiento con respecto a esta cuestión.

Vamos a poder comprobar que las regulaciones con respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no constituyen una cuestión novedosa. No pretendemos abordar todos los estadios evolutivos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino mencionar los que, en nuestra opinión, son los grandes hitos de la materia en nuestro ordenamiento para que el lector tenga una visión global. Hemos podido observar que estamos ante una presión internacional continuada de armonización del Derecho Penal a lo largo de los últimos años, y que esa influencia ha producido también una evolución en el ordenamiento jurídico hasta llegar a sancionar en el proceso penal directamente a la persona jurídica⁷⁵.

La actuación frente a los abusos de las personas jurídicas es tan antigua como la propia institución de la persona jurídica. Así, los ordenamientos jurídicos de numerosos países

⁷⁵ Para BAJO FERNÁNDEZ la creencia equivocada de que el Derecho de nuestro país no castigaba a las personas jurídicas hasta el año 2010 es la explicación por la que desde la comunidad internacional se dirigieran las recomendaciones sobre esta cuestión al Estado Español. BAJO FERNÁNDEZ, M., “Vigencia de la RPPJ en el Derecho Sancionador Español” en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, con FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., y GÓMEZ JARA-DÍEZ, C, Thomson Reuters, 2016, en pág. 31.

han ido adoptando, desde el siglo XIX, medidas frente a los supuestos de abuso de derecho o abuso de la personalidad jurídica. El caso más antiguo que se conoce es el acaecido en Inglaterra, el denominado caso *Salomon v A Salomon & Co Ltd*⁷⁶, que constituye un hito en el derecho de sociedades en el año 1897⁷⁷. Por tanto, la problemática en torno a la responsabilidad de la persona jurídica viene de lejos y lleva tiempo instalada en los ordenamientos jurídicos.

La evolución en la materia, que va desde la ausencia de la responsabilidad a la extensión internacional de la responsabilidad penal, obedece a las actuaciones abusivas de las entidades en todo tipo de áreas y materias. La conexión de innumerables delitos relacionadas o a través de las sociedades jurídicas es una evidencia fuera de cualquier duda, sin embargo, se discute, como se puede observar en la evolución normativa, sobre los instrumentos más adecuados para afrontar esta criminalidad: el derecho administrativo sancionador y la responsabilidad civil articulada en el ámbito civil, mercantil o laboral se ofrecen como una seria alternativa eficaz frente al derecho penal. Las ventajas de las formulas asociativas en todos los ámbitos sociales y económicos han hecho proliferar el uso de las personas jurídicas y la creciente complejidad de las estructuras societarias⁷⁸, que permiten ocultar a los titulares reales, han acrecentado su uso abusivo. Todo ello, va a tener reflejo en la evolución de la responsabilidad exigible a las entidades jurídicas en la regulación penal.

⁷⁶ BOLDO RODA, C., *Levantamiento de Velo y persona jurídica en el Derecho Privado Español*, Aranzadi, 2006, págs. 85 y ss.

⁷⁷ Se trata de un caso muy conocido, que lleva la denominación de Salomón que creó una sociedad con su mujer e hijos y se nombró administrador. Salomón constituyó una deuda de la persona jurídica frente a si mismo como persona física, es decir, mezcló su patrimonio personal con el patrimonio de la sociedad, prestó un dinero de su patrimonio personal a la sociedad, lo que no constituye, en principio, un problema. Sin embargo, Salomón categorizó a esa deuda que la persona jurídica tenía con él con la consideración de privilegiada con respecto a todas las demás deudas que tenía la sociedad, otorgándole una preferencia absoluta. La sociedad de Salomón quebró y afrontada la liquidación se adjudicó todos los activos de la sociedad sobre la base de que su deuda era privilegiada frente a las deudas que tenía la sociedad con respecto a otros acreedores. El caso fue sentenciado por la Cámara de los Lores en el año 1897. LA CRUZ BERDEJO, J.L. (dir.), *Parte General del Derecho Civil, volumen segundo personas*, 1990, Bosch, págs. 255 y 256.

⁷⁸ Los criterios de atribución individualizada de las decisiones en el seno de colectividades y organizaciones no es una materia pacífica.

Vamos a destacar los grandes estadios de la evolución normativa.

2. «*Societas delinquere non potest*».

Con la Revolución Francesa se inició el derecho penal moderno. La declaración de derechos del ciudadano fue un hito que inicia los nuevos caminos en todos los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, la concepción del derecho penal francés giraba en torno al ser humano, alrededor de la persona física⁷⁹. En las etapas históricas anteriores, durante los siglos XIV y XVIII, los entes colectivos pudieron ser declarados responsables penales⁸⁰.

La concepción de que las personas jurídicas no pueden cometer delitos fue defendida por gran parte de la doctrina de nuestro país⁸¹, y el ordenamiento jurídico fundamental está dirigido, como no puede ser de otra forma, a los seres humanos⁸².

⁷⁹ Los criterios originarios del Derecho Canónico tuvieron su influencia en esta cuestión y dota de personalidad a los entes colectivos. Sin embargo, el liberalismo económico vació de contenido el corporativismo gremial de la Edad Media. Se pasó de lo colectivo a lo individual, y la estructura social y, por ende, el Derecho se configuraron alrededor de la persona humana, resultando innecesario plantear cualquier tipo de responsabilidad para la persona jurídica o entidad ficticia. ECHARRI CASI, FJ., *Sanciones a Personas Jurídicas en el Proceso Penal: Las Consecuencias Accesorias*, Editorial Aranzadi, 2003, pág. 29.

⁸⁰ CUADRADO RUIZ, MA., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 12, 2007, pág. 123.

⁸¹ No obstante, como nos lo recuerda NIETO MARTIN siempre ha existido una preocupación sobre cómo controlar eficazmente los abusos de las corporaciones. NIETO MARTIN, A., “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *Política Criminal*, núm. 5, 2008, pág. 2.

⁸² CARRETERO SÁNCHEZ nos recuerda que “el punto de partida de nuestro Derecho occidental es el hombre, el sujeto de Derecho es el hombre por influencia del cristianismo, de toda la doctrina ética kantiana”. Y, el autor nos recuerda las doctrinas que “afirman que las características de inteligencia y voluntad sí son aplicables a asociaciones de personas físicas, como las teorías de Gierke, Del Vecchio, o las teorías idealistas como Binder, Larenz... es clara ya la idea de las teorías patrimonialistas, Mayer como la teoría de la persona jurídica como empresa, o la doctrina del patrimonio colectivo (Planiol), el propio Kelsen considera la persona jurídica dentro del orden jurídico no la ve ficción alguna del Derecho”. Incluso, nos recuerda a autores que “negaban la existencia de la persona jurídica como tal como Duguit al negar el derecho subjetivo, o Hoelder que no entiende aplicables las características de la persona a la persona jurídica, conocimiento, voluntad, acción. Una mera ficción como indica Affolter”. CARRETERO SÁNCHEZ, S., “El papel de los Principios Generales del Derecho en la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Diario La Ley*, núm. 8751, 2016, La Ley, pág. 2 y ss.

La fórmula tradicionalmente usada para referirse a la ausencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es la de «*societas delinquere non potest*», y, en base a este principio del derecho penal, la responsabilidad criminal de la persona jurídica no existía.

Sin embargo, en la actualidad vivimos en el apogeo de las personas jurídicas, su importancia es fundamental “nuestra economía está basada en personas jurídicas, bien institucionales (Estado, Nación) o bien desde el punto de vista mercantil (Sociedad de todas las diferentes formas) es más, cuantas más empresas, personas jurídicas existan, más próspero es un país”⁸³.

Quizás por ello, la postura tradicional de nuestro país no era compartida por otros países del entorno. Además de los anglosajones, el Código Penal francés de 1994 prevé la responsabilidad penal de la persona jurídica, apostando por una responsabilidad penal paralela de la persona física⁸⁴ como en Portugal⁸⁵ o Italia⁸⁶.

⁸³ CARRETERO SÁNCHEZ, S., “El papel de los Principios...”, *op.cit.*, pág. 2.

⁸⁴ El art. 121.2 del Código Penal de Francia establece (traducción proporcionada por el gobierno francés): “Las personas jurídicas, a excepción del Estado, serán penalmente responsables, conforme a lo dispuesto en los artículos 121-4 a 121-7, de las infracciones cometidas, por su cuenta, por sus órganos o representantes. Sin embargo, los entes territoriales y sus agrupaciones sólo serán responsables penalmente de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de convenios de delegación de servicio público.

Sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 121-3, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas autoras o cómplices de los mismos hechos”.

⁸⁵ Podemos observar en el ordenamiento jurídico portugués que se establece la responsabilidad penal indirectamente, como una excepción amplia a la regla de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en ciertos delitos. CUADRADO RUIZ, M.A., “La responsabilidad penal...”, *op.cit.*, pág. 131.

⁸⁶ Donde curiosamente imperaba el principio romano de «*societas delinquere non potest*» también se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, como veremos, será el espejo en el que nuestro legislador se mire para abordar la reforma del año 2015 (LO 1/2015).

3. Freno al abuso de la personalidad jurídica desde otras ramas del derecho y la jurisprudencia.

El fenómeno del abuso de la personalidad jurídica se puede combatir desde distintos ámbitos del ordenamiento jurídico. Que a las entidades jurídicas no se les exija una responsabilidad penal no significa que no se exija atribuya ninguna responsabilidad⁸⁷.

De ese modo, el derecho administrativo sancionador ha sido el que se ha dirigido de manera reforzada y sin ningún problema conceptual frente a la persona jurídica⁸⁸. La práctica administrativa validaba un planteamiento contrario al que abogaba la doctrina penal, puesto que esta última entendía que el delito penal se vinculaba obligatoriamente al concepto de acción vinculada al ser humano⁸⁹.

Por ello, el tratamiento que recibe la persona jurídica en el ámbito administrativo, laboral o civil en cuanto a los derechos y obligaciones que asume no difiere de la de los individuos⁹⁰. En general en el ámbito patrimonial el tratamiento es idéntico, salvo que determinadas personas jurídicas van a tener su responsabilidad patrimonial limitada⁹¹. En todo caso, tampoco debemos olvidar la responsabilidad civil. Las entidades también

⁸⁷ El abuso de la personalidad jurídica se detecta y se origina en la industrialización, sobre la separación del patrimonio personal y el atribuido a usos empresariales. FRAGO AMADA, J.A., “La recuperación de activos descapitalizados en las insolvencias concursales, con especial referencia a la nueva responsabilidad penal de la persona jurídica”, *La Ley Penal*, núm. 124, 2017, Wolters Kluwer, pág. 2.

⁸⁸ PERMÁN GAVÍN, I., “La responsabilidad de las personas jurídicas puntualizadas para un adecuado planteamiento de la cuestión” en *El sistema sancionador español (Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas)*, Cedecs, 2000, págs. 305 y ss.

⁸⁹ El derecho administrativo impone a las personas jurídicas sanciones punitivas y preventivas sin ningún tipo de problemas como, por ejemplo, la regulación el artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público que establece que podrán ser “sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”. BAJO FERNÁNDEZ, M., “Vigencia de la...”, *op.cit.*, págs. 30-31.

⁹⁰ GÓMEZ TOMILLO, M., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y carga de la prueba de la idoneidad de los programas de cumplimiento”, *Diario La Ley*, núm. 8861, 2016, Wolters Kluwer, págs.2-3.

⁹¹ A diferencia de las personas físicas que deben responder de las deudas con todos sus bienes presentes y futuros como reza el artículo 1911 del Código Civil.

responden, conforme al Código Civil y las normas sectoriales, por causar un daño a otro por acción u omisión.

El uso abusivo y el fraude del uso de la personalidad jurídica también encontraron una respuesta en nuestra doctrina jurisprudencial, una reacción que imponía una especial responsabilidad al que pretendía eludir sus obligaciones. La utilización abusiva provocó la creación de lo que se denomina como la doctrina o teoría del levantamiento del velo societario.

La sentencia del Tribunal Supremo de sentencia núm. 1196/1984, de 28 de mayo constituye un hito fundamental en la elaboración de esta doctrina que actúa sobre las personas jurídicas. Su denominación proviene de la adaptación de la expresión inglesa de *disregard* y del término germano *Durchgriff*.

Se trata de una doctrina desarrollada jurisprudencialmente y que tiene como finalidad la evitación de la utilización abusiva de la personalidad jurídica. La consecuencia de la aplicación de esta doctrina supone desvelar la ficción fraudulenta del uso de la persona jurídica y verter las responsabilidades asumidas por ésta sobre la persona que se esconde detrás de ella.

La doctrina, nacida en el ámbito civil y mercantil, se traslada al derecho penal que la utiliza como técnica para buscar la verdad material y perseguir el delito. Así, el Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 82/1997, de 15 de octubre, proclama que la doctrina del llamado levantamiento del velo de las personas jurídicas tiene como función “evitar el abuso de una pura fórmula jurídica, desvelar las verdaderas situaciones en orden a la personalidad, para evitar ficciones fraudulentas”. Por ello, es un instrumento de penetración en el sustrato de la persona jurídica que proviene del mundo jurídico anglosajón «*disregard of legal entity*». Mediante este instrumento se intenta frenar la utilización de la personalidad jurídica para provocar daños en derechos de terceros.

4. Unos antecedentes remotos en el Código Penal.

Existen en nuestro ordenamiento penal regulaciones remotas que contemplaban la posibilidad de imponer sanciones a las personas jurídicas accesoriamente de la responsabilidad de las personas físicas. El Código Penal vigente entre los años 1944 y 1973 preveía en su parte especial medidas accesorias como la disolución en ciertos delitos⁹².

También en la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, el legislador estipula que el contenido del art. 15 bis sea el siguiente:

“El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurren en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo”.

Es el primer antecedente en nuestro ordenamiento jurídico de la presencia de la persona jurídica en el campo penal⁹³ y la previsión de una atribución de responsabilidad penal a la persona física por su actuación a través o en el seno de una persona jurídica. El representante, el órgano de administración y la dirección de las personas jurídicas, asumen la responsabilidad penal por la comisión de delitos en que se haya incurrido.

5. El Código Penal de 1995 y la incorporación de las medidas accesorias.

El Código Penal del año 1995 incorpora lo que podríamos denominar una responsabilidad penal de las personas jurídicas, de tal forma que la persona jurídica va a sufrir las consecuencias penales de manera accesoria a la condena de la persona física, incluso se van a poder adoptar las medidas cautelares muy intensas.

⁹² DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal (medidas aplicables a personas jurídicas y empresas colectivas o individuales)*, 2004, Lex Nova, pág. 61.

⁹³ UBEDA DE LOS COBOS, J.J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, *La Ley Penal*, núm. 77, La Ley, pág. 3.

El sistema pivota sobre dos artículos; el primero es el artículo 31 CP que sustituye al antiguo art. 15 bis del CP anterior, y estipula que:

“El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no 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”.

Si bien el art. 31 CP tiene la finalidad de que el uso de la personalidad jurídica no obtenga una situación de impunidad, no se trata de una responsabilidad penal puesto que los elementos típicos del delito solamente podían atribuirse a la persona física⁹⁴.

El segundo de los artículos es el art. 129 CP, que va a regular las consecuencias accesorias, el auténtico origen de lo que en el año 2010 va a denominarse responsabilidad penal de las personas jurídicas⁹⁵. Coincidimos con GÓMEZ-JARA DÍEZ⁹⁶ sobre la escasa repercusión en la práctica judicial de esta regulación. La escasa utilización en la práctica judicial de esta especial responsabilidad se constata también en el análisis jurisprudencial realizado por SILVIA SÁNCHEZ⁹⁷.

Las consecuencias accesorias exigían una audiencia previa de los titulares o de sus representantes legales, que permitía que las personas jurídicas pudieran plantear su defensa en la misma posición que las personas físicas encausadas, tanto en la fase de instrucción, como en el juicio oral y su consiguiente impugnación. En base a la regulación legal los jueces o tribunales podían imponer, motivadamente, una serie de consecuencias;

⁹⁴ MORENO CHAMARRO, I., “Cuestiones Procesales”, en *Delitos societarios. Las diferentes figuras delictivas y su aplicación en los Tribunales*, 2005, VLex, págs. 49-51.

⁹⁵ GONZÁLEZ TAPIA afirma que la incorporación de la regulación del art. 129 CP “abrió en su día la puerta al reconocimiento, por primera vez en nuestra tradición jurídica, de la responsabilidad penal de las personas morales o jurídicas”. GONZÁLEZ TAPIA, M.I., “Las consecuencias accesorias del art.129: la nueva responsabilidad penal de los entes sin personalidad jurídica”, en *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad de la persona jurídica*, PALMA HERRERA, J.M (dir), Dykinson, 2014, pág. 45.

⁹⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., en “Aspectos sustantivos...” en *Responsabilidad penal...*, *op.cit*, pág. 19.

⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ analiza y constata la escasa repercusión de las consecuencias accesorias y entiende que existen dificultades para afrontar esta criminalidad a través del Derecho Penal. SILVA SÁNCHEZ, JM., “La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2006, págs. 10-12.

la clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, la disolución de la sociedad, asociación o fundación, la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación, la prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

Las medidas cautelares que se preveían eran la clausura temporal y la suspensión de actividades que, previa audiencia, podían ser acordadas por el juez Instructor durante la tramitación de la causa (art. 129 CP).

Su finalidad no era estrictamente cautelar sino que estaba orientada a evitar la reiteración delictiva, a la prevención de la continuidad en la actividad delictiva, lo que llamaba poderosamente la atención y reflejaba que era una regulación preparada para supuestos específicos de delitos muy graves en los que intervenían las personas jurídicas⁹⁸.

El sistema se refuerza en el año 2003, a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, compatibilizando el artículo 129 CP con las previsiones del artículo 31 CP (“y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 31”), e incorporando en este último artículo un segundo apartado que establece que:

“Art. 31.2. 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”.

Fórmula legal que también provoca dudas en torno a su naturaleza. SILVA SANCHEZ aboga por una naturaleza extraña y ajena a nuestro Derecho, en la medida en que impone a las personas jurídicas una responsabilidad directa y solidaria por el pago de una multa

⁹⁸ Su utilización fue muy escasa y se ciñó a la pequeña empresa y a la delincuencia organizada. GONZÁLEZ TAPIA, M.I., “Las consecuencias accesorias...” en *Procedimientos operativos...op.cit.*, págs. 47-50.

que se le ha impuesto a una persona física. Se trataría de una responsabilidad cuya referencia sería “*responsabilité pénale indirecte du fait d’autrui*” del Derecho francés⁹⁹.

Sin embargo, la presión internacional y los compromisos adoptados apuestan firmemente por incorporar la responsabilidad directa y autónoma de la persona jurídica y la doctrina avanza allanando el camino para su aterrizaje¹⁰⁰. La tendencia es imparable, algunos autores utilizan abiertamente el término de responsabilidad penal¹⁰¹ y el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 2006 anuncia el siguiente estadio.

6. La incorporación de la responsabilidad penal directa en el 2010.

La LO 5/2010 incorpora a nuestro ordenamiento la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con la característica de que la persona jurídica de manera autónoma e independiente con respecto a la persona física va a verse avocada a un proceso penal en la que puede resultar condenada¹⁰².

La gran diferencia del nuevo sistema es que el proceso penal se va a dirigir también contra la persona jurídica si comete un delito tipificado que así lo establezca. Evidentemente, la comisión del delito la seguirá llevando a cabo alguna persona física. Sin embargo, además de su propia responsabilidad, se podrá exigir a la persona jurídica su responsabilidad por

⁹⁹ Debatiéndose los autores sobre la naturaleza de la sanción que no es “una responsabilidad civil derivada de delito y, por otro, tampoco es una responsabilidad criminal con imposición de una pena de multa”, SILVA SÁNCHEZ, J.M., y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “El art. 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?”, *Indret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 343, 2006.

¹⁰⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “¿Imputabilidad de las personas jurídicas?” con BAJO FERNÁNDEZ, M, JORGE BARREIRO, A. y SUÁREZ GONZÁLEZ, C, en *Libro Homenaje a D. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, págs. 163-182. NIETO MARTIN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, Iustel, 2008, págs. 169 y siguientes.

¹⁰¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. en “Aspectos sustantivos relativos...” en *Responsabilidad penal...*, *op.cit.*, pág. 20.

¹⁰² A pesar de que en nuestra opinión se trata de un paso más en la evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas el cambio es muy profundo y el considerar a las entidades como sujetos pasivos en los procesos penales al mismo nivel que las personas físicas evidencia un hito importante. En palabras de SANDE MAYO es trata de un “vuelco histórico”. SANDE MAYO, M.J., “Estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables” en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal. 25 y 26 de abril de 2013*, MORENO CATENA, V., (dir.), Tirant lo Blanch, 2015, pág. 253.

tales hechos¹⁰³. La razón principal que permite la exigencia de la persona jurídica es que la persona física ostenta una especial posición de actuación en el seno de la persona jurídica y que ha actuado en provecho de ésta.

El salto conceptual con respecto a las anteriores accesorias del artículo 129 del Código Penal implica abandonar la responsabilidad penal accesoria que exige la previa declaración de condena de la persona física, pasando a una responsabilidad directa de la persona jurídica. Así, el proceso penal se dirigirá contra la persona jurídica, independientemente de que se haya dirigido también contra la persona física¹⁰⁴.

La tendencia internacional es incorporar esta especial responsabilidad en los ordenamientos jurídicos y se introduce en nuestro ordenamiento estableciéndose el eje del sistema en los arts. 31 bis y siguientes del Código Penal. No obstante, como cierre del sistema o subsidiario del sistema se mantienen las consecuencias accesorias en un reformado artículo 129 CP.

El art. 31 bis CP, atribuye la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos incluidos en el catálogo expreso del Código Penal y cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho, o por personas sometidas a su autoridad. Se trata de una responsabilidad penal que se exigirá “aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”.

Sin embargo, se excluye del sistema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas “al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se

¹⁰³ Para GIMENO BEVÍA nuestro ordenamiento jurídico pasa de un modelo administrativo de responsabilidad de las personas jurídicas a adoptar un modelo totalmente penal. GIMENO BEVÍA, J., *El proceso penal...*, *op.cit.*, pág. 29.

¹⁰⁴ CASTILLEJO MANZANARES, R., “La actual regulación de la responsabilidad penal de personas jurídicas”, *La Ley mercantil*, núm. 18, 2015, Wolters Kluwer, págs. 2-3.

trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general” (art. 31 bis CP).

El reformado art. 129 CP regula las consecuencias accesorias por los delitos cometidos “en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código”. Estableciéndose el carácter facultativo para poder imponer las consecuencias accesorias previstas y la inclusión de esta responsabilidad en el marco de los mismos delitos previstos en el catálogo de los que la persona jurídica puede cometer.

Por último, tanto el art. 33.7 *in fine* CP como el art. 129 CP en su apartado tercero establecen que tres medidas cautelares, en concreto, podrán ser adoptadas por el juez instructor durante la instrucción de la causa penal que se sigue contra la persona jurídica; la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial.

7. La modificación de la responsabilidad penal en el 2015.

La modificación operada en el año 2015 en la materia, a través de la LO 1/2015, provoca la incorporación de los llamados programas de cumplimiento¹⁰⁵. Estos instrumentos organizativos, y su control, van a permitir a las personas jurídicas eludir su responsabilidad penal. La reforma incorpora una profunda transformación mediante la incorporación de una serie de artículos y la modificación sustancial del art. 31 bis CP que, además de definir más concretamente los criterios de atribución de responsabilidad y el círculo de personas físicas que van a poder realizar la conexión delictiva con la persona jurídica, van a modificar e introducir un nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

¹⁰⁵ Los programas de cumplimiento o «*compliance programs*» tienen su origen en los Estados Unidos. GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal...*, pág. 30.

La diferencia fundamental va a radicar en que en determinadas condiciones la persona jurídica va a poder eludir su responsabilidad penal¹⁰⁶. Para ello, el órgano de administración debe dotarse, con carácter previo a la comisión del delito, de un modelo de organización eficaz que incluya medidas de vigilancia y control adecuadas. La finalidad del modelo de gestión debe servir para la prevención de los delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. El control del funcionamiento de este modelo deber ser confiado a un órgano específico de la entidad o, en el caso de entidades de reducido tamaño, asumido directamente por el propio órgano de administración.

La regulación legal viene acompañada por detalles específicos sobre los modelos de organización y gestión que van a permitir eludir o eximir la responsabilidad penal de la persona jurídica. De ese modo deberá reunir los siguientes requisitos: identificar las actividades donde puedan ser cometidos los delitos; establecer procedimientos que “concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos”; dotar a la organización de los recursos financieros suficientes; un deber de aviso de cualquier riesgo detectado en torno a esta cuestión; la adopción de un régimen disciplinario para sancionar incumplimientos del modelo de gestión de riesgos delictivos adoptado y, por último, un deber de verificar periódicamente el modelo adaptándolo a una continua mejora del mismo.

¹⁰⁶ A salvo de podersele exigir otras responsabilidades fuera del ámbito penal y de la responsabilidad penal de las personas físicas.

CAPÍTULO III.

La persona jurídica en el orden constitucional.

1. Introducción.

La persona jurídica viene definida como “un grupo con nombre y capacidad propios, distinto de los individuos que lo integran”¹⁰⁷, y se trata por tanto de una entidad que trasciende al ser humano al que en determinadas ocasiones el ordenamiento jurídico va a reconocer su realidad a través del otorgamiento de la personalidad jurídica.

El origen de la persona jurídica se remonta a la necesidad del ser humano de asociarse para conseguir afrontar los grandes retos que se le plantean a lo largo de su vida; desde abordar las cuestiones básicas como el sustento y la seguridad, a las más alta de evolución personal y colectiva¹⁰⁸.

Su origen se remonta a Roma y al Derecho Público, que reconoce al Estado romano derechos y obligaciones. Continúa con las corporaciones y los colegios de la Edad Media, con gran influencia del Derecho Canónico. Y llega hasta la Edad Moderna, en la que la era industrial provoca las necesidades de acumular enormes capitales con la limitación de responsabilidad las sociedades holandesas e inglesas van a ofrecer una solución política a un problema económico, dando origen a la expansión de las personas jurídicas. El influjo de la Revolución Francesa va a ser vital en nuestra era, ya que en su normativa mercantil va a impulsar un liberalismo económico que provoca el reconocimiento de la personalidad jurídica. En 1978, se recoge en nuestra norma fundamental el derecho de asociación (art. 22 CE), constituyendo un derecho subjetivo protegido constitucionalmente¹⁰⁹.

¹⁰⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L., (dir.) *Parte General del Derecho...*, *op.cit.*, pág. 245.

¹⁰⁸ Vid MASLOW, H. Abraham, *Motivación y Personalidad*, 2014, Díaz de Santos.

¹⁰⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L., (dir.) *Parte General del Derecho...*, *op.cit.*, págs. 246-255.

Las personas jurídicas más conocidas en el ámbito civil son las asociaciones, las fundaciones y las sociedades civiles. En el ámbito mercantil debemos citar obligatoriamente a la sociedad limitada, a la sociedad anónima y a la sociedad cooperativa como las más conocidas. Sin embargo, la lista es extensa: la sociedad comanditaria simple, sociedad comanditaria por acciones, sociedad anónima europea, agrupación de interés económico, sociedad laboral, sociedad de garantía recíproca, sociedad anónima deportiva, sociedad agraria de transformación y los grupos de sociedades¹¹⁰.

2. El principio de legalidad penal y las personas jurídicas.

La introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la responsabilidad penal de las entidades ficticias plantea la necesidad de fijar el marco del proceso penal para su actuación. Los grandes principios del Derecho Penal, establecidos en nuestra norma fundamental, tienen como receptor a la persona humana. No obstante, a partir del año 2010 también la persona jurídica puede ser sujeto pasivo en el proceso penal. Resulta indispensable aclarar algunas cuestiones básicas y esenciales con respecto a los grandes principios orientadores de nuestro ordenamiento jurídico y su aplicación a las personas jurídicas.

En caso de que estos principios que vienen a ser los pilares del sistema no se aplicasen a las personas jurídicas debemos indagar y concretar cuáles son las bases concretas sobre las que se construye esta novedosa responsabilidad penal. Estas cuestiones básicas surgen, además de la novedad indiscutible de la materia, por lo ajeno que resulta el proceso penal contra las personas artificiales en nuestro ordenamiento jurídico después de decenios en los que se ha defendido y argumentado que los únicos que pueden cometer delitos son las personas físicas.

¹¹⁰ Las normas regulatorias son el Código de Comercio, la Ley de Sociedades de Capital, Ley 19/2005, Ley 12/1991, Ley de Cooperativas estatal y autonómicas, Ley 62/2003, Ley 4/1997, Ley 19/1995, Ley 10/1990, Ley 1/1994.

El artículo 25 CE, en su apartado primero, es taxativo en relación a la imposibilidad de que nadie pueda ser condenado en un proceso penal por un hecho que en el momento de producirse no constituya delito, conforme a la legislación vigente en ese momento¹¹¹. Históricamente, el principio de legalidad va a establecer el límite a la capacidad punitiva de la Administración de Justicia. Por ello, este principio, como una garantía fundamental, fue incorporado a la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*¹¹² que en su apartado octavo proclamaba que “la ley no debe imponer otras penas que aquéllas que son estricta y evidentemente necesarias; y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad a la ofensa y legalmente aplicada”.

La Constitución Española de 1837 regulaba en su artículo 9 que "ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por Juez o Tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas prescriban". Esta previsión legal que obliga a calificar los hechos como delito previamente supone que si no existe previsión de que los hechos constituyen un delito en el Código Penal nadie puede ser condenado.

Los textos internacionales más importantes en materia de derechos humanos también proclaman el principio de legalidad. La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 en su artículo 11.2 establece que “nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”¹¹³. Así lo establece también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de noviembre de 1966, en su artículo 15, al proclamar que; “nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no

¹¹¹ Como señala LAMARCA PÉREZ “El principio de legalidad suele formularse bajo el aforismo, atribuido a Feuerbach (1847), *nullum crimen, nulla poena sine lege*, es decir, no hay delito ni pena sin una ley que lo tipifique, una ley que debe ser previa a la comisión del hecho delictivo y una ley que debe serlo también en sentido formal, esto es, una norma emanada del Parlamento como órgano de la representación política”. LAMARCA PÉREZ, C., “Principio de legalidad penal”, *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 1, 2011, pág. 157.

¹¹² La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano fue aprobada el 26 de agosto de 1789 por la Asamblea Nacional de Francia en el marco de la Revolución francesa, texto a su vez influenciado por la Constitución Americana de 1776 (Virginia, Maryland).

¹¹³ Para profundizar sobre la problemática *vid* ESPARZA LEIBAR, I., “Artículo 11: presunción de inocencia y globalización del proceso penal” en *La Declaración Universal de los Derechos Humanos ayer, hoy y mañana = Giza Eskubideen aldakarrikapen unibertsala : atzo, gaur eta bihar*, ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dir.), Aranzadi, 2012, págs. 223-234.

fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. Por último, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950 en su artículo 7¹¹⁴ establece que no hay pena sin ley, regulando que “nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida”¹¹⁵.

Brevemente las exigencias del principio de legalidad¹¹⁶, con carácter general son las siguientes¹¹⁷:

- a) *Lex scripta*: que exige la reserva de la ley escrita en materia penal, se prohíbe el derecho consuetudinario en el ordenamiento jurídico penal.
- b) *Lex praevia*: que prohíbe la irretroactividad de las leyes penales.
- c) *Lex certa*: que exige la determinación o la taxatividad.
- d) *Lex stricta*: que prohíbe la analogía en el ámbito penal, el pleno sometimiento del juez al imperio de la ley o la prohibición de cualquier forma de creación judicial del Derecho por interpretación extensiva¹¹⁸.

¹¹⁴ Vid al respecto LANDA GOROSTIZA, J.M., “Artículo 7: No hay pena sin ley” en Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático, LASAGABASTER HERRARTE, I., (dir.), Thomson Reuters Civitas, 2015, págs. 298-337.

¹¹⁵ La tendencia a la armonización del Derecho Penal a nivel internacional puede abrir un debate jurídico interesante con la incorporación de la perspectiva anglosajona sobre los límites del principio de legalidad.

¹¹⁶ La formulación de las cuatro características del principio se suelen formular de la siguiente manera: *Nullum crimen, sine lege scripta*; *Nullum crimen, sine lege stricta*; *Nullum crimen, sine lege praevia*; y, por último, *Nullum crimen, sine lege certa*. BARBOSA CASTILLO, G. “Principio de legalidad y proceso penal”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 26, núm. 78, 2005, pág. 110.

¹¹⁷ FERNÁNDEZ CRUZ, J.A., “La naturaleza y contenido del mandato de Lex Certa en la doctrina del Tribunal Constitucional español”, *Revista de Derecho*, Vol. IX, diciembre 1998, págs. 141 y siguientes.

¹¹⁸ LAMARCA PÉREZ, C., “Principio de legalidad..”, *op.cit.*, pág. 158.

Podemos sostener que el mandato constitucional también se tiene que aplicar obligatoriamente a las personas jurídicas por lo que las penas previstas en el Código Penal son las únicas que se pueden imponer cuando son condenadas, incluso el mandato constitucional se extiende sobre el derecho administrativo sancionador.

Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en su sentencia número 25/1984, de 23 de febrero, que interpreta este texto constitucional exigiendo la reserva absoluta de la Ley en la regulación de los delitos y sus penas. La cuestión es compleja y se debate acerca del modo de entender el desarrollo del art. 25.1 CE. Bajo la premisa necesaria de la aprobación mediante de leyes para poder incorporar los delitos y sus penas en el ordenamiento jurídico penal, se plantea la discusión sobre la cualidad de estas leyes, es decir, si deben ser leyes orgánicas.

El Tribunal llega a la conclusión de que “el art. 25.1 contempla toda norma sancionadora, incluida la que tiene por objeto las infracciones administrativas” y que su contenido exige “que nadie pueda ser condenado o sancionado por injusto penal o administrativo que no haya sido tipificado previamente como tal según la legislación vigente cuando se produjo”. Y, el Tribunal, sin ninguna duda, exige la reserva absoluta de la Ley en materia penal, aunque ello no implica que la Ley tenga que ser orgánica “algo que no puede deducirse sin más de la conexión del art. 81.1 con el mencionado art. 25.1. El desarrollo al que se refiere el art. 81.1 y que requiere Ley Orgánica tendrá lugar cuando sean objeto de las correspondientes normas sancionadoras los «derechos fundamentales», un supuesto que, dados los términos en que la cuestión de constitucionalidad ha sido planteada, no nos corresponde aquí determinar”¹¹⁹.

La doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional con respecto al principio de legalidad parte del artículo 53.1 de la Constitución¹²⁰ y el art. 17.1 de la Constitución¹²¹ y

¹¹⁹ Como señala PÉREZ DEL VALLE el Derecho Penal exige una legitimidad democrática directa y así lo exige la Unión Europea. PÉREZ DEL VALLE, C. “Derecho penal europeo, principio de legalidad y principio de proporcionalidad”, *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2008, págs. 11 y 12.

¹²⁰ Que proclama que “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...”.

llega a la conclusión de que en materia penal y punitiva existe una reserva absoluta de Ley. Y el principio de legalidad del artículo 25 de la Constitución viene a garantizar “que una condena o sanción de privación de libertad sólo será procedente en los casos tipificados en leyes preestablecidas y únicamente en la cuantía y extensión previstas en ellas”¹²².

Además, en caso de que esas leyes penales prevean una sanción que comporte la privación de la libertad personal tienen que adoptar necesariamente la forma de leyes orgánicas por aplicación de la previsión constitucional del artículo 17 de la Constitución¹²³.

Este principio de legalidad penal en base al artículo 25 CE exige además de una claridad extrema en la redacción de normas penales. Así, el Tribunal Constitucional en su sentencia número 159/1986, de 12 de diciembre¹²⁴, viene a subrayar que “el principio de legalidad penal impone al legislador el deber de conformar los preceptos legales que condicionan la aplicación de sanciones, sobre todo cuando se trata de sanciones criminales, de tal manera que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada”.

A la reserva formal y absoluta de la exigencia de una ley para imponer las sanciones penales¹²⁵, tenemos que añadir las garantías que el propio Código Penal establece. De este

¹²¹ El artículo 17 en su apartado primero dice que: “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”.

¹²² Sentencia del Tribunal Constitucional nº 159/1986, de 12 de diciembre.

¹²³ El Tribunal Constitucional detalla en su Sentencia nº 159/1986, de 12 de diciembre, que “el rango de la norma aplicable y, en su caso, el tipo de Ley a que se encomienda la regulación o desarrollo de los derechos constitucionalmente reconocidos -Ley Orgánica o Ley ordinaria- constituyen una garantía de los mismos, al suponer límites y requisitos para la acción normativa de los poderes públicos. La exigencia de que la norma penal que impone sanciones de privación de libertad esté contenida en una Ley Orgánica, lo que supone un procedimiento específico de elaboración y aprobación, añade una garantía - frente al mismo legislador- a las demás constitucionalmente previstas para proteger el derecho a la libertad. Por ello, si bien no puede hablarse de un «derecho al rango» de Ley Orgánica, como contenido del art. 17. 1, sí puede afirmarse que el derecho a la libertad y seguridad reconocido en este artículo incluye todas las garantías previstas en diversos preceptos constitucionales y, entre ellas, las derivadas de los arts. 25.1, 53.1 y 81.1. La imposición, pues, de una pena de privación de libertad contenida en una norma que no posea el carácter de Ley Orgánica constituye una vulneración de las garantías del derecho a la libertad consagrado en el art. 17.1 de la Constitución y, por lo tanto, una violación protegible en la vía de amparo”.

¹²⁴ LAMARCA PÉREZ, C., “Principio de legalidad...”, *op.cit.*, págs. 158-159.

¹²⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Garantismo y derecho penal*, Iustel, 2011, pág. 100.

modo los artículos 1.1¹²⁶ y 2.1¹²⁷ del Código Penal exigen que las leyes prevean las sanciones antes de su perpetración¹²⁸, prohibiéndose expresamente la retroactividad de las sanciones penales que no sean favorables al reo¹²⁹. Justo al contrario, sólo tendrán efecto retroactivo las leyes penales que favorezcan al reo conforme a la regulación del artículo 2.2 del Código Penal, retroactividad aunque “al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo”¹³⁰.

Por último, el artículo 12 del Código Penal exige que la ley disponga expresamente qué acciones u omisiones imprudentes se castigarán, por tanto se perseguirán exclusivamente las que se regulen. Es el denominado principio de tipicidad o también denominado principio de taxatividad¹³¹, que se puede resumir en que la seguridad jurídica exige una determinación exacta de los tipos penales y de las sanciones¹³².

¹²⁶ El artículo 1.1 del Código Penal establece que “nadie será castigado por ninguna acción ni omisión si la misma no está prevista como delito antes de su comisión o perpetración”.

¹²⁷ El artículo 2.1 del Código Penal prohíbe la retroactividad de la legislación sobre los delitos y sobre las medidas de seguridad y por ello exige que la previsión normativa del delito y de la medida de seguridad sea anterior a su comisión.

¹²⁸ A esta garantía la doctrina la denomina *lex scripta* y excluye que la costumbre sea fuente de derecho penal (SSTC 42/1987, de 7 de abril, 60/2000, de 2 de marzo, 113/2003, de 16 de junio y 24/2004, de 24 de febrero).

¹²⁹ Todo ello conforme al artículo 9.3 de la Constitución que establece que “la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” y ha venido siendo interpretado en dicho sentido por el Tribunal Constitucional, entre varias, por las Sentencias 3/1988, 20/2003, 82/2006. La doctrina ha venido denominando a esta garantía material con el término de *lex previa*.

¹³⁰ El Tribunal Constitucional avala esta interpretación en sus sentencias 99/2000, de 10 de abril, y 75/2002, de 8 de abril, estableciendo el principio prohibitivo de imponer alguna sanción mayor a la prevista en las leyes vigentes en el momento de cometer el hecho punible.

¹³¹ En el ámbito penal el principio exige la máxima determinación. ARROYO ZAPATERO, L., “Principio de legalidad y reserva de la ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, 1983, pág. 13.

¹³² El Tribunal Constitucional en numerosas sentencias ha ido perfilando este principio y ha venido exigiendo que los supuestos de hecho de las leyes penales han de estar estrictamente delimitados con la máxima claridad, entre varias, la sentencia 62/1982, de 15 de octubre, y la sentencia 13/2003, de 28 de enero. Este último principio material se viene denominando como *lex certa* y ha provocado grandes debates doctrinales y jurisprudenciales en torno a las leyes penales en blanco.

Hacemos nuestra la opinión de ECHARRI-CASI¹³³ que considera trasladable íntegramente el contenido del artículo 25 CE a las personas jurídicas e incluso que la imposición de las sanciones penales cumple con el mandato constitucional al girar en torno a la prevención.

La exigencia de la seguridad jurídica consagrada en el artículo 9.3 CE, tan necesaria en el marco de la persona jurídica y su actividad de cualquier índole, se encuentra también vinculada a la exigencia del principio de legalidad penal. Las personas jurídicas necesitan y tienen derecho a la seguridad jurídica en cualquier aspecto del ordenamiento jurídico, y el grado de exigencia es máximo en el ordenamiento jurídico penal. Así, los principios básicos que se aplican en el procesamiento de las personas físicas van a servir también con respecto a la persona jurídica, salvando las situaciones en que su naturaleza no lo permita. Igualmente se exigirá que la norma penal sea recogida con absoluta claridad y precisión en un texto escrito legal, con una descripción concreta y detallada de la conducta que una vez realizada llevará a la persona jurídica a afrontar una pena, a su vez precisa, sin que puedan existir ni la retroactividad¹³⁴ ni la analogía, y todo ello, en un proceso con garantías.

3. Los derechos fundamentales y las personas jurídicas.

El debate generado en torno a si las personas jurídicas son titulares o no de derechos fundamentales también resulta esencial puesto que la introducción de la responsabilidad penal y el sometimiento de la persona jurídica al proceso penal tienen una óptica absolutamente distinta si se llega a la conclusión de que no es titular de derechos fundamentales. Es un debate básico pero intenso en la doctrina que ha tenido que trasladarse, tal y como hemos expuesto, desde una tradición en la que la persona jurídica

¹³³ El autor no tiene ninguna duda “considero trasladables a las personas jurídicas, el contenido del art. 25 CE, bajo la denominación de principio de legalidad penal, ya que si bien con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, habrían de matizarse aspectos puramente penales, no así en la actualidad. ECHARRI CASI, F.J., “Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales”, *Diario La Ley*, núm. 7632, 2011, La Ley, pág. 3.

¹³⁴ A salvo de la aplicación de la retroactividad penal favorable o incluso la analogía a favor del reo.

no podía cometer delitos, a la introducción de su responsabilidad penal independiente y autónoma. Evidentemente, el sentido común invita a otorgar derecho a las personas jurídicas, ya que se les han impuesto obligaciones¹³⁵.

Debemos poner la atención en la reforma procesal que acompañó a la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Además de ser tardía, puso en cuestión, como señalan BAJO FERNÁNDEZ y GÓMEZ-JARA DÍEZ, “la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser titulares de derechos fundamentales, y, por tanto, si gozan de las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva”¹³⁶. Por ello, vamos a abordar a continuación dos cuestiones centrales para este debate; la primera, para intentar profundizar y conocer si las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales; la segunda, para conocer los derechos concretos que las personas jurídicas tienen en el proceso penal que se puede seguir frente a ellas.

3.1. Las personas jurídicas y los derechos fundamentales.

Para abordar la primera cuestión, debemos subrayar que el problema surge porque la Constitución no realiza una declaración expresa y diáfana sobre la cuestión¹³⁷: “nuestro

¹³⁵ Para SERRANO ZARAGOZA ser sujeto pasivo en un proceso penal coloca a la persona jurídica en una situación “muy singular” con el poder público que exige reconocerle justamente los derechos y garantías derivadas de esta posición. SERRANO ZARAGOZA, O., “Contenido y límites del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas en tanto sujetos pasivos del proceso penal”, *Diario La Ley*, núm. 8415, 2014, La Ley, pág. 1.

¹³⁶ BAJO FERNÁNDEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ recogen y hacen suya la opinión de ECHARRI CASI que afirma que “a fin de no causar indefensión a las personas imputadas, deben trasladarse a éstas en bloque, con los correspondientes matizaciones el conjunto de garantías constitucionales y formales de las personas físicas resultan acreedores en el seno del proceso penal, empezando por las reguladas en el art. 24 CE, bajo la denominación de tutela judicial efectiva, para garantizar así la presencia de aquéllas en el proceso penal, con una adecuada defensa y representación”, BAJO FERNÁNDEZ, M., y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica” en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, con FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., Thomson Reuters, 2016, en págs. 314 y 315.

¹³⁷ SERRANO ZARAGOZA también subraya la falta de previsión constitucional y apunta a que ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que ha ido reconociendo a las personas jurídicas la titularidad directa de derechos fundamentales. Y ello más allá de la titularidad que ostentan las personas físicas que componen o integran a la persona jurídica. El autor también subraya que esta jurisprudencia constitucional “ha matizado que dicha titularidad directa de la persona jurídica de un derecho fundamental dependerá de que el mismo, por su naturaleza y contenido, no sea incompatible con la naturaleza o especialidad de fines del ente colectivo, de tal modo que se pueda identificar una relación funcional entre el derecho fundamental y el favorecimiento de los intereses de las personas físicas que han justificado la creación del ente colectivo

texto constitucional, a diferencia de otros como el artículo 19.3 LFB¹³⁸, no contempla expresamente que las personas jurídicas o los sujetos colectivos sin personalidad jurídica puedan ser con carácter general titulares de los derechos fundamentales”¹³⁹.

El diseño constitucional no contempla a las personas jurídicas y cuando se habla de derechos se habla de derechos individuales de las personas físicas y del ciudadano. TORRES MURO afirma que “esta actitud es un reflejo del individualismo extremo que lo inspira, individualismo que responde a la necesidad de basar las nuevas relaciones sociales en el fin de los cuerpos intermedios y los lazos económicos y personales propios del Antiguo Régimen. No nos resistimos, para reafirmar estas ideas, a traer a colación el contenido de las dos declaraciones clásicas de fines del siglo XVIII”¹⁴⁰.

La cuestión de la titularidad se origina con la aprobación de la Constitución de 1978, y como señala GÓMEZ MONTERO “solo a partir de la Constitución se ha planteado el problema en la jurisprudencia – fundamentalmente en la constitucional – y, aunque en menor medida, en la doctrina”¹⁴¹. El país de referencia en la materia es Alemania que

y que la integran o que de algún modo pueden verse afectadas por su existencia”. SERRANO ZARAGOZA, O., “Contenido y límites del derecho...”*op.cit.*, pág.3.

¹³⁸ Ley Fundamental de Bonn.

¹³⁹ El ordenamiento jurídico alemán es el referente en esta cuestión. BASTIDA FREIJEDO, F.J., y AA.VV., *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, 2004, pág.75; Idéntica reflexión realiza GÓMEZ MONTERO señalando que: “en realidad, más que de un problema reciente se trata, en la mayor parte de esos ordenamientos, de un problema inexistente pues, con excepción de Alemania, son escasas las referencias bibliográficas y jurisprudenciales que pueden encontrarse. Esta situación puede explicarse, en primer lugar, por la existencia en la Ley Fundamental de Bonn de un precepto expresamente dedicado al tema: según su art. 19.3 “los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas en la medida en que según su naturaleza les sean aplicables”. GÓMEZ MONTERO, A.J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, Núm. 65, 2002, pág.51.

¹⁴⁰ En el contenido de estas declaraciones profundiza TORRES MURO y tras un análisis de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América y la Declaración del Hombre de la Revolución Francesa afirma que: “nada, por tanto, de supuestos derechos de las personas jurídicas ni, por supuesto, de los entes públicos. A los revolucionarios de ambos países, dignos hijos de la Ilustración, ni se les pasaba por la cabeza que las personas jurídicas o los poderes públicos pudieran gozar de libertades. Eran, en ambos casos, si no el enemigo a batir, sí el poder a controlar, a someter a los intereses de los ciudadanos, que, éstos sí, debían tener a su disposición medios de reacción frente a los abusos”. TORRES MURO, I., *Foro, Nueva época*, vol. 17, núm. 2, 2014, págs. 347-368.

¹⁴¹ En su brillante trabajo GÓMEZ MONTERO describe la evolución histórica y doctrinal de la cuestión. GÓMEZ MONTERO, A.J., “La titularidad de derechos fundamentales...”, *op.cit.*, págs. 49-105.

incluyó en su Constitución, la Ley Fundamental de Bonn, un artículo que establece que “los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas en la medida en que según su naturaleza les sean aplicables” (artículo 19.3)¹⁴².

A pesar de que nuestra Constitución no prevé ningún precepto similar, es decir, no se regula la titularidad de los derechos fundamentales por la persona jurídica, el debate se plantea en el Tribunal Constitucional¹⁴³.

Las sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la cuestión son numerosas a partir de 1988 y han ido admitiendo que las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales con respecto a un gran número de derechos. El Tribunal Constitucional llega a la conclusión firme en sentencia núm. 23/1989, de 2 de febrero, que “en nuestro ordenamiento constitucional, aun cuando no se explicita en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas”.

Para GÓMEZ MONTERO el Tribunal Constitucional transcribe en la sentencia una traducción literal del artículo 19.3 de la norma fundamental alemana y una vez “establecida esta norma general constituye *“ope jurisprudentiae*, una regla de nuestro Derecho positivo”, es decir, y tal como aclara el propio autor el órgano constitucional está creando Derecho¹⁴⁴.

¹⁴² A pesar de la incorporación de un artículo similar en la Constitución portuguesa que en su artículo 12 ha dispuesto que: “las personas colectivas gozan de los derechos y están sujetas a los deberes compatibles con su naturaleza”, ésta no ha servido de referencia para nuestro legislador.

¹⁴³ Como hemos señalado en nuestra norma fundamental no existe ninguna previsión con respecto a la titularidad de los derechos fundamentales por las personas jurídicas, sin embargo, la Constitución en el artículo 162.1, en su apartado b), legitima para interponer el recurso de amparo, además que a las personas naturales, a las personas jurídicas que invocasen un interés legítimo. Por esta vía las personas jurídicas pudieron acudir al Tribunal Constitucional en amparo de sus derechos y, por ello, se desarrolló jurisprudencialmente toda la teoría de la capacidad de las personas jurídicas de ser titulares de derechos fundamentales.

¹⁴⁴ GÓMEZ MONTERO, A.J., “La titularidad de derechos fundamentales ...”, *op.cit.*, pág. 52.

El reconocimiento de estos derechos en nada contraviene al ordenamiento constitucional y reconoce la realidad asociativa de la ciudadanía. Sin embargo, se abre un debate de gran intensidad en torno a los derechos concretos que las personas jurídicas pueden tener reconocidas en las disposiciones legales. No obstante, ante la enorme variedad formal de las personas jurídicas, habrá de estudiarse cada situación para dar una respuesta detallada.

Quizás el derecho al honor de las personas jurídicas haya sido la cuestión más debatida. Los derechos relacionados con el artículo 18 CE, han tenido diversas respuestas en la jurisprudencia. Recientemente el Tribunal Supremo en su sentencia nº 408/2016, 15 de junio de 2016, ha resuelto que una demanda de una entidad local, es decir, de una Administración Pública, en torno a la titularidad de derechos fundamentales.

La sentencia ha permitido debatir sobre la titularidad de los derechos fundamentales de los entes colectivos, permitiéndonos observar su estado actual. El Tribunal Supremo describe la doctrina del Tribunal Constitucional respecto al derecho al honor de las personas jurídicas afirmando que, sin género de dudas, las personas jurídicas de Derecho privado son titulares de derechos como el honor, reconocido por el artículo 18.1 CE y que las sociedades mercantiles, las asociaciones en general, incluidos los partidos políticos, los sindicatos y las fundaciones, también ostentan ese derecho. Sin embargo se afirma igualmente que los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos de las personas físicas, sujetos activos, y que el Estado debe proteger y facilitar tales derechos y libertades. Y, por ello, no se puede reconocer a las entidades de Derecho Público la titularidad de derechos fundamentales, puesto que serían sujetos pasivos y no ostentadores de derechos conforme al artículo 10 de la CE. El Tribunal Supremo afirma que la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en interpretación del art. 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (decisiones de inadmisión *Dösemealti Belediyesi c. Turquía*, de 23 de marzo de 2010, y *Demirbas c. Turquía*, de 9 de noviembre de 2010, y sentencia *Granitul, S.A. c. Rumanía* el 22 de marzo de 2011), comparten esta posición. Y establece que las personas jurídicas de Derecho público no son titulares del derecho al honor, señalando que conforme a la Constitución no es correcto hablar de honor de las instituciones públicas, respecto de las cuales, en cambio, considera más correcto emplear los términos como la dignidad, el

prestigio y la autoridad moral, valores que no son idénticos al honor. El Tribunal Supremo viene a mantener la consolidada doctrina constitucional que niega, con carácter general, la titularidad de los derechos fundamentales a las personas jurídico-públicas, a las que, sin embargo, sí reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 64/1988, de 12 de abril, FJ 1.).

3.2. *Los derechos de las personas jurídicas en el proceso penal.*

Esta cuestión resulta esencial en el aspecto práctico de la responsabilidad penal de las entidades puesto que marcará el devenir del proceso penal que se desarrolle frente a la misma como sujeto pasivo de un ilícito penal. Por fortuna, contamos con un criterio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que nos va a facilitar el estudio de la cuestión.

La atribución de derechos fundamentales que se va a proclamar en esta sentencia va a poder acallar cualquier debate sobre los derechos que las entidades tienen en el proceso penal en este especial régimen de responsabilidad. Así la sentencia del Tribunal Supremo nº 514/2015, de 2 de septiembre, se pronuncia sobre la responsabilidad penal de una persona jurídica, y en su Fundamento de Derecho Tercero señala que “la ausencia de un recurso formalizado por la entidad condenada como autora de un delito de estafa, obliga a la Sala a no abordar el llamativo distanciamiento del FJ 4º de la sentencia recurrida respecto de las exigencias del principio de culpabilidad (art. 5 CP). Esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 bis del CP. Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal. El efecto extensivo que el art. 903 de la LECRim impone respecto de las decisiones favorables que se deriven de la interposición de un recurso de casación, sugiere importantes matices en torno a la exoneración de la responsabilidad de la entidad en el caso de que la persona física, encausada por los mismos hechos, haya sido exonerada por haberse vulnerado su presunción de inocencia. En el presente caso, sin embargo, el laconismo de la sentencia de instancia respecto del fundamento de la responsabilidad

criminal declarada en relación con la entidad, el silencio de los recurrentes y, sobre todo, la irrelevancia penal del hecho de referencia, conducen a declarar también extinguida toda responsabilidad criminal respecto de la sociedad receptora de las transferencias económicas que fueron abonadas por los querellantes”.

Estimando el recurso presentado por la persona jurídica, el Tribunal Supremo la absuelve y establece, por tanto, un criterio que va a ser esencial con respecto a la cuestión que nos ocupa: cualquier condena contra una persona jurídica “habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”, es decir, la persona jurídica en este proceso penal especial va a contar con unos derechos homologables a los que ostenta la persona física, siempre que su naturaleza lo permita.

La jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo también ha ido analizando otros aspectos de las garantías y derechos que tiene la persona jurídica incurso en el proceso penal. El Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su sentencia núm. 154/2016, de 29 de febrero de 2016, pudo pronunciarse por primera vez sobre las garantías que las personas jurídicas tienen en el proceso penal. Además, se pretenden establecer los criterios de interpretación y aclarar gran parte de las dudas surgidas en la doctrina a raíz de la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico.

En todo caso, debemos señalar que entre las garantías que tiene la persona jurídica en el proceso penal, se encuentran los pre-requisitos previstos para la imputación de la persona jurídica en el artículo 31 bis del Código Penal¹⁴⁵. Esto es, que: a) estemos ante la comisión de un delito que pueda ser cometido por las personas jurídicas y en cuyo seno se comete, y b) que las personas físicas autoras de los hechos delictivos son integrantes de la persona jurídica.

¹⁴⁵ Filtros jurídicos previstos en la redacción originaria del artículo que tiene su origen en la LO 5/2010 y en la redacción actual del artículo tras la reforma operada por la LO 1/2015.

Los derechos que asisten a la persona jurídica en este tipo de procesos penales son descritos con la finalidad de cumplir “con las funciones nomofiláctica y de unificación doctrinal que esta Sala tiene encomendadas como Tribunal casacional, tratándose de materia tan novedosa como compleja, y por tanto precisada en el momento presente de una dotación, dirigida a los órganos de instrucción y de enjuiciamiento, de criterios válidos en la interpretación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas acordes con el sentido naturaleza y finalidad del mismo”¹⁴⁶.

Con esta intencionalidad, en el fundamento jurídico octavo de la referida sentencia, se van a precisar las garantías de la persona jurídica en esta especial responsabilidad. Y el Tribunal Supremo establece un fundamento que va a irradiar esta cuestión y señala que ya optándose por un “modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”.

Con respecto a los derechos y garantías constitucionales que giran sobre el artículo 24 CE -derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia, al Juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, y similares-, el Tribunal establece que la persona jurídica va a poder exigirlos del mismo modo que las personas físicas: “ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal”. Por ello, la persona jurídica va a poder alegar estos derechos y si fuera el caso denunciar su vulneración.

En una ulterior sentencia, la número 221/2016, de 16 marzo, el Tribunal Supremo profundiza en esta argumentación. La persona jurídica va a ser titular de un “conjunto de derechos invocables” que se van a derivar de su estatuto procesal de parte pasiva en el proceso penal. Y salvo las especialidades derivadas de su naturaleza artificial, los

¹⁴⁶ VILLEGAS GARCÍA, M.A., “Hacia un modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas. La STS (Pleno de la Sala de lo Penal) 154/2016, de 29 de febrero., *Diario La Ley*, núm. 8721, 2016, La Ley, pág. 3.

derechos que va a tener la persona jurídica no van a ser distintos que los que “ostenta la persona física a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo”¹⁴⁷.

El derecho a la presunción de inocencia exige que no se diferencie entre la categoría de personas física, en la que la parte acusadora debe probar con una exigencia extrema el contenido de su acusación, y la categoría de personas jurídicas, “cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el *ius puniendi* del Estado”¹⁴⁸. Por tanto, se va a exigir a la acusación “el mismo esfuerzo probatorio que le es requerido para justificar la procedencia de cualquier otra pena cuando ésta tenga como destinataria a una persona física”¹⁴⁹.

Además, la persona jurídica tiene derechos fundamentales por sí misma, por ello, se plantea incluso la cuestión relativa a si la persona jurídica tiene derecho a la última palabra sobre la base del artículo 24.2 CE que se encuentra previsto en el art. 739 LECRim. Y, más profundamente, los supuestos en los que las personas físicas relacionadas estrechamente con la entidad jurídica pudieran tener un conflicto de intereses procesales, conflicto como señala el Tribunal entre “los de quienes, en principio, estarían legalmente llamados a llevar a cabo tales funciones representativas (representantes y administradores) y los propios e independientes de la persona jurídica, que a su vez pudieran incluso afectar a los derechos de terceros, como sus trabajadores, acreedores, accionistas minoritarios, etc.”. En concreto, en las situaciones en las que las personas físicas proyectan una influencia notable sobre las posiciones y estrategias que pudiera

¹⁴⁷ El Tribunal Supremo afirma que “la posición de los entes colectivos en el proceso, cuando son llamados a soportar la imputación penal, no debería hacerse depender del previo planteamiento dogmático que el intérprete suscriba acerca del fundamento de esa responsabilidad”.

¹⁴⁸ La Sala nos recuerda que estamos ante una responsabilidad penal, a diferencia de otros sistemas y que “no hay responsabilidad penal sin delito precedente. Lo contrario abriría una peligrosísima vía con efectos irreversibles en los fundamentos mismos del sistema penal”.

¹⁴⁹ En base al principio de presunción de inocencia se va a descartar la responsabilidad objetiva de la persona jurídica en el proceso penal. La acusación si pretende condenar penalmente a una persona jurídica no puede ceñirse a acreditar exclusivamente que se ha cometido un delito por la persona física en el seno de la organización de la persona jurídica, porque sencillamente no existe una presunción *iuris tantum* de que automáticamente ha existido un defecto organizativo. La acusación debe acreditar el defecto organizativo de la entidad para lograr su condena penal.

adoptar la persona jurídica, incluso en los posibles acuerdos de conformidad o colaboración.

En estos supuestos, se cuestiona que la decisión sobre la estrategia y defensa de la persona jurídica corresponda a la persona física imputada en un delito que ejerce una influencia total sobre la misma. A los magistrados del Tribunal Supremo les preocupa que se hurte la posibilidad de “llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación”. Recordándose que además la previsión normativa del actual artículo 31 ter del Código Penal prevé la responsabilidad autónoma e independiente de la persona jurídica incluso en el supuesto de que la persona física hubiera fallecido o se hubiera sustraído de la acción de la justicia.

Entre las posibles soluciones se plantea que en el caso de que “efectivamente se apreciase en concreto la posible conculcación efectiva del derecho de defensa de la persona jurídica al haber sido representada en juicio, y a lo largo de todo el procedimiento, por una persona física objeto ella misma de acusación y con intereses distintos y contrapuestos a los de aquella” se pudiera llegar incluso a la repetición del juicio oral de la persona jurídica evitando dicho conflictos de intereses. Sin embargo, tal y como reconoce el propio Tribunal el remedio lo debe determinar el Legislador con una regulación más adecuada de la cuestión.

En la mencionada sentencia núm. 221/2016, el Tribunal Supremo analiza este extremo en concreto para constatar que la regla prevista en el art. 786 bis de la LECRim no está exenta de dificultades. Y se remite a la experiencia para establecer los criterios en esta

cuestión¹⁵⁰. No obstante, no aborda muchos de los problemas imaginables. Será la experiencia la que vaya marcando las pautas para eludir el riesgo de colisión de intereses que se traduzca en una práctica orientada a camuflar las responsabilidades individuales de las personas físicas autoras del delito de referencia, haciéndolo bajo el paraguas protector de una estrategia de defensa al servicio de aquella.

En resumen, la persona jurídica tiene en el proceso penal los mismos derechos y garantías fundamentales que las personas físicas¹⁵¹. En consecuencia, la persona jurídica va a poder alegar y denunciar en el proceso penal la vulneración de derechos fundamentales como la defensa, la tutela judicial efectiva, el derecho al Juez predeterminado por la ley, la presunción de inocencia, etc.

Las garantías constitucionales de la que son titulares las entidades jurídicas son analizadas por ECHARRI CASI¹⁵². No obstante, por su naturaleza no humana, la persona jurídica no ostentará en ningún caso algunos derechos fundamentales que son incompatibles con la naturaleza de las personas ficticias, entre los que se encuentran el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE), el derecho a la libertad personal (art. 17 CE), el derecho a participar en las elecciones o la participación en los asuntos públicos (art. 23 CE), el derecho al matrimonio (art. 32 CE). Sin embargo, existe una gran controversia sobre la titularidad de la persona jurídica sobre otros derechos, una de las más discutidas en la

¹⁵⁰ El Tribunal Supremo, en la Sentencia nº 221/2016, de 16 marzo, y en su fundamento jurídico quinto afirma que “será la experiencia la que vaya marcando las pautas para eludir el riesgo de colisión de intereses que se traduzca en una práctica orientada a camuflar las responsabilidades individuales de las personas físicas autoras del delito de referencia, haciéndolo bajo el paraguas protector de una estrategia de defensa al servicio de aquella”. Puesto que en el supuesto de hecho concreto que se analiza en esta Sentencia y a pesar de manifestar que “es palmario” que no debería haberse aceptado que la representación legal y defensa de la persona jurídica imputada y la de la persona física imputada sean ejercidas por los mismo profesionales, el Tribunal también que no puede establecer un criterio automático, y por ello, habrá de estarse a las circunstancias de cada caso concreto. Es decir, “sólo la constatación de que esa indeseable identidad ha producido efectos perjudiciales, debería conducir a la declaración de vulneración del derecho de defensa”.

¹⁵¹ Ciertamente algunos autores, entre ellos, RODRÍGUEZ RAMOS, han criticado el planteamiento de reconocer los derechos constitucionales recogido en los artículos 24 y 25 CE a las personas jurídicas omitiendo algunos contenidos en torno a la culpabilidad, en concreto se menciona la sentencia del Tribunal Constitucional número 59/2008, de 14 de mayo, en el sentido de que la responsabilidad penal es personal, concreta y con la exigencia de dolo o culpa. RODRÍGUEZ RAMOS, J., “La culpabilidad en los delitos cometidos por la persona jurídica. El delito de «sospecha blindado» y la responsabilidad objetiva «impura» en la Circular 1/2011 de la FGE”, *Diario La Ley*, número 7694, 2011, La Ley, pág. 1 y ss.

¹⁵² ECHARRI CASI, F.J., “Las personas jurídicas...”, *op.cit.*, págs. 5-9.

jurisprudencia es la relativa al derecho al honor y a la imagen de las personas jurídicas. En todo caso, sostenemos como lo hace el autor citado, que en base al derecho a la igualdad establecido en el artículo 14 CE no podemos permitir que se distinga entre personas físicas o jurídicas en este aspecto. En base al criterio de igualdad, y por supuesto descartando la especial naturaleza de la persona jurídica y sus límites, no debemos olvidar que una o varias personas físicas pueden desarrollar una actividad a través de las personas jurídicas y, por ello, deben recibir una protección en forma de ostentación de derechos. En todo caso, habrá que analizar cada actividad y cada derecho para conocer los límites concretos y específicos que estos derechos adquieren en el caso de las personas jurídicas.

CAPÍTULO IV.

Las sanciones previstas en el sistema de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

1. Introducción.

La responsabilidad penal de la persona jurídica es una materia de gran complejidad. Por ello, y antes de abordar este apartado, debemos exponer que, conforme al diseño que se introdujo en el Código Penal a través de la LO 5/2010 sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, este régimen jurídico, en principio¹⁵³, se planteaba sobre la base del siguiente esquema punitivo:

- a) Principal sistema de responsabilidad: art. 31 bis CP.

Como primer y principal pilar del sistema se plantea que las personas jurídicas que cometan los delitos previstos en el catálogo se verán avocadas al sistema establecido de responsabilidad penal del artículo 31 bis del Código Penal; las penas a las que las personas jurídicas podrán ser condenadas serán las establecidas sobre el eje del artículo 33.7 del Código Penal. En cuanto a las medidas cautelares, aunque existe un debate intenso sobre esta cuestión en un principio, debemos guiarnos por lo establecido en el artículo 33.7 *in fine* del Código Penal.

- b) Segundo sistema de responsabilidad y de cierre: art. 129 CP.

Para complementar el sistema, se establece un segundo pilar con carácter subsidiario y con la finalidad de cerrar el sistema de responsabilidad; los entes que

¹⁵³ No obstante, debemos advertir al lector que a lo largo de nuestro estudio descubriremos que este diseño legislativo se va a desbordar, en gran parte provocado por las incoherencias de nuestro ordenamiento jurídico regulando esta materia.

carezcan de personalidad jurídica van a ser sometidas a otro régimen jurídico complementario. El artículo 129 del Código Penal ha sido diseñado por el legislador como un artículo de cierre o complementario del artículo 31 bis del Código Penal, y las personas jurídicas que no tengan personalidad jurídica se verán avocadas a su régimen de las consecuencias accesorias.

Estamos ante dos regímenes jurídicos diferentes porque el objeto de su regulación también es distinto; que se ostente o se carezca de personalidad jurídica tiene enormes efectos jurídicos en nuestro ordenamiento civil y su traslación al ámbito penal se refleja en el diferente tratamiento procesal que se regula para unas u otras entidades. Sin embargo, para que el sistema legal tenga cierta coherencia, las penas o las consecuencias accesorias¹⁵⁴ que se han previsto en ambas disposiciones serán, prácticamente, similares.

Lo mismo va a suceder con las medidas cautelares previstas en ambas regulaciones, el artículo 129.3 del Código Penal, en relación a las consecuencias accesorias, va a establecer un catálogo de medidas cautelares idéntico al previsto en el artículo 33.7 *in fine* Código Penal. La previsión de las idénticas medidas cautelares en los dos regímenes va a dar homogeneidad al sistema¹⁵⁵, a pesar de que el procedimiento regulatorio general de ambos es diferente.

Sabiendo que la penalidad prevista en el artículo 33.7 del Código Penal y las consecuencias accesorias del artículo 129.1 del Código Penal son similares, para avanzar en el estudio de las medidas cautelares de ambos regímenes debemos pasar a estudiar sus detalles. El estudio de las sanciones penales resulta del todo imprescindible en relación a

¹⁵⁴ Existe un debate profundo de la doctrina en torno a la naturaleza de las consecuencias o medidas accesorias. La doctrina se divide entre los que defienden su naturaleza penal, su naturaleza de medida de seguridad, su naturaleza civil o patrimonial o, incluso, que los que sostienen que se trata de un híbrido jurídico *sui generis*. CARRASCO ANDRINO, M.M., “Acerca de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del art. 129 CP”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2. Época, núm.18, 2006, págs. 139-169; bajo la denominación de consecuencias accesorias se han utilizado palabras crípticas para ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., en *Comentarios al Código Penal*, COBO DEL ROSAL, M. (dir.), Edersa, 2000, págs. 1050-1151.

¹⁵⁵ Viéndose este régimen también arrastrado por los mismos debates, en lo que concierne a las medidas cautelares, que los que se plantean en torno al artículo 31 bis y 33.7 CP.

las medidas cautelares porque en la fase cautelar no se pueden imponer situaciones con efectos jurídicos más graves que los que se pueden imponer en la sentencia condenatoria. La conexión entre medidas cautelares y las posibles penas definitivas tiene que estar dotado de coherencia y, por ello, los regímenes jurídicos prevén una correlación entre ambas.

Por ello, y a pesar de que nuestro trabajo gira específicamente en torno a las medidas cautelares, creemos necesario realizar un breve análisis sobre las penas que la persona jurídica puede recibir como resultado del proceso penal. Las sanciones previstas para las personas jurídicas por su responsabilidad penal van a ser la guía y el criterio para acordar la adopción de las medidas cautelares durante el proceso penal. Por tanto, las medidas cautelares van a tener que ser valoradas en proporción a las sanciones penales definitivas posibles que pueden imponérselas en la sentencia firme. La gravedad de las sanciones previstas por los tipos delictivos, y sus criterios de imposición, deben ser la guía de actuación de los juzgados de instrucción en el momento de elegir si es pertinente o no acordar alguna sanción frente a la persona jurídica y, si fuera necesaria, la que mejor se ajuste a la finalidad que se pretenda en cada situación concreta.

2. La penas previstas en el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas (Artículo 33.7 CP).

La responsabilidad penal de la persona jurídica establece la posible condena a la persona jurídica que se ve incurso en el procedimiento criminal y, por consiguiente, también la posible adopción de medidas cautelares a lo largo del proceso. La previsión punitiva tiene como eje el artículo 33 del Código Penal¹⁵⁶ que clasifica las penas¹⁵⁷ previstas en función de su naturaleza y su duración en graves, menos graves y leves, señalando que las

¹⁵⁶ Las sanciones previstas en la antigua regulación de las medidas accesorias el artículo 129 CP se han trasladado, prácticamente idénticas, a las penas de la nueva regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas del año 2010, dando contenido al actual artículo 33.7 CP.

¹⁵⁷ El artículo 32 del Código Penal regula que las penas, bien con carácter principal bien como accesorias, son privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa.

previstas para las personas jurídicas reciben todas el calificativo de grave¹⁵⁸. El considerar a todas las penas como graves puede generar absurdos en cuanto que la cualificación no se gradúa conforme a la extensión temporal de la pena impuesta a la persona jurídica¹⁵⁹. En todo caso, la calificación de todas las penas como graves puede afectar al juicio de proporcionalidad que realiza el juzgador al acordar la pena¹⁶⁰.

MANZARANEZ SAMANIEGO considera que la calificación de todas las penas que se pueden imponer contra la persona jurídica supone una discriminación porque a diferencia de las otras sanciones reguladas en el Código Penal no se distingue entre penas graves y menos graves. Además, el autor llama la atención sobre la calificación de la pena de multa como sanción grave al considerar que en ningún momento recibe ese calificativo cuando se refiere a las penas que se pueden imponer a otros sujetos pasivos¹⁶¹.

¹⁵⁸ La Circular de la Fiscalía General del Estado nº 1/2011 subraya que todas las penas a imponer a la persona jurídica son graves y consecuentemente tiene su incidencia en el plazo de prescripción “que tendrá lugar a los diez años conforme a lo previsto en el artículo 133 del Código Penal. Cabe la posibilidad, por tanto, de que estén afectos a términos de prescripción diferentes los delitos de las personas físicas y los de las jurídicas, lo que no debe extrañar por cuanto constituye una opción político criminal perfectamente asumible que, sin embargo, quizá debiera haberse explicado en la Exposición de Motivos de la Ley”. Para FEIJOO SÁNCHEZ esta calificación no afectará a la competencia y a estos efectos resulta irrelevante. El autor comparte que los efectos de la calificación de graves a todas las sanciones que se pueden imponer a la persona jurídica va a tener efectos con respecto a la prescripción que se alargará hasta los diez años y en la cancelación de los antecedentes que establece la regla de los diez años para el supuesto de las penas graves en el artículo 136.1 e) del Código Penal y, por ello, las penas impuestas a las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del artículo 129 se cancelarán a los diez años, “salvo que se hubiese acordado la disolución o la prohibición definitiva de actividades. En estos casos, se cancelarán las anotaciones transcurridos cincuenta años computados desde el día siguiente a la firmeza de la sentencia” (artículo 136.3 del Código Penal). FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “Las consecuencias jurídicas del delito” con BAJO FERNÁNDEZ, M., y GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters, 2016, págs. 273-274. También comparte la misma opinión DE LA MATA BARRANCO, N.J., “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención, instrumentos de prevención en el seno corporativo”, *La Ley Penal*, 2011, La Ley, pág. 12.

¹⁵⁹ La falta de delimitación de la extensión temporal de la pena que se puede imponer a la persona jurídica puede llevar al absurdo de calificar idénticamente y con el calificativo de grave a dos penas con una extensión temporal totalmente diferentes. Como, por ejemplo, una pena de un mes de suspensión de actividades recibiría la misma calificación de una pena de suspensión de actividades de cinco años. OUBIÑA BARBOLLA, S., “Responsabilidad penal de la persona jurídica: penas y circunstancias modificativas” en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal. 25 y 26 de abril de 2013*, MORENO CATENA, V. (dir.), Tirant lo Blanch, 2015, pág. 343-344.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ MANZARANEZ SAMANIEGO, J.L., “Las penas de las personas jurídicas”, *Diario La Ley*, núm. 7920, 2012, La Ley, pág. 6.

El artículo 33.7 del Código Penal también va a establecer el catálogo de penas que se pueden imponer a la persona jurídica que resulte condenada en el proceso penal¹⁶².

Al abordar el estudio de esta cuestión, lo primero que llama la atención es la deficiente técnica legislativa en la regulación de las sanciones penales aplicables a la persona jurídica. La literalidad del artículo 33.7 del Código Penal apunta a que regula las únicas penas que son aplicables a la persona jurídica. Sin embargo, no es así y no se ajusta a la realidad normativa de nuestro ordenamiento jurídico. En el Código Penal en el marco de los tipos delictivos que la persona jurídica puede cometer se establecen tanto disposiciones agravando las sanciones previstas en el artículo 33.7 CP como estableciendo sanciones especiales relacionadas con el delito penal específico. Puede que sea debido a las incoherencias u olvidos, puede que sea porque la regulación del proceso penal ha sido reformada parcialmente desde el siglo XIX sin que se diseñe un proceso penal integral. Al objeto de poder concretar la penalidad que la persona jurídica puede afrontar en el proceso penal debemos analizar también los tipos penales o catálogo de delitos que la persona jurídica puede cometer.

En segundo lugar, debemos subrayar una obviedad; dada su condición de persona ficticia a la persona jurídica no se le puede aplicar ninguna pena privativa de libertad personal y, por tanto, las sanciones tienen principalmente efectos patrimoniales o económicos¹⁶³. Las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales, como hemos podido observar, sin embargo, su sustrato está compuesto principalmente por una materia económica indudable y, por ello, las sanciones van a afectar al patrimonio de la entidad, ya sea porque se va a ver avocada a la disolución, a la paralización de su actividad económica, a la prohibición, al cierre o a abonar una multa económica por sus actos delictivos. Todas las sanciones penales previstas y, por supuesto, las medidas cautelares, tienen su

¹⁶² Es importante subrayar que las sanciones establecidas en Código Penal son independientes de las penas posibles o paralelas que se pueden adoptar contra las personas físicas que integran la persona jurídicas, es decir, de las sanciones responde la persona jurídica de forma autónoma e independiente.

¹⁶³ GIMENO BEVIÁ, J. también subraya la misma conclusión: “La lectura de lista tasada “*numerus clausus*” de sanciones, todas ellas con la consideración de “graves”, arroja un resultado concluyente: la persona jurídica, dado que no puede ser sujeta a penas privativas de libertad” es susceptible de ser sancionada únicamente a través de sanciones pecuniarias o sanciones interdictivas”. *El proceso penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pág. 302.

traducción económica evidente, pudiéndose llegar a una cuantificación numérica y dineraria de todas ellas, como, por ejemplo, se realiza en el ámbito mercantil.

No obstante, la doctrina viene a realizar una clasificación entre las penas que se pueden imponer a las personas jurídicas¹⁶⁴. Se distingue entre la pena de multa¹⁶⁵ y el resto de penas a las que se considera interdictivas o con la finalidad de evitar la reiteración delictiva¹⁶⁶.

En cuanto a su origen regulatorio, debemos señalar que la mayoría de las sanciones previstas vienen de la antigua normativa del artículo 129 del Código Penal, que regulaba en sus consecuencias accesorias la disolución, la suspensión de actividades, la clausura de los locales y establecimientos, y la intervención judicial. El legislador menciona, en el apartado séptimo de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, las disposiciones relativa al catálogo de las penas imponibles a las personas jurídicas, al resto de penas que se les unirán como novedades: “la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social”.

Por último, entendemos que no existe ningún obstáculo para imponer las sanciones penales acumulativamente, a pesar de que no existe ninguna referencia expresa en el contenido del artículo 33.7 del Código Penal¹⁶⁷.

¹⁶⁴ En este sentido, ZARZALEJOS NIETO, J., “Apuntes sobre la ejecución de penas impuestas a las personas jurídicas”, con BANACLOCHE PALAO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, 2012, pág. 289; y GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pág. 302.

¹⁶⁵ ZARZALEJOS NIETO, J. considera que el criterio penológico de la multa es claramente retributivo, en “Apuntes sobre la ejecución de penas...”, *op.cit.*, pág. 290.

¹⁶⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Penas a personas jurídicas” con BANACLOCHE PALAO, J y ZARZALEJOS NIETO, J., en *Responsabilidad penal...*, *op.cit.*, pág. 120 y ss.

¹⁶⁷ Como señala FEIJOO SÁNCHEZ sin embargo si existe una referencia expresa en el artículo 129 del Código Penal que regula las consecuencias accesorias. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “Las consecuencias jurídicas...”, *op.cit.*, pág. 286.

Realizadas estas anotaciones, vamos a proceder al estudio del catálogo de sanciones penales o penas que pueden ser impuestas a las personas jurídicas en el marco de su responsabilidad penal.

2.1. *La pena de multa.*

La pena de multa por cuotas o proporcional es la principal sanción que se va ha previsto imponer a la persona jurídica¹⁶⁸. El propio legislador apuesta decididamente por esta sanción con una clara carga económica, señalándola como la más común de las sanciones a la persona jurídica.

El legislador en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 manifiesta su opción decidida por la pena de multa al ser el “sistema claramente predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición, según el cual la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad”. Es decir, los sistemas europeos también han optado decididamente por la pena de multa. Un rápido repaso de los sistemas del entorno europeo (Francia, Bélgica y Alemania) ratifican este extremo¹⁶⁹, siendo de gran interés la normativa italiana por ser un referente para nuestro legislador, que en su artículo 10.1 Decreto Legislativo núm. 231/2001, de 8 de junio, Italiano establece que “...*si aplica sempre la sanzione pecuniaria*”, es decir, que el sistema italiano apuesta por la multa pecuniaria como sanción exclusiva a la persona jurídica.

El propio legislador en su Exposición de Motivos¹⁷⁰ reserva las otras penas que no sean de multa, y que tienen consecuencias muchísimo más profundas en la persona jurídica, a los supuestos cualificados en los que se apliquen las reglas previstas en el artículo 66 bis que también se incorporó al Código Penal con la reforma acometida a través de la LO

¹⁶⁸ OIBIÑA BARBOLLA, S., “Responsabilidad penal de la persona jurídica...”, *op.cit.*, págs. 348-350.

¹⁶⁹ En Francia su *Code pénal* en su artículo 131-37, en Bélgica, el artículo 41 bis *Code Pénal* y en Alemania *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG)* en su art. 30.

¹⁷⁰ En el apartado séptimo de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 el legislador expone que la multa es la pena ordinaria en el supuesto en que se condene penalmente a la persona jurídica “reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66 bis”.

5/2010¹⁷¹. En consonancia a este criterio, el artículo 66 bis del Código Penal viene a restringir el uso de las penas que se pueden imponer a la persona jurídica que no sean las de la multa, regulando que para imponer cualquier sanción que no sea la de la multa habrá de motivarse por el juzgador. Las únicas razones que van a permitir al juzgador establecer otro tipo de sanción a la persona jurídica pueden obedecer a que se pretenda una finalidad preventiva, existan unos perjuicios evidentes sobre todo para los trabajadores y los acreedores, y que la especial relación que puede tener el individuo infractor en la estructura de la persona jurídica aconseje otro tipo de pena.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011 corrobora este extremo señalando que “la única pena susceptible de ser impuesta en todo caso a la hora de sancionar a la persona jurídica es la de multa”. Y, al considerar que “la pena de multa es potencialmente la más útil para contrarrestar el desequilibrio económico derivado del beneficio y/o ahorro económicos que la corporación infractora obtiene con la actividad delictiva, en buena parte de los casos”, por último se instruye a los fiscales para solicitar la pena de multa como opción principal¹⁷².

La pena de multa es la sanción por excelencia que va a imponer a los entes colectivos, por lo que establecer sus criterios de imposición es fundamental en el esquema punitivo. Por ello, el Tribunal Supremo se refiere en su sentencia núm. 154/2016, de 29 de febrero, a la aplicación de la pena de multa, en concreto, a su modulación, “para evitar una respuesta desproporcionada entre la suma total de las multas”, dejando abierta la posibilidad de un futuro fraccionamiento de pago, de conformidad con lo establecido en el art. 53.5 CP”¹⁷³.

¹⁷¹ Para OIBIÑA BARBOLLA en realidad la multa se impondrá en todos los supuestos, y el resto de penas se pueden sumar a esta pena como adicionales, “mientras las demás son adicionales con lo que su imposición se sumará a la pena general de multa en los supuestos que resulten de las reglas de aplicación de las penas del nuevo art 66 bis del CP”. En OIBIÑA BARBOLLA, S..”Responsabilidad penal de la persona jurídica...”, *op.cit.*, pág. 347.

¹⁷² Sin embargo, y conforme a las reglas que hemos expuesto, la Fiscalía también podrá solicitar otras penas dependiendo de la conducta, de la gravedad, de la difusión y de las especiales circunstancias de los hechos delictivos.

¹⁷³ El artículo 53.5 CP estipula que “podrá ser fraccionado el pago de la multa impuesta a una persona jurídica, durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquélla o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general”.

Para finalizar, resulta obligado realizar una reflexión: si lo que se pretende principalmente es imponer multas económicas a las personas jurídicas no hacía falta establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica. La pena de multa podía perfectamente establecerse sin abordar la responsabilidad penal de la persona jurídica, con todos los inconvenientes y problemas jurídicos que conlleva, puesto que otros mecanismos como la propia responsabilidad civil o, incluso, la responsabilidad administrativa, pudieran cumplir el mismo fin.

En este último ámbito, el administrativo, la imposición de multas a las personas jurídicas no reviste ninguna especialidad y es algo habitual en toda su esfera. Es por ello que cobra fuerza el argumento de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas obedece a un motivo estético, tan anglosajón, de hacer justicia y de hacer pagar con la pena de banquillo al acusado para hacer cundir ejemplo en el resto de la sociedad.

2.2. *La disolución de la persona jurídica.*

La disolución es la sanción más grave que se puede imponer a la persona jurídica condenada en este proceso y acarrea la pérdida de la personalidad jurídica. La disolución consiste en la extinción de la persona jurídica y, metafóricamente, podríamos decir que es una pena de muerte sobre la persona ficticia que deja de existir al perderse la “capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o de llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita” (art. 33.7 CP).

Sin adentrarnos en el ámbito mercantil, simplemente queremos apuntar que la disolución de la persona jurídica integra además de la propia disolución, la fase de liquidación del patrimonio de la entidad y su extinción de los registros en los que está inscrita.

La disolución mercantil de las sociedades de capital está regulada en los artículos 360 a 370 de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

No encontramos entre las causas de disolución previstas en la normativa mercantil a la condena en un proceso penal. Se trata de otra de las incoherencias internas de nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, la decisión judicial firme de un órgano jurisdiccional penal no va a encontrar obstáculo alguno en su materialización en el ámbito mercantil.

Mayor problema plantean los necesarios pasos que se deben dar para disolver correctamente la sociedad, ya que la disolución no es una operación automática que consiste en cancelar la inscripción de la persona jurídica en un Registro. En la mayoría de ocasiones, la disolución va a requerir la realización de operaciones societarias y patrimoniales que, a su vez, requieren que se nombre a un órgano de liquidación o un liquidador. Será necesario que la sanción penal de la disolución se acompañe de medidas de administración de la entidad que permitan garantizar el cumplimiento de todos los derechos que se puedan encontrar ligados a la persona jurídica.

Las operaciones de liquidación para garantizar los derechos de los acreedores y los trabajadores están indisolublemente unidas a la sanción de liquidación, por lo que el juzgador penal deberá poner los medios para materializarlo. Por tanto, es necesario que la disolución venga acompañada por el nombramiento de un interventor judicial que liquide y disuelva la persona jurídica o de cualquier medida, que en todo caso, permita la previa liquidación ordenada del patrimonio social de la persona jurídica.

Al tratarse de la sanción más grave que se pueda acordar contra la entidad jurídica, el legislador limita su imposición a las personas jurídicas que han sido condenadas en, por lo menos, tres ocasiones en sentencia firme como responsables penales o para los supuestos en que las sociedades sean exclusivos instrumentos para cometer delitos.

2.3. *La suspensión de actividades.*

La suspensión de actividades es una sanción que supone la paralización de la actividad de las personas jurídicas. La prolongación indefinida de la suspensión de actividades, es decir, que la persona jurídica no pueda desplegar ninguna actividad, supone una sanción similar a la disolución. Por ello, el legislador establece como regla general el límite temporal de la pena de suspensión de actividades en los dos años sin que, en ningún caso, pueda superar la duración prevista para el caso en que el delito fuera cometido por una persona física.

El límite temporal de dos años de esta sanción puede superarse solamente en caso de reincidencia o la utilización instrumental de la persona jurídica para la comisión delictiva.

En estos casos se ha establecido como el límite temporal máximo de la sanción el de los cinco años.

Asimismo, la suspensión de actividades provoca un debate en torno a la actividad de la persona jurídica que se puede suspender, es decir, si la sanción debe suspender todas las actividades que la persona jurídica pueda desarrollar o solo alguna de ellas, en este caso las relacionadas con el delito¹⁷⁴.

Habitualmente los estatutos o normas sociales de las personas jurídicas han previsto múltiples actividades dentro de su objeto social, aunque una actividad concreta suele constituir la actividad económica principal. Esta técnica se debe a la necesaria inscripción registral de los estatutos sociales y sus modificaciones en el caso de las personas jurídicas mercantiles, que a su vez exige la previa elevación a escritura pública de los estatutos y de las modificaciones estatutarias al objeto de permitir su ulterior registro.

El debate que se plantea oscila entre entender la suspensión de actividades literalmente, es decir, como la suspensión de todas las actividades de la persona jurídica, o entenderla como la suspensión de una actividad concreta relacionada con el delito (en caso de que fueran varias las actividades relacionados con el delito se prohibiría el ejercicio de las actividades concretas).

Debemos observar que la suspensión de todas las actividades supone de facto la disolución y paralización de la persona jurídica, por lo que la lógica nos llevaría a matizar esta pena. Sin embargo, la literalidad de la expresión no deja espacio para las dudas y nos lleva a suponer que estamos ante la suspensión de todas las actividades de la persona jurídica. En tal caso, incluso la aplicación de la regla temporal de dos años y establecer una sanción penal por ese período es incompatible con la legislación mercantil establecida en la Ley de Sociedades de Capital y que se proyecta sobre las formas societarias más

¹⁷⁴ Entre otros, FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “Las consecuencias jurídicas...”, *op.cit.*, pág. 287; ZARZALEJOS NIETO, J., “Apuntes sobre la ejecución ...”, *op.cit.*, pág. 294; GIMENO BEVÍA, J., *El proceso penal ...*, *op.cit.*, pág. 319.

utilizadas en el tráfico económico; conforme a las reglas mercantiles las sociedades que superen un año de cese efectivo deben iniciar su disolución¹⁷⁵.

Nuestra posición se suma a la interpretación que permite la suspensión parcial de las actividades de la persona jurídica, sin que todas ellas se tengan que suspender, haciendo nuestro el criterio de la Fiscalía General del Estado. La Fiscalía, en su Circular 1/2011, propone “limitar la solicitud de esta sanción a supuestos graves, o bien concretar el sector o ámbito concreto de la actividad que deba suspenderse, que lógicamente habrá de ser el que esté más directamente vinculado con la actividad delictiva atribuida a la corporación”¹⁷⁶.

Y, sin embargo, existe otra pena muy similar a ésta que pudiera interpretarse como la suspensión parcial de actividades. En el artículo 33.7. e) se ha previsto la pena de “prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito”, en consecuencia la suspensión de actividades planteada tiene que ser una pena distinta a ésta. Por ello, en nuestra opinión, esta sanción permite al juzgador suspender todas y cada una de las actividades de la persona jurídica.

2.4. *La clausura de los locales y establecimientos de la persona jurídica.*

El cierre de los locales y establecimientos de la persona jurídica también es considerada una medida interdictiva orientada a la prevención del delito que se justifica cuando el delito se ha cometido en locales o establecimientos abiertos al público¹⁷⁷.

En relación a esta sanción surgen algunas cuestiones interesantes¹⁷⁸, centradas en el uso de las nuevas tecnologías y la globalización. En la práctica mercantil es cada vez más frecuente que las personas jurídicas no tengan ningún local o establecimiento abierto al público. Las empresas desarrollan su actividad a través de las nuevas tecnologías y su escaparate exclusivo se muestra en internet, sin que esta actividad entienda de fronteras

¹⁷⁵ Artículo 363.1 a) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

¹⁷⁶ Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, pág. 66.

¹⁷⁷ ZARZALEJOS NIETO, J., “Apuntes sobre la ejecución de penas...”, *op.cit.*, pág. 295.

¹⁷⁸ Para ECHARRI CASI es una medida severa que asombra por sus enormes repercusiones en el ámbito económico. ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones a Personas Jurídicas en el Proceso Penal: Las Consecuencias Accesorias*, Thomson-Aranzadi, 2003, pág. 76.

estatales. Nos preguntamos si esta sanción se podría aplicar a estos supuestos y permitiría la clausura de, por ejemplo, un portal de internet. Creemos que la literalidad de la sanción no lo permite, puesto que se refiere al cierre o precinto de un lugar físico por lo que no podría ser utilizada para esta finalidad.

El plazo máximo de duración de la pena que se ha previsto es de dos años lo que, conforme a determinados criterios que agravan la responsabilidad del artículo 66 bis del Código Penal, pudiera llegar a los cinco años¹⁷⁹.

En todo caso, se plantea la misma duda que surge en la sanción del apartado anterior; el contenido de la regulación no nos aclara si la sanción penal va a consistir en el cierre de todos y cada uno de los locales y sus establecimientos, o si se puede referir exclusivamente a un local o establecimiento concreto que ha sido relacionado con la comisión delictiva. La Fiscalía, también en esta ocasión, se posiciona por interpretar la regulación legal de manera flexible y permitiendo que el juzgador pueda tomar su decisión solamente en relación de determinado local o establecimiento.

2.5. *La prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.*

Esta sanción también es considerada interdictiva o preventiva y está regulada en la letra d) del artículo 33 del Código Penal. La prohibición afecta a las actividades desarrolladas por la persona jurídica que han supuesto su condena penal y deben ser especificadas en la sentencia¹⁸⁰. El juzgador deberá realizar un análisis del objeto social teórico que se ha previsto en los estatutos sociales de la persona jurídica y su plasmación práctica en forma de actividad económica. Limitando tanto el objeto social de la persona jurídica y las actividades reales que desarrolla en el tráfico jurídico mercantil para que se pudieran seguir realizando las actividades no prohibidas por la sentencia penal.

¹⁷⁹ GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal...*, *op.cit.*, pág. 320.

¹⁸⁰ En la sentencia penal condenatoria se debe motivar cada una de las actividades prohibidas de manera concreta e individual motivándose las razones que llevan al juzgador para acordar esta pena en relación a la adecuación de la sanción en relación a la finalidad de prevención que se persigue. ZARZALEJOS NIETO, J., “Apuntes sobre la ejecución de penas impuestas...”, *op.cit.*, pág. 295.

Esta sanción penal está relacionada con la suspensión de actividades, sin embargo, la prohibición de realizar en el futuro ciertas actividades es una medida mucho más concreta y relacionada con el delito que se ha cometido¹⁸¹, habida cuenta que la regulación legal extiende la prohibición a las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Su naturaleza es absolutamente preventiva, para evitar que la persona jurídica pueda cometer un delito en el futuro se le aparta de unas determinadas actividades¹⁸².

Un interesante debate es el que plantea FEIJOO SÁNCHEZ que pone el acento, más que en prohibir actividades, en que la persona jurídica realice ciertas actividades obligatoriamente como sanción penal, considerando que se ha desaprovechado la oportunidad de legislar y fomentar las reestructuraciones organizativas mediante obligaciones “positivas”¹⁸³.

Por último, debemos remarcar que la regulación penal prevé que la prohibición podrá ser temporal o definitiva. En todo caso, si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años¹⁸⁴. Para dotar a la sanción penal con carácter de definitiva se exigirá el encontrarnos ante una persona jurídica utilizada instrumentalmente para la comisión de delictiva (artículo 66 bis del Código Penal) o que concurra en la persona jurídica la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que la persona jurídica hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título

¹⁸¹ El análisis de la sanción que realiza ECHARRI CASI se refiere a la prohibición contemplada en la antigua regulación del artículo 129 del Código Penal, sin embargo, es un análisis totalmente válido porque el artículo 33.7 del Código Penal ha incorporado al marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas la misma previsión punitiva. ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones a Personas Jurídicas...*, *op.cit.*, pág. 95.

¹⁸² *Ibidem*. ECHARRI CASI entiende que su naturaleza se aproxima más a una medida de seguridad que a una auténtica sanción penal.

¹⁸³ Para el autor este hecho es significativo y hace relucir el escaso peso de la “prevención especial positiva”, FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “Las consecuencias jurídicas...”, *op.cit.*, pág. 288.

¹⁸⁴ En este sentido nos planteamos la misma cuestión que se plantea MANZANARES SAMANIEGO “cabe preguntarse (...) si tiene algún sentido disponer que la prohibición de realizar en el futuro determinadas actividades pueda ser tanto temporal como definitiva y fijar simultáneamente para el primer supuesto un límite máximo de quince años”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Las penas de las personas jurídicas”, *Diario La Ley*, núm. 7920, 2012, pág. 19.

del Código Penal (artículo 66 bis en relación al artículo 66.1.5º, ambos del Código Penal)¹⁸⁵.

2.6. *La inhabilitación de la persona jurídica.*

La sanción penal de inhabilitación está prevista en el apartado f) del artículo 33.7 del Código Penal y alberga varios supuestos que van a afectar a la persona jurídica si finalmente es condenada con esta pena, con una extensión temporal máxima de quince años¹⁸⁶.

En primer lugar, la persona jurídica no podrá obtener subvenciones y ayudas públicas de cualquier organismo público. A falta de una previsión normativa en el ámbito penal, debemos acudir a las normas administrativas y, en base a éstas, podemos considerar que el sector público está integrado conforme a la delimitación que realiza el artículo 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que integra a la Administración General del Estado, a las Administraciones de las Comunidades Autónomas, a las Entidades que integran la Administración Local y al sector público institucional, que a su vez está integrado por cualquier clase de organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas, las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas y las Universidades públicas. Además, debemos incluir a toda la administración pública relacionada con la Unión Europea. Por lo que la sanción penal supondrá la imposibilidad de obtener ningún tipo de subvención o ayuda pública procedentes de estos organismos. Al no existir ninguna previsión legal, la persona jurídica podrá recibir las subvenciones privadas o incluso de las donaciones conforme a su respectiva regulación legal.

¹⁸⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “Las consecuencias jurídicas...”, *op.cit.*, págs. 285 y 286.

¹⁸⁶ Las reglas relativas a la extensión temporal mínima de la pena no se establecen. OUBIÑA BARBOLLA, S., “Responsabilidad penal de la persona jurídica...”, pág. 354. Para la agravación de la pena, que si bien se establece de forma general para dos años, entraría en juego la agravación y la reincidencia delictiva. GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal...*, *op.cit.*, pág. 322; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Las penas...”, *op.cit.*, págs. 25-27.

En segundo lugar, se inhabilita a la persona jurídica para contratar con todo el sector público que hemos descrito. La extensión del concepto de contratar con el sector público, en nuestra opinión, abarca a todos las clases de contratos administrativos que se puedan celebrar. El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, enumera en sus artículos 5 al 12 los contratos del sector público y, en base a sus previsiones normativas, la persona jurídica condenada a esta pena no puede realizar bajo ninguna modalidad ningún tipo de prestación de servicios, concesión, gestión, obra, suministro o, incluso, de colaboración público-privada.

En tercer lugar, la inhabilitación también se extenderá a que la persona jurídica obtenga incentivos o beneficios fiscales. Se trata de conceptos del ámbito tributario a los que habrá que acudir para poder concretar en qué van a consistir los efectos de la pena. Sin embargo, parece a salvo que se aprueben normativas tributarias concretas, a que se refiere a los incentivos previstos en las distintas modalidades del impuesto de sociedades que se regulan en nuestro país.

Por cuarto lugar, también existirá una imposibilidad de recibir beneficios o incentivos de la Seguridad Social, que suelen establecerse en la normativa laboral y relacionadas con la promoción de determinados tipos contractuales permitiendo descuentos en los pagos de los seguros sociales o las cotizaciones sociales que las personas jurídicas por sus trabajadores por cuenta ajena.

Por último, en la aplicación de esta pena debería articularse un registro específico que alertara a todo el disperso sector público de las limitaciones que se han impuesto a la persona jurídica y su extensión temporal, algo que garantizaría el cumplimiento de la sanción¹⁸⁷.

¹⁸⁷ ZARZALEJOS NIETO, J., “Apuntes sobre la ejecución de penas...”, *op.cit.*, págs. 296 y 297.

2.7. *La intervención judicial.*

Esta sanción penal también proviene de las antiguas consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal, y su finalidad se fija en la salvaguardia de los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario.

El plazo temporal límite que se fija para esta sanción es de cinco años. Pudiendo la intervención judicial afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio.

La intervención deberá determinarse en cada supuesto concreto, sobre las circunstancias que acontecen. De este modo, el órgano jurisdiccional podrá en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinar el contenido de la intervención, el nombramiento del interventor y los sistemas de control establecidos a la intervención. En estas resoluciones judiciales se establecerán los límites de la intervención. En todo caso, y conforme al cometido encargado, el interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información necesaria para el ejercicio del encargo recibido.

En todo caso, el órgano jurisdiccional podrá suspender o modificar la intervención en cualquier momento, siendo imprescindibles para ello recabar los informes preceptivos del propio interventor y del Ministerio Fiscal. El legislador se remite a un futuro reglamento, que en la actualidad no existe, donde se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

ECHARRI CASI no entiende que se haya incluido la intervención judicial como sanción cuya naturaleza asocia con la fase cautelar “es más, entiendo que la misma, debiera haber sido excluida del catálogo de penas, pues no es tal, ya que presenta una naturaleza específicamente garantista, alejada de los fines preventivos y retributivos de las sanciones penales”¹⁸⁸.

¹⁸⁸ ECHARRI CASI, F.J., “Las personas jurídicas...”, *op.cit.*, pág.14.

Conforme a la regulación del artículo 53.5 CP esta medida puede adoptarse en el caso de que la persona jurídica no satisfaga la multa económica a la que ha sido condenada a pagar, así se establece que:

“Podrá ser fraccionado el pago de la multa impuesta a una persona jurídica, durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquélla o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general. Si la persona jurídica condenada no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma”.

En este supuesto, el fin de la intervención judicial estaría limitado al pago de la multa¹⁸⁹. El administrador o interventor judicial deberá ordenar que la persona jurídica prioritariamente se dirija a pagar o cumplir con el contenido de la sentencia penal a la que ha sido condenada. El Código Penal, con esta regulación nos traslada la especial garantía de pago que las personas físicas tienen sobre el deber de abonar la multa a la que han sido condenados¹⁹⁰, es decir, la privación de libertad. Sin embargo, en nuestra opinión, la regulación resulta inaplicable, ya que existen dos escenarios por los que la persona jurídica no abone y no localice los bienes suficientes para afrontar el pago de la multa por vía apremio:

- a) La vía de apremio no ha sido eficiente y la persona jurídica tiene medios suficientes para abonar el importe de la multa económica.
- b) La vía de apremio evidencia que la persona jurídica adolece de medios para afrontar el pago de la multa.

¹⁸⁹ ZARZALEJOS NIETO, J., “Apuntes sobre la ejecución...”, *op.cit.*, pág. 292.

¹⁹⁰ El artículo 53.1 CP establece que si un condenado (persona física) al pago de una multa no la pagase de forma voluntaria o, incluso, no se obtuviese el cobro de la multa por vía de apremio, hace activar una especial responsabilidad subsidiaria personal: un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no pagadas. Aunque en determinadas ocasiones concretas la privación de libertad podrá ser sustituida por la localización permanente (delitos leves) o, mediando la conformidad del condenado, sustituirse por trabajos en beneficio de la comunidad.

En el primer escenario estamos suponiendo que no se ha podido localizar ningún bien la persona jurídica embargable y, sin embargo, la persona jurídica puede tener bienes para atender el pago y no lo hace voluntariamente. Parece difícil que el interventor judicial pueda encontrar nuevos bienes o derechos en el seno del patrimonio de la persona jurídica pero, en todo caso, existe una insolvencia generalizada puesto que la persona jurídica adolece de todo instrumento financiero que habría sido detectado por el apremio. Algo similar sucede en el segundo escenario, la persona jurídica es insolvente. En ambos supuestos no procede la intervención judicial para garantizar el cumplimiento de la condena, lo que procede es la declaración de concurso y que el cobro de la multa se materialice con sus privilegios en la prelación de créditos que se establecerá en el procedimiento concursal.

En todo caso, la intervención judicial actuaría como una medida cautelar excepcional¹⁹¹ y jamás se podría dejar de lado la aplicación de las normas concursales establecidas en la Ley 22/2003, a riesgo de poner en riesgo los intereses de acreedores y trabajadores. Además de tratarse de un privilegio que anularía con toda la normativa mercantil, para colocar al cobro de la multa en la primera posición, cuando en la realidad, tendrán que valorarse, evaluarse y ordenarse, todas y cada una de las obligaciones de la persona jurídica para, de manera ordenada, afrontar, en la medida de lo posible, los pagos de cada una de ellas. El único mecanismo para ello, como decimos, es el concurso de acreedores.

3. Los criterios de imposición de las penas.

Las reglas que se aplican a las penas impuestas a la persona jurídica van a quedar establecidas en los artículos 66 y 66 bis del Código Penal¹⁹². Y, nos interesa sobremanera conocer las mismas, puesto que deberían servir de guía también en los procesos cautelares que se puedan seguir contra las personas jurídicas, puesto que no tendría sentido adoptar

¹⁹¹ Coincidimos con FEJOO SÁNCHEZ en que la intervención no operaría como una pena subsidiaria provocada por el impago de la multa sino como un medio de asegurar el pago, FEJOO SÁNCHEZ, B.J., “Las Consecuencias jurídicas...”, *op.cit.*, pág. 280.

¹⁹² El artículo 66 bis del Código Penal nos remite a su vez al artículo 66 CP para la determinación de algunas reglas sobre las penas a aplicar a la persona jurídica.

medidas cautelares de mayor severidad si la condena penal va a tener como pena más común la de la multa económica¹⁹³.

A la persona jurídica condenada penalmente se le va aplicar la pena correspondiente en la mitad inferior de la que la Ley fije para el delito si concurriera sólo una circunstancia atenuante, y si concurrieran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, se aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a lo establecido por la Ley. En caso de agravantes se seguirá el criterio contrario, la pena a imponer a la persona jurídica se aplicará en la mitad superior de la que la Ley fije para el delito si concurren una o dos circunstancias agravantes y la pena superior en grado si concurrieran más de dos circunstancias agravantes.

No concurriendo atenuantes y agravantes se tendrá que estar a las circunstancias de la persona jurídica y a la gravedad de los hechos criminales, y cuando concurren atenuantes y agravantes habrá de atenderse a la valoración que realizan los jueces¹⁹⁴.

Y el artículo 66 bis del Código Penal viene a restringir el uso de las penas que se pueden imponer a la persona jurídica que no sean las de la multa, así para imponer cualquier sanción que no sea la de la multa habrá de tenerse en cuenta “a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos; b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores y c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control”.

En el supuesto en que la pena no sea de multa ni se imponga la pena de disolución (que supone la muerte jurídica de la persona jurídica), según el art. 66 bis CP, las penas deben limitarse temporalmente a “la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física” y, en todo caso, si se pretenden imponer sanciones que superen los dos años será necesario que se concurre alguna de estas dos circunstancias: “a) Que la persona jurídica sea reincidente; o que b)

¹⁹³ FARALDO CABANA, P., “La obligatoria modulación de las multas penales impuestas a la persona jurídica y a la persona física”, *La Ley Penal*, núm. 115, 2015, La Ley, pág. 2.

¹⁹⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Las penas.”, *op.cit.*, págs. 19-27.

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

En relación a la pena de disolución, el Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 154/2016, de 29 de febrero, se pronuncia sobre esta pena que se ha aplicado a una empresa que daba¹⁹⁵ empleo a más de cien trabajadores, señalando que conforme a la regulación establecida en el art. 66 bis CP, “cuando de sanciones interdictivas, o privativas de derechos, (...), éstas habrán de aplicarse, con carácter general y entre otros aspectos, atendiendo a "Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores" (art. 66 bis 1ª b) CP).

El Tribunal valora que para imponer esta pena, “al margen de los casos de "multirreincidencia" de la regla 5ª del art. 66 CP”, se va a tener que considerar a la persona jurídica como instrumental, es decir, que como señala la regla del art. 66 bis b) CP, "Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”. La resolución judicial, que acaba de avalar la existencia de las sociedades instrumentales, recuerda que “el hecho de que la estructura y cometido lícito de la persona jurídica fueren utilizados por la persona física integrante de la misma para cometer la infracción de la que es autora no significa obligadamente, así como tampoco la carencia absoluta de medidas de prevención del delito, que la misma deba de disolverse en los términos del art. 33.7 b) CP”. Por ello, se va a requerir “cuando menos, motivar adecuadamente el criterio de ponderación entre

¹⁹⁵ Se utiliza el verbo en un tiempo pasado, lo que nos ratifica en nuestra posición sobre la importancia de la adopción de las medidas cautelares y sus efectos definitivos e inmediatos sobre la persona jurídica, en este caso, en la fase de instrucción se adoptaron una serie de medidas cautelares (auto de 11 de octubre de 2011 del Juzgado Central de Instrucción número 6 de la Audiencia Nacional) sobre la persona jurídica, incluyendo las de la suspensión de actividades y la clausura de establecimientos, que supusieron su definitiva desaparición fáctica del tráfico jurídico, sin que sea posible su reactivación en el plano práctico. Curiosamente en los supuestos de hecho sobre los que versa la sentencia 154/2016 el Tribunal Supremo va a excluir la pena de disolución y estima que lo que procede es imponer una multa económica sobre la persona jurídica, sin embargo, una vez adoptadas las medidas de suspensión y clausura en la fase de instrucción ningún efecto práctico va a tener la definitiva resolución penal. Otra cosa hubiera sido, que el instructor hubiera actuado con prudencia y hubiera acordado medidas que pudieran mantener la actividad de la empresa, con más motivo si en la sentencia definitiva, como ha sido el caso, la pena impuesta ha sido la de multa económica.

la relevancia diferente de su actividad legal y el delito cometido en su seno, en busca de una respuesta proporcionada tanto a la gravedad de su actuar culpable como a los intereses de terceros afectados y ajenos a cualquier clase de responsabilidad”.

El límite temporal a estas sanciones se establece con una duración máxima de dos años incluso cuando la responsabilidad penal de la persona jurídica derive “de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave”. Se trata de delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las personas jurídicas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas que reúnen la cualidad de representantes legales o que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma¹⁹⁶.

Incluso se dificulta la imposición con carácter permanente de las sanciones de disolución de la persona jurídica y la prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito requiriéndose que se dé alguna de estas dos circunstancias:

- a) Que concurra la circunstancia agravante de reincidencia en la persona jurídica con la cualificación de que hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título del Código Penal, siempre que sean de la misma naturaleza, y en todo caso, valorándose las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. Y sin que se puedan computar los antecedentes penales cancelados de la persona jurídica o que debieran serlo (art. 66 CP).
- b) Que se haya instrumentalizado a la persona jurídica para la comisión de ilícitos penales. Estableciéndose, en el propio artículo 66 bis del Código Penal, como criterio para la valoración judicial que “se entenderá que se está ante este

¹⁹⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “Las consecuencias jurídicas...”, *op.cit.*, pág. 285-286.

último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”.

En el mismo supuesto nos hallaríamos si se pretendiese que las penas de prohibición de actividades o intervención judicial a imponer a la persona jurídica penalmente responsable superasen los cinco años, también se debería dar alguna de las dos circunstancias previstas en el párrafo anterior.

CAPÍTULO V.

El catálogo de delitos, sus especificidades y las remisiones al art. 129 CP.

1. Introducción.

Para complementar el capítulo anterior, y con la misma finalidad de proporcionar los criterios necesarios para evaluar la adopción de las medidas cautelares que se van a poder acordar en la fase cautelar, a continuación vamos a proceder a analizar los tipos penales concretos por los que se va a poder exigir la responsabilidad penal a la persona jurídica¹⁹⁷.

La persona jurídica es titular de derechos fundamentales para afrontar sus obligaciones penales, entre ellos, los derivados de la Constitución y de las normas internacionales. Por ello, debemos tener presente que en base al diseño aprobado por el legislador la persona jurídica sólo pueden cometer algunos delitos concretos. Sin embargo, una de las cuestiones que han llamado la atención desde la incorporación de la responsabilidad penal de la persona jurídica es que ha existido discrepancia en la doctrina sobre los delitos que la persona jurídica puede cometer, puesto que el legislador, en vez de especificar nítidamente el catálogo concreto de delitos en este ámbito, ha procedido a detallar en cada

¹⁹⁷ Como señala CARRETERO SÁNCHEZ “Existe un *numerus clausus* de delitos que pueden cometer las personas jurídicas, ya que el art. 31 bis habla de «... en los supuestos previstos en este Código». Vienen a tipificarse los delitos que más se cometen en la práctica por las personas jurídicas, como, por ejemplo, prostitución, blanqueo de capitales, trata de seres humanos, salud pública, informáticos, contra propiedad intelectual, Hacienda Pública, cohechos, etc.”. CARRETERO SANCHEZ, A., “Aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Diario La Ley*, núm. 7786, 2012, La Ley, págs. 4 y ss. También otros autores opinan sobre el sistema de *numerus clausus*, así CAMPANER MUÑOZ detalla que el legislador “adopta un *numerus clausus* de supuestos para la admisión de responsabilidad penal de la empresa, es decir, opta por un sistema tasado, aunque ciertamente extenso. Así, y entre otros pocos con menos incidencia práctica: la trata de seres humanos, la prostitución, la estafa, las insolvencias, la receptación y otras conductas afines, los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, los delitos contra los derechos de los trabajadores, los delitos contra la ordenación del territorio, los delitos contra el medio ambiente, el tráfico o favorecimiento de drogas tóxicas o estupefacientes, la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje, el cohecho y el tráfico de influencias”. CAMPANER MUÑOZ, J. “Notas críticas sobre la novedosa regulación del estatuto penal de las empresas en España”, *Revista de Derecho vLex*, núm. 89, 2011, vLex, págs. 2 y ss.

tipo penal si el delito puede o no ser cometido por la persona jurídica¹⁹⁸. Esta circunstancia ha dado origen a diversas interpretaciones sobre el catálogo de delitos, que han producido una indeseable inseguridad en este marco tan importante que afecta al tráfico jurídico-económico.

Además, el análisis de los tipos delictivos concretos nos va a llevar también a comprobar que en el ordenamiento jurídico penal se establecen sanciones que van más allá de las previstas en el artículo 33.7 del Código Penal, compatibles con éstas, remisiones directas a las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal, e incluso medidas cautelares propias de los tipos delictivos que analizaremos más adelante. Es decir, si bien el sistema de la responsabilidad penal de la persona jurídica se sustentaba en un planteamiento general y ordenado en torno a los artículos 31 bis en relación al artículo 33.7 del Código Penal y el artículo 129 del Código Penal en relación a las consecuencias accesorias, el legislador no se ha resistido a incorporar detalles y sanciones específicos en la regulación de los tipos delictivos concretos. Todo ello provoca una dispersión evidente y una pérdida de visión global que debería llevarnos a una seria reflexión sobre el uso de estas técnicas legislativas.

Por todo ello, debemos proceder al análisis de los delitos concretos que la persona jurídica puede cometer al objeto de contrastar alguna sanción o medida específica que se pueden adoptar frente a las personas jurídicas.

2. El catálogo de delitos que la persona jurídica puede cometer.

El diseño legislativo de la responsabilidad penal de la persona jurídica se bifurca en dos artículos principales del Código Penal en su aspecto sustantivo, por una parte, el artículo 31 bis del Código Penal y, por otra, el artículo 129 del Código Penal. El primero de los

¹⁹⁸ Resultaba curioso observar que distintos autores establecían catálogos delictivos distintos. Por fortuna en la actualidad no existe discrepancia sobre esta cuestión habiendo quedado aclarado con la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado que incluye un listado concreto.

artículos regula la responsabilidad penal de la persona jurídica, y el segundo es la regulación subsidiaria o de cierre dirigida a las entidades colectivas que carecen de personalidad jurídica¹⁹⁹. Ambas regulaciones presentan diferencias derivadas de que se dirigen a personas jurídicas de distinta naturaleza, sin embargo, también presentan rasgos comunes.

Entre los rasgos comunes podemos encontrar el catálogo de delitos. Ambas regulaciones (art. 31 bis y 129 del Código Penal) establecen el mismo y ello porque el artículo 129 del Código Penal tiene la previsión legal, en su apartado segundo, de que su regulación surtirá efectos cuanto exista una previsión en el Código Penal o cuanto se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas²⁰⁰. La aplicación del régimen de las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal además, de en los mismos supuestos delictivos que prevean la alusión directa a la responsabilidad penal del artículo 31 bis del Código Penal, se aplicará en el caso de cualesquiera otras remisiones que se le realicen directamente a su régimen.

En relación al catálogo que ambas regulaciones comparten, el Código Penal no ha establecido un listado concreto que defina los delitos que las personas jurídicas pueden cometer. La técnica utilizada por el legislador ha consistido en incluir en cada tipo delictivo concreto la posibilidad de que pueda originar la responsabilidad de la persona jurídica. Por tanto, si la regulación del tipo delictivo no se establece una alusión directa a

¹⁹⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal” con BAJO FERNÁNDEZ, M., y GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters, 2016, pág. 58.

²⁰⁰ En el régimen de las consecuencias accesorias del año 1995 se preveía que su régimen se aplicaría a los tipos delictivos que expresamente recogieran esta posibilidad (técnica que el legislador ha utilizado en la responsabilidad penal de 2010). Por ello, antes de la LO 5/2010 el régimen de las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal se podía aplicar exclusivamente a los tipos delictivos previstos en los artículos 288, 294, 327, 366 y 520 del Código Penal. Sin embargo, en la actualidad, se aplica también en los supuestos delictivos que incluye la responsabilidad penal del año 2010, por lo que el objeto de las nuevas consecuencias accesorias del actual artículo 129 del Código Penal se ha ampliado. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Las penas...” *op.cit.*, págs. 27-28.

la posible responsabilidad penal de la persona jurídica debemos considerar que la entidad está excluida de ser acusada como responsable penal por ese ilícito penal²⁰¹.

El listado preciso del catálogo de los delitos que las personas jurídicas pueden cometer, de conformidad con el principio de legalidad, es el siguiente²⁰²:

1. delito de tráfico y trasplante ilegal de órganos humanos (art. 156 bis CP)
2. delito de trata de seres humanos (art. 177 bis CP)
3. delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores (arts. 187 a 189 bis CP)
4. delito de descubrimiento, revelación de secretos y allanamiento informático (art. 197 quinquies CP)
5. delitos de estafa (arts. 248 a 251 bis CP)
6. delitos frustración de la ejecución (art. 258 ter CP)
7. delitos de insolvencia punible (arts. 257 a 261 bis CP)
8. delito de daños informáticos (art. 264 quáter CP)
9. delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (arts. 270 a 288 CP)
10. delito de blanqueo de capitales (art. 302 CP)
11. delito de financiación ilegal de los partidos políticos (304 bis)
12. delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (arts. 305 a 310 bis CP)
13. delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas (art. 318 bis CP)
14. delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319 CP)
15. delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 325 CP)
16. delito de establecimiento de depósitos o vertederos tóxicos (art. 328 CP)
17. delito relativo a las radiaciones ionizantes (art. 343 CP)
18. delito de estragos (art. 348 CP)
19. delitos contra la salud pública (366 CP)
20. delitos de tráfico de drogas (arts. 368 a 369 bis CP)
21. delito de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis CP)
22. delitos de cohecho (arts. 419 a 427 bis CP)
23. delitos de tráfico de influencias (arts. 428 a 430 CP)
24. Delitos de odio y enaltecimiento (art. 510 y 510 bis CP)
25. delito de captación de fondos para el terrorismo (art. 576 bis CP).

²⁰¹ El que la persona jurídica no pueda ser acusada como responsable penal no significa que no tenga que asumir ningún tipo de responsabilidad como, por ejemplo, la responsabilidad civil.

²⁰² El catálogo de delitos se define en el propio Código Penal y así lo recoge la primera Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011 en la página 56, posteriormente es actualizada por la Circular 1/2016 de la propia Fiscalía que analiza la reforma operada en el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas por la LO 5/2015.

El catálogo inicial del año 2010 se ha visto afectado, por la reforma del Código Penal operada a través de la LO 1/2015, por la introducción de estos cambios:

- a) El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales previsto en el artículo 445 CP, ha pasado a ser regulado como un delito de corrupción de negocios en los artículos 286 bis, ter y quáter CP, en consecuencia el artículo 445 CP ha perdido su contenido y ha sido excluido del catálogo.
- b) Debemos incluir en el catálogo los delitos de contrabando regulados en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, que en su artículo 2, apartado sexto, regula que las personas jurídicas serán responsables penales de los delitos tipificados por la norma orgánica y conocidos como delitos de contrabando, “cuando en la acción u omisión en ellos descritas concurren las circunstancias previstas en el artículo 31 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal y en las condiciones en él establecidas”.
- c) En relación al delito de falsificación de monedas del artículo 386 CP, el Código Penal no incluía la posibilidad de que las personas jurídicas tuvieran una responsabilidad penal sobre este tipo delictivo, remitiéndose al régimen de responsabilidad de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP. Sin embargo, a partir de la LO 5/2015 se ha previsto en este tipo delictivo la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, el tipo delictivo alberga ambas previsiones, así los apartados cuarto y quinto del artículo 386 CP establecen:

“4. Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código.

5. Cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los anteriores delitos, se le impondrá la pena de multa del triple al décuplo del valor aparente de la moneda”.

Es decir, en la regulación legal se han previsto ambos regímenes sin que sea fácil discernir cuándo se va a aplicar uno u otro, originando un evidente error o descoordinación, puesto que si el artículo 386 CP, en su apartado cuarto, se refería a las entidades sin personalidad jurídica es una remisión sin ningún contenido real porque en nada altera la previsión general del artículo 129 CP, que se aplicaría aún en el caso de que no existiera esta previsión. En nuestra opinión, se trata de un error producido en la incorporación de la previsión regulatoria del apartado quinto del artículo 386 CP sin haber procedido a dejar sin efecto el apartado cuarto. En todo caso, creemos que prevalece el criterio de dirigir la responsabilidad penal de las entidades con personalidad jurídica al artículo 31bis del CP, y la de las entidades que carecen de personalidad jurídica al régimen de las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP.

- d) Por último, las personas jurídicas van a asumir una responsabilidad penal con la incorporación al catálogo de los nuevos delitos de frustración de la ejecución (arts. 257, 258 y 258 bis CP), de financiación ilegal de los partidos políticos (art. 304 bis CP), los delitos contra la salud pública no relacionados con el tráfico de drogas (arts. 359 a 365 CP), y los delitos de odio y enaltecimiento (art. 510 y 510 bis CP).

3. Análisis del catálogo de delitos.

A continuación vamos a proceder al análisis del catálogo de los delitos que las personas jurídicas pueden cometer, con las especialidades previstas, incluidas las medidas cautelares, en los tipos penales. Para elaborar la clasificación hemos analizado cada precepto para conforme a la especificidad que presentan clasificarlas en cinco grupos. La mayoría de las normas jurídicas prevén una agravación de la multa económica y dejan abierta la opción de imponer el resto de sanciones interdictivas, sin embargo, cierto preceptos establecen especialidades cautelares. Por último, los delitos de terrorismo y los

delitos de contrabando presentan particularidades propias que exige su tratamiento especial.

3.1 Los delitos que han previsto una multa agravada y acumulativa.

La mayoría de los ilícitos que se encuentran incluidos en el catálogo de los delitos que permiten acusar a la persona jurídica por su comisión han previsto que en la sentencia penal se acuerde la imposición obligatoria de una multa económica. Todos los tipos delictivos establecen reglas para que el juzgador fije la cuantía de la multa proporcionando hasta tres criterios: 1) el general de proporcionar al juez un intervalo de años para determinar la cuantía de la multa, 2) el de cuantificar la multa en proporción a la pena que se puede imponer a la persona física relacionada con el delito y, por último, 3) el de establecer la multa en relación al beneficio, provecho, daño... que ha provocado la persona jurídica con la comisión delictiva.

Todos estos delitos, además de disponer que debe ser impuesta la pena de multa si la persona jurídica llega a ser condenada, indican que el juez o tribunal también va a poder imponer las sanciones penales previstas frente a la persona jurídica en el artículo 33.7 del Código Penal y que se indican como aplicables. La regulación legal es una previsión acumulativa, en todo caso deberá imponerse la pena de multa, y facultativa, es el juez o tribunal el que en base a las circunstancias del proceso penal podrá, si así lo estima y motivadamente, imponer alguna de las sanciones que prevean en el catálogo de penas del artículo 33.7 del Código Penal que recordemos obedecen a una finalidad interdictiva o preventiva.

Por último, estos tipos delictivos no han previsto ninguna medida cautelar específica y, por tanto, se remiten al esquema dispositivo genérico en relación al ámbito cautelar.

Estos criterios se van a aplicar con pequeños matices en los delitos de tráfico ilegal de órganos o su trasplante (artículo 156 bis del Código Penal) y en los delitos de trata de seres humanos (artículo 177 bis del Código Penal) se establecen la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con la previsión en ambos casos de la imposición de la multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido y, además, pudiéndoseles imponer acumulativamente alguna otra pena previstas en el artículo 33.7 del Código Penal. En ambas regulaciones no se ha previsto ninguna medida cautelar específica, por lo que la comisión de este delito no tienen ninguna especialidad con respecto al régimen ordinario de las medidas cautelares²⁰³.

Idéntico planteamiento realiza el legislador en relación a los delitos contra la intimidad y allanamiento informático regulados en los artículos 197 y siguientes, agravando la multa en el artículo 197 quinquies; las estafas y los fraudes, regulados en el artículo 251 CP, con la previsión también de una multa acumulativa (artículo 251 bis CP); los delitos de frustración de la ejecución regulados en los artículos 257 a 258 bis del CP, mediante el artículo 258 ter CP; las insolvencias punibles reguladas en el artículo 261 CP también tienen la misma configuración, a través del artículo 261 bis CP; los delitos previstos en el artículo 264 y siguientes del Código Penal sobre daños en los sistemas informáticos también se configuran de la misma manera, así la comisión por la persona jurídica de los delitos previstos en el artículo 264, artículo 264 bis y artículo 264 ter supondrán a la persona jurídica una multa, compatible con el resto de penas (artículo 264 quáter CP); en los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, se vuelve a proponer en el artículo 318 bis la sanción de la multa específica de dos a cinco años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada, de forma acumulativa al resto de sanciones y sin ninguna medida cautelar especial.

Lo mismo sucede en los delitos de construcción, edificación o urbanización ilegal del artículo 319 CP que establece la multa en su apartado cuarto, que será de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio; en los

²⁰³ Evidentemente la previsión del artículo 156 ter del Código Penal no es aplicable en ningún sentido a la persona jurídica puesto que se trata de una medida de libertad vigilada.

delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (artículo 343.3 CP), se prevé para las personas jurídicas la pena especial de multa de dos a cinco años, acumulativa con el resto de sanciones penales y sin ninguna medida cautelar especial; exactamente la misma previsión que para los delitos de riesgo provocado por explosivos (artículo 348.3 CP) con multa que oscila entre uno a tres años o dependiendo del perjuicio producido; y, por último, en los delitos de falsedad en medios de pago (artículo 399 bis CP), en el delito de cohecho (artículo 427 bis CP), en el delito de tráfico de influencias (artículo 430 del Código Penal), en los mismos términos que estamos señalando, se establece la sanción acumulativa de pena de multa para la persona jurídica.

La reforma del Código Penal realizada mediante la LO 1/2015 ha supuesto que la regulación del delito de corrupción de funcionarios extranjeros se establezca en los artículos 284 bis, ter y quáter CP, dentro del marco de los delitos de corrupción en los negocios, y por ello, el artículo 445 CP ha perdido su contenido. Aunque no se menciona específicamente a la persona jurídica salvo para hacer referencia a la pena especial de multa que hemos descrito, el artículo 286 ter CP establece una sanción, que entendemos también es de aplicación a la persona jurídica que comete este delito. En concreto, es la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años.

3.2. Delitos que presentan especialidades en materia cautelar.

En el catálogo de delitos, que han previsto la responsabilidad de la persona jurídica, nos encontramos con otro bloque de delitos, que sin tener conexión entre ellos, presentan especialidades en materia cautelar.

A) Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores.

En los delitos previstos en el artículo 187 y siguientes del Código Penal, relativos a la prostitución y la corrupción de menores han previsto también unas multas específicas para

la persona jurídica mediante una regulación específica en el artículo 189 bis del Código Penal, en concreto, una multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años, el importe de la multa es inferior, del doble al cuádruple del beneficio obtenido, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años, y por último, una multa inferior en el resto de los casos, multa del doble al triple del beneficio obtenido. En las disposiciones comunes del capítulo existen dos medidas cautelares específicas de estos tipos delictivos:

1. En primer lugar, el artículo 189 del Código Penal, en su apartado octavo, establece una medida cautelar, que se podrá adoptar a petición del Ministerio Fiscal, que permite al juzgado o tribunal adoptar las medidas necesarias para la retirada de las páginas web o aplicaciones de internet que contengan o difundan pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección o, en su caso, para bloquear el acceso a las mismas a los usuarios de Internet que se encuentren en territorio español. Se trata de una regulación que si bien no menciona expresamente a la persona jurídica entendemos que es aplicable por tratarse de un mandato general que afecta a todos los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores.

2. En segundo lugar, en las disposiciones comunes del Título VIII, con la rúbrica de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, que afecta por tanto también a los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores, se establece que si en la comisión de los delitos se utilizaren establecimientos o locales, abiertos o no al público, podrá decretarse en la sentencia condenatoria su clausura temporal o definitiva (artículo 194 del Código Penal). Además de la previsión de establecer la clausura de establecimiento o locales, abiertos o no al público, el artículo 194 del Código Penal finaliza señalando que “la clausura temporal, que no podrá exceder de cinco años, podrá adoptarse también con carácter cautelar”. Es decir, que también en esta ocasión se ha previsto, en los concretos tipos penales aplicables a la persona jurídica, una medida cautelar cuya aplicación habrá de ser objeto de nuestro estudio.

B) Delitos contra la propiedad intelectual e industrial.

Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores y de corrupción privada también pueden ser cometidos por la persona jurídica en función de lo establecido en el artículo 288 CP. La norma establece la multa agravada²⁰⁴ como sanción especial de estos delitos con carácter acumulativo de otras posibles sanciones del artículo 33.7 del Código Penal.

La reforma del 2015 del Código Penal ha supuesto que existe una previsión legal para incluir a todos los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (artículos 270 y siguientes CP) dentro del catálogo de delitos que las personas pueden cometer²⁰⁵, incluyéndose los delitos relativos al mercado y a los consumidores, delitos previstos en el artículo 282 bis CP, que la Fiscalía demandaba incorporar en su Circular 1/2011²⁰⁶.

Sin embargo, la especialidad deriva de la redacción del artículo 270 del Código Penal que establece en sus dos apartados la sanción a los autores del quebranto de los derechos de propiedad intelectual que ostentan sus titulares legítimos. Y, en el apartado tercero, el mismo artículo 270 regula que “el juez podrá acordar cualquier medida cautelar que tenga por objeto la protección de los derechos de propiedad intelectual”²⁰⁷.

²⁰⁴ La previsión legal establece para el caso de los delitos previstos en los artículos 270, 271, 273, 274, 275, 276, 283, 285 y 286 la pena de multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido, o que se hubiera podido obtener, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años; y una multa del doble al triple del beneficio obtenido, favorecido, o que se hubiera podido obtener, en el resto de los casos. Y para el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284 y 286 bis al 286 quáter una pena de multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad; y una multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos. Todo ello independientemente de la posibilidad de imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

²⁰⁵ FARALDO CABANA, P., “Los delitos contra la propiedad industrial tras la reforma del Código Penal de 2015: análisis del artículo 274”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 35, 2014-2015, págs. 357-366.

²⁰⁶ Sin embargo, no se ha atendido la solicitud de la Fiscalía de reformar los artículos 290 y 291 (delitos societarios) del Código Penal para establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica en estos tipos delictivo.

²⁰⁷ Para ECHARRI CASI la remisión permite enlazar con la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril) cuyas previsiones cautelares “podrán ser acordadas igualmente en las

Al intentar definir el concepto de “cualquier medida” en esta materia, debemos mencionar que existe una especialidad derivada de las normas sectoriales que protegen estos derechos especiales. La norma de referencia es el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, sintetizando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, que en su artículo 141 regula las medidas cautelares que se van a poder solicitar en los supuestos en los que éstos bienes jurídicos estén en juego. Las medidas específicas que se pueden articular van desde la intervención, depósito o consignación de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita; la suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública; el secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y el del material empleado principalmente para la reproducción o comunicación pública; el secuestro de los instrumentos, dispositivos, productos y componentes; el embargo de los equipos, aparatos y soportes materiales; hasta la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual²⁰⁸.

La norma de aplicación de las medidas cautelares será la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁰⁹, es decir, la aplicación de las normas de la Ley de Propiedad Intelectual no se plantea en el ámbito penal, sin embargo, opinamos que estas medidas específicas que se han previsto en las normas de propiedad intelectual podrían ser las que se podrían articular en el proceso penal aunque para ello, para respetar el principio de legalidad, se deberán reconducir a los cánones denominativos y condiciones de, por un lado, la clausura de local o establecimientos o suspensión de actividades, y, por otro lado, del decomiso.

causas criminales”. ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones a Personas Jurídicas...*, *op.cit.*, pág. 81. A nuestro juicio esta cuestión requeriría un estudio mucho más profundo pero las medidas personales cautelares de la regulación deben conducirse a las tres únicas medidas previstas. En cambio, en relación a las medidas cautelares patrimoniales existe, en aplicación de las normas procesales civiles, libertad de forma.

²⁰⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Propiedad Intelectual*, AA.VV. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (coord.), págs. 307- 309.

²⁰⁹ YZQUIERDO TOLSADA, M. y ARIAZ MÁIZ, V., *Daños y perjuicios en la propiedad intelectual (por una nueva regulación)*, Trama editorial, 2006, pag.68.

C) Delitos de receptación y blanqueo de capitales.

En el caso del delito de receptación y blanqueo de capitales²¹⁰ conforme a la regulación prevista en los artículos 301 y 302 CP se establece también la multa de dos a cinco años, junto con las mismas condiciones: el juez podrá añadir las penas del artículo 33.7 CP y no existen medidas cautelares; en el delito de financiación ilegal del artículo 304 bis se regula la imposición también a la persona jurídica de una multa del triplo al quíntuplo de su valor de la donación o aportación ilegal²¹¹.

D) Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

En los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social nos vamos a encontrar con que el tipo penal va a establecer una sanción específica más allá de la multa²¹² a la persona jurídica. Así, el artículo 310 bis establece que la persona jurídica condenada por un delito previsto en el artículo 310 CP perderá la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años. Y, además de las penas establecidas en el artículo 33.7 CP, se podrá imponer la prohibición para contratar con las Administraciones Públicas.

En relación al delito contra la Hacienda pública, el artículo 614 bis de la LECRim establece que una vez iniciado el proceso penal por el tipo específico de delito contra la

²¹⁰ La configuración del delito de blanqueo ha sido también reformado en el año 2010. FARALDO CABANA, P. “Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales”, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 34, 2014, pág. 58 y siguientes.

²¹¹ Resulta interesante observar que las dificultades del ordenamiento jurídico penal en relación a las nuevas formas de financiación promovidas en torno a las nuevas tecnologías y a las sociedad de internet con el “*crowdfunding*” o “micromecenazgo” y la responsabilidad penal de las personas jurídicas. GRANADOS SÁNCHEZ, J., “Crowdfunding: La nueva forma de Financiación analizada desde la perspectiva de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, *Diario La Ley*, núm. 8832, 2016, La Ley, págs. 1-4.

²¹² Las multas que se impondrán serán del tanto al doble de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años; Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años; y, por último, una multa de seis meses a un año, en los supuestos recogidos en el artículo 310.

Hacienda Pública, “el juez de lo penal decidirá acerca de las pretensiones referidas a las medidas cautelares adoptadas al amparo del artículo 81 de la Ley General Tributaria”.

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, viene a establecer las medidas cautelares que la Administración tributaria va a poder adoptar para asegurar el cobro de las deudas para cuya recaudación sea competente. Además de los requisitos generales sobre la adopción de las medidas que habrán de ser proporcionadas al daño que se pretenda evitar y en la cuantía estrictamente necesaria para asegurar el cobro de la deuda. Se enumeran, sin orden de prelación las siguientes medidas cautelares (art. 81.4 LGT):

- 1) La retención del pago de devoluciones tributarias o de otros pagos que deba realizar la Administración tributaria.
- 2) El embargo preventivo de bienes y derechos, del que se practicará, en su caso, anotación preventiva.
- 3) La prohibición de enajenar, gravar o disponer de bienes o derechos.
- 4) La retención de un porcentaje de los pagos que las empresas que contraten o subcontraten la ejecución de obras o prestación de servicios correspondientes a su actividad principal realicen a los contratistas o subcontratistas.
- 5) Cualquier otra legalmente prevista.

En todo caso, no podemos dejar de mencionar la existencia de un importante cuerpo administrativo²¹³ que va tiene una experiencia muy importante en la adopción de medidas cautelares, y si bien el ámbito administrativo y el ámbito penal no se pueden mezclar, las medidas administrativas cautelares estarán adoptadas o en vigor antes de la incoación de los expedientes judiciales penales en torno a estos delitos²¹⁴.

²¹³ FARALDO CABANA, P., “El blanqueo de capitales tras la reforma de 2010”, *Revista de inteligencia*, núm. cero, primer trimestre, pág. 33.

²¹⁴ MARTÍN QUERALT, J.B., “Procedimientos ejecutivos y derecho de defensa”, *Carta tributaria. Revista de opinión*, núm. 9, 2015, págs. 7-10

E) Delitos contra el medio ambiente.

En los delitos contra el medio ambiente, el artículo 328 CP establece la pena de multa, de forma acumulativa, de uno a tres años, o en base a los criterios del perjuicio causado o la pena prevista a la persona física. En las disposiciones comunes que afectan a este delito se prevé una medida cautelar por la que el órgano jurisdiccional va a poder adoptar a cargo del autor del hecho todas las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados.

F) Delitos contra la salud pública.

Los delitos contra la salud pública previstos en los artículos 359 y siguientes del Código Penal han sido incorporados al catálogo de delitos que la persona jurídica puede cometer. El legislador ha tenido que resolver un grave problema que la Fiscalía²¹⁵ apuntaba desde la incorporación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, puesto que en relación a la denominada “responsabilidad penal por productos defectuosos”²¹⁶, no se había previsto ni directamente en el catálogo de delitos que la persona jurídica puede cometer ni a través de la vía indirecta de aplicación del artículo 129 del Código penal ninguna disposición relativa al castigo de estos delitos si son realizados por la persona jurídica. Cuestión que la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, resolvió dando una nueva redacción al artículo 366 del Código Penal. En la actualidad, se establece la posibilidad de la autoría por la persona jurídica de los delitos previstos en los artículos 359 y siguientes CP, en cuyo caso se le impondría también una pena de multa de uno a

²¹⁵ La Fiscalía exigía una inmediata reforma del Código Penal para incorporar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en estos supuestos delictivos por cuanto que estimaba que afectaba a numerosos supuestos de naturaleza muy grave en los que la responsabilidad de las personas jurídicas eran evidentes “*Caso del aceite de colza desnaturalizado*, (en el que varias sociedades aceiteras desviaron aceite de colza de uso industrial al consumo de boca, provocando más de trescientos fallecidos y decenas de miles de «afectados, que fue resuelto por Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 y número 895/1997, de 26 de septiembre), o sus inmediatos precedentes en Alemania, el conocido como *Caso Contergan*, (relativo a la farmacéutica *Grünenthal*, que comercializó un medicamento de efectos sedantes - cuyo componente básico era la talidomida-, recetado con frecuencia entre 1957 y 1961 a mujeres gestantes, muchas de las cuales dieron a luz niños con graves malformaciones congénitas), y el caso *Lederspray*, en junio de 1990 (en el que fueron enjuiciados los directivos de una empresa de producción y dos filiales de distribución de un spray para calzado y piel que comenzó a dar problemas de salud a sus usuarios en 1980)” tal y como se recoge en la Circular 1/2011.

²¹⁶ Se trata de los delitos previstos en los artículos 359 a 365 del Código Penal.

tres años, o del doble al quíntuplo del valor de las sustancias y productos fraudulentos, o del beneficio que se hubiera obtenido o podido obtener. Pudiendo además los jueces y tribunales imponer el resto de las sanciones previstas contra la persona jurídica. Conforme el artículo 369 bis CP también las personas jurídicas que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, van a verse sometidos a responsabilidad penal, y en tal caso, a la persona jurídica responsable de estos delitos también se le va a imponer una multa acumulativa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del valor de la droga o una multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del valor de la droga oscilando la multa según la gravedad del delito cometido por la persona física.

En relación a estos últimos dos tipos delictivos, debemos mencionar, el decomiso previsto en el artículo 374 CP sobre las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias de la actividad delictiva.

3.3. Los delitos relacionados con el terrorismo y las sociedades instrumentales.

Los delito de odio y de enaltecimiento del terrorismo están regulados en el artículo 510 CP, y el artículo 510 bis CP establece la posibilidad de que las personas jurídicas incurran en responsabilidad penal previéndose la pena de multa de dos a cinco años específicamente y una agravación de la pena, que se impondrán en su mitad superior, cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información de modo que aquél se hiciera accesible a un elevado número de personas.

En relación a la financiación del terrorismo, debemos adelantar que su regulación se va a ver afectada en los supuestos en que las personas jurídicas sean consideradas simples instrumentos de la comisión de estos delitos y, por tanto, queden fuera del ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En todo caso, para el supuesto de la responsabilidad penal de la persona jurídica el artículo 576 del Código Penal, en su apartado quinto, establece para las personas jurídicas responsables de los delitos

tipificados como financiación de terrorismo, además de las sanciones previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33, la pena especial de multa de dos a cinco años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años y de uno a tres años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad. Tampoco en esta regulación se establece ninguna medida cautelar específica.

3.4. Los delitos de contrabando.

Por último, dentro del catálogo de los delitos que la persona jurídica puede cometer nos encontramos también con ciertos casos de contrabando. La falta de sistemática y de claridad de la legislación ha supuesto que, incluso, algunos delitos cuenten con su propia normativa. Este es el caso de los delitos de contrabando que se encuentran previstos en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, que en su artículo 3.3 establece también una especial penalidad para los supuestos en que los delitos sean cometidos por una persona jurídica. Así, se establece en todos los supuestos de comisión del delito, que se impondrá una pena de multa del duplo al cuádruplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando, y prohibición de obtener subvenciones y ayudas públicas para contratar con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un plazo de entre uno y tres años. En los supuestos agravados de comisión de estos delitos se prevén también la imposición de la pena de suspensión por un plazo de entre seis meses y dos años de las actividades de importación, exportación o comercio de la categoría de bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando y la clausura de los locales o establecimientos en los que se realice el comercio de los mismos. La regulación de estos delitos también establecerán situaciones específicas que habrá analizar.

4. Las remisiones al artículo 129 del Código Penal.

El Código Penal de 1995 introdujo en nuestro ordenamiento jurídico las denominadas consecuencias accesorias que se proyectaban sobre las personas jurídicas. El régimen jurídico fue regulado en el artículo 129 del Código Penal y determinados tipos delictivos

del Código Penal remitían directa y expresamente a éste régimen dentro del contenido de los artículos 288, 294, 327, 366 y 520 del Código Penal.

Tras la reforma del Código Penal del año 2010, a pesar de la introducción del nuevo sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica, se constata que todavía existen en el Código sustantivo penal ciertas remisiones directas al régimen del artículo 129 del Código Penal que rompen con los ejes de la propia reforma²¹⁷. En la actualidad, tras la reforma del Código Penal del año 2015, se mantienen las remisiones al artículo 129 del Código Penal específicamente en los delitos previstos en los artículos 262²¹⁸, 294²¹⁹, 318²²⁰, 520²²¹ y 570 quáter²²² del Código Penal. De forma resumida también vamos a conocer cuáles son los tipos penales que realizan una alusión directa al régimen del artículo 129 CP, son los siguientes:

a) El artículo 162 del Código Penal establece que en los delitos de manipulación genética regulados en los artículos 159 a 161 del CP se podrá imponer también algunas de las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 CP cuando el culpable pertenezca a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

²¹⁷ La Fiscalía en su Circular 1/2011 señalaba que existían diversos delitos que se remitían al régimen de las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal utilizando “expresiones diversas y asistemáticas que dan lugar a consecuencias un tanto distorsionadoras” viene a ampliar el catálogo de delitos que la persona jurídica puede cometer.

²¹⁸ Se trata de los denominados delitos de corrupción privada en el ámbito de los concursos o subastas públicas y la regulación de este artículo fácula al juez o tribunal a imponer “alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 si el culpable pertenezca a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”.

²¹⁹ Los administradores que se niegan o impiden la intervención de las entidades inspectoras o supervisoras cuando actúen en mercados sujetos a supervisión administrativa también podrán transferir accesoriamente la responsabilidad penal a la persona jurídica “la autoridad judicial podrá decretar algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código”.

²²⁰ En los delitos contra los derechos de los trabajadores también se nos remite a las medidas accesorias del artículo 129 del Código Penal “la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código”.

²²¹ Se trata de los delitos de asociación ilícita que también se remiten directamente a las consecuencias accesorias.

²²² Curiosamente la norma jurídica fue introducida por el legislador en el mismo momento que incorporaba la propia responsabilidad penal de las personas jurídicas a través de la LO 5/2010. Y, el legislador estableció en la redacción de este nuevo tipo delictivo la remisión a las consecuencias accesorias, obviando el sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas que había incorporado al ordenamiento jurídico.

b) Las personas jurídicas también podrán ser declarada responsables penales de los delitos previstos en el artículo 262 CP y por ello, en caso de verse condenadas las personas jurídicas de la imposibilidad de licitar en subastas judiciales durante un periodo de entre tres y cinco años, y en caso de tratarse de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, una pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años²²³. El tipo penal, en el párrafo segundo del artículo 262 CP alude a medidas cautelares, realizando una remisión al artículo 129 CP²²⁴, cuestión que se abordará más adelante.

c) A similar conclusión llegamos en cuanto al delito societario previsto en el artículo 294 CP, y si bien el tipo penal alude a las personas físicas que actúen “como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa”, se establece a través de la remisión hecha al artículo 129 CP que se pueden adoptar las medidas previstas en la misma. Más adelante también analizaremos esta cuestión.

d) Con respecto a los delitos contra los derechos de los trabajadores, la persona jurídica va a ser responsable penal de los mismos con igual pena que la señalada para los administradores o encargados del servicio que sean declarados responsables conforme al artículo 318 CP, también en esta ocasión el tipo penal realiza una remisión al artículo 129 CP.

e) Algo diferente sucede con el delito de falsificación de moneda y efectos timbrados del artículo 386 CP, que en sus apartados cuarto y quinto, establece la responsabilidad de la persona jurídica. Junto con la remisión al artículo 129 CP, a raíz de la reforma del Código Penal desde la LO 1/2015 también existe en este tipo delictivo una

²²³ El artículo establece expresamente que la pena se impondrá al agente y a la persona o empresa por él representada.

²²⁴ El artículo 262.2 permite al órgano jurisdiccional adoptar las medidas accesorias establecidas en el artículo 129, incluso con carácter transitorio.

remisión al artículo 31 bis²²⁵, que establece una pena de multa del triple al décuplo del valor aparente de la moneda falsificada para la persona jurídica.

f) Las dos últimas remisiones al régimen de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP son especiales por su materia. El artículo 515 CP dispone que tengan la consideración de asociaciones ilícitas, las siguientes:

- Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.
- Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.
- Las organizaciones de carácter paramilitar.
- Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad.

A su vez el artículo 520 CP establece que en estos supuestos los jueces o tribunales “acordarán” la disolución de la asociación ilícita y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias accesorias del artículo 129 de este Código.

g) La última remisión al régimen de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP es la que se establece en el artículo 570 quáter CP que regula que en lo relativo a las organizaciones y grupos criminales “se acordará” la disolución de la organización o grupo “y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias de los artículos 33.7 y 129 de este Código”.

²²⁵ Lo cual nos llevará a defender más adelante que este tipo delictivo pertenece al catálogo de delitos que la persona jurídica puede cometer, y por ello, se le podría exigir la responsabilidad penal.

La existencia de la remisión directa del artículo 129 del Código Penal obvia la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas introducida en el año 2010 y parece tener su propia lógica autónoma fuera de este sistema. Por ello, la propia Fiscalía muestra su extrañeza (Circular 1/2011) ante esta ordenación anti-sistémica que provoca una responsabilidad penal de la persona jurídica fuera del supuesto del artículo 31 bis del Código Penal: “se produce así una antinomia normativa a resultas de la cual, es posible en estos casos soslayar la aplicación del artículo 31 bis del Código Penal –y por consiguiente, sus requisitos materiales- de modo que, si bien las respectivas normas sí contemplan la responsabilidad de las personas jurídicas, las medidas a imponer son las del artículo 129, sin que esté prevista su extensión concreta en cada supuesto y resultando su imposición facultativa. Salvo que sea debido a un problema de sistemática interna, no se adivinan qué otras razones pueden justificar esta diferencia de trato en unos y otros casos, y por tanto, esta normativa debería ser objeto de corrección por parte del legislador”.

La nueva Circular de la Fiscalía General del Estado, Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas se elabora una vez efectuada la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015. La nueva circular de la Fiscalía actualiza las remisiones efectuados al régimen de las consecuencias accesorias y recuerda que el legislador no ha subsanado lo que considera como defectos del sistema detectados en su Circular 1/2011.

5. Notas finales.

En conclusión, y conforme a lo que hemos podido señalar en este capítulo, las penas a las que va a poder ser condenada la persona jurídica son una excelente guía como criterio a la hora de adoptar las medidas cautelares.

Sin embargo, la dispersión normativa en la materia también es evidente, y para conocer con exactitud las penas que se van a poder adoptar frente a la persona jurídica, además de las regulaciones de los artículos 33.7 y 129 del Código Penal debemos atender a lo establecido en cada tipo delictivo.

Además, el análisis de los tipos delictivos individualmente nos llevan a la conclusión de que el sistema de responsabilidad penal sobre las personas jurídicas no es un régimen único e integral, existen remisiones específicas al régimen de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP, que no se va a aplicar exclusivamente a las entidades sin personalidad jurídica como parecía ser el diseño original del Legislador. Las personas jurídicas, independientemente de tener o no personalidad jurídica, se van a ver avocadas al régimen de las consecuencias accesorias por remisión directa de los tipos delictivos que hemos listado.

No tenemos ningún criterio del legislador sobre la razón de establecer estas remisiones, y mucho nos tememos que se traten de un error u olvido en nuestro ordenamiento jurídico, que, lamentablemente, va a distorsionar este tormentoso régimen jurídico relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Las consecuencias de la instauración de los distintos regímenes de responsabilidad relacionados con el Código Penal pueden provocar situaciones muy inestables por la falta evidente de seguridad jurídica²²⁶.

En todo caso, en relación a los delitos específicos que la persona jurídica puede cometer, hemos podido observar que se establecen regulaciones de determinadas y especiales medidas cautelares y, además, remisiones al artículo 129 CP, cuestiones que deberemos abordar en nuestro trabajo.

²²⁶ Así la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2016, afirma que no existen razones de la existencia de esta diferencia por las remisiones efectuadas a las consecuencias accesorias que justifica en “puntuales desajustes en la asignación de uno u otro régimen”.

**SEGUNDA PARTE.- LOS REGÍMENES JURÍDICOS
DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS DE
LAS PERSONAS JURÍDICAS.**

CAPÍTULO VI.

Introducción. Criterios de clasificación de los regímenes jurídicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

1. Introducción.

El concepto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas requiere de alguna matización una vez que hemos podido observar las regulaciones que se recogen en este régimen especial. En un sentido estricto, la única responsabilidad penal de la persona jurídica es la que asume tras un proceso penal similar, con excepción de las salvedades propias de su naturaleza, al que asume una persona física, con las garantías y derechos que le proporciona ser investigado o imputado²²⁷ en el proceso, y asumiendo una posible condena y sanción penal de forma autónoma y separada de la que corresponde a la persona física, incluso, independientemente de la responsabilidad penal de la persona física. Sin embargo, en sentido amplio, es posible entender que estamos ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas por el mero hecho de que éstas asuman las consecuencias de los delitos penales cometidos, en determinadas condiciones, por las personas físicas con las que se encuentra vinculada²²⁸.

Sucede lo mismo cuando nos referimos a la persona jurídica, en sentido estricto, la persona jurídica es la que goza de personalidad jurídica. No obstante, este criterio expulsaría del ámbito de nuestro trabajo a las entidades que carecen de personalidad jurídica. Por tanto, en sentido amplio, el concepto de persona jurídica engloba a los entes colectivos dotados de personalidad como los que carecen de la misma.

²²⁷ En relación a la utilización del término investigado, MONTERO AROCA subraya que la palabra imputado es una acepción más amplia y que “el titular del poder político, en el colmo de su prepotencia, quiere dominar el diccionario e imponer al Derecho las palabras que políticamente le parecen más correctas para sus fines. Parte de nuestra responsabilidad como juristas, consiste en no dejar que nos impongan las palabras”. MONTERO AROCA, J., “La competencia penal” en *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, MONTERO AROCA, J. y AA.VV., Edic. 24, Tirant lo Blanch, 2016, pág. 92.

²²⁸ En nuestro ordenamiento esta clase de responsabilidad penal existía antes de la introducción, a través de LO 5/2010, de la responsabilidad penal de la persona jurídica en sentido estricto, y curiosamente, como veremos, la nueva normativa no solo ha sustituido a la vieja regulación sino que incluso ha expandido su aplicación.

Por todo ello, bajo la denominación genérica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas nuestro ordenamiento jurídico esconde diversos regímenes y regulaciones a las que la persona jurídica se va a enfrentar dentro del marco del proceso penal. En realidad, bajo la denominación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas nos podemos encontrar con algunos regímenes jurídicos que, en sentido estricto, no establecen una responsabilidad penal para las personas jurídicas, sino una responsabilidad accesoria a la que se puede establecer para la persona física.

Sin embargo, todos estos regímenes de la responsabilidad penal tienen algunos rasgos comunes que permiten su estudio sistemático y global. Los elementos comunes de todos los regímenes que operan bajo la denominación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas son:

- a) estamos siempre ante la comisión de un delito,
- b) el autor del delito es una persona física ha realizado la comisión del delito en conexión con una persona jurídica,
- c) esta persona física tiene una especial vinculación con la persona jurídica,
- d) la culminación del proceso penal proyecta o puede proyectar las consecuencias del delito sobre la persona jurídica.

La existencia de diversos regímenes de responsabilidad va a suponer que las personas jurídicas dependiendo de ciertos presupuestos y condiciones se van a tener que enfrentar a uno de distintos regímenes jurídicos que integran la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son tres los criterios básicos que van a determinar en qué régimen concreto se le va a exigir responsabilidades a la persona jurídica:

2. La clase a la que pertenece la persona jurídica.

La persona jurídica no es un concepto fácil para definir y existen innumerables clasificaciones que harían imposible determinar un régimen jurídico concreto atendiendo a cada modalidad. Sin embargo, existe en el ordenamiento jurídico un criterio por el que se otorga a determinadas entidades la «personalidad jurídica» y se le deniega a otras. El Código Civil, en su artículo 35, regula el complejo criterio de otorgar a las personas jurídicas la personalidad jurídica, remitiéndose a las normas regulatorias específicas de las diferentes modalidades de las personas jurídicas.

En el ordenamiento jurídico español las sociedades civiles y las sociedades mercantiles se constituyen legalmente en entidades con personalidad jurídica propia e independiente de las personas que las componen²²⁹. La personalidad jurídica significa que las sociedades pueden demandar y ser demandadas, ser propietarias, realizar transacciones y, como sabemos por obra de la última reforma legal, incurrir en responsabilidad penal.

En todo caso, la distinción entre la persona jurídica y sus miembros integrantes, las personas físicas, es una realidad histórica consagrada en el ordenamiento jurídico. Así, el otorgamiento de la personalidad jurídica supera y conforma una realidad distinta de las personas físicas que integran la persona jurídica. Aunque resulta evidente que la persona jurídica es una ficción creada por el Derecho y que la conducta de las personas físicas es totalmente condicionante en todos los aspectos y decisiones de la persona jurídica.

Por ello, independientemente de conocer los criterios de otorgamiento concretos para la obtención de la personalidad jurídica, y sobre la base de que existen entidades con

²²⁹ El artículo 35 y siguientes del Código Civil.

personalidad jurídica y entidades que carece de personalidad jurídica, el legislador de 2010 establece que:

- a) Si se trata de una persona jurídica con personalidad jurídica: se aplicará el régimen del 31 bis CP (al que denominaremos el primer régimen de responsabilidad).
- b) Si se trata de una entidad sin personalidad jurídica, empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas pero que en todo caso carezca de personalidad jurídica: se le aplicará el régimen de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP (al que denominaremos segundo régimen de responsabilidad).

3. El tipo de delito que se ha cometido o del que existen indicios de comisión.

El segundo criterio viene establecido también en el Código Penal que en sus disposiciones determina distintos regímenes jurídicos para la persona jurídica dependiendo del tipo delictivo concreto que se ha cometido²³⁰. Los tipos delictivos penales incluidos en el catálogo de los delitos que la persona jurídica puede cometer establecen en su regulación concreta que, simplemente están incluidos en este catálogo, por lo que la persona jurídica va a poder ser encausada por esa comisión delictiva.

Sin embargo, ciertos tipos delictivos establecen una remisión concreta al régimen del artículo 129 CP, que, incluso, es un mandato con alguna medida contundente en algunos supuestos específicos²³¹.

²³⁰ Prescindiendo del criterio general que hemos establecido en torno a la personalidad jurídica.

²³¹ Nos referimos a las remisiones del art. 520 CP y 570 quáter CP que además de la aplicación de la regulación de las consecuencias accesorias exigen la disolución de la persona jurídica.

En el primer caso, es decir, si los tipos penales del catálogo de delitos simplemente prevén la posibilidad de que los delitos los cometa la persona jurídica, ésta se va a ver sujeta al régimen jurídico ordinario de responsabilidad penal establecido en el artículo 31 CP (el primer régimen de responsabilidad).

No obstante, en el segundo caso, cuando exista una remisión concreta al régimen de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP e, independientemente, de si la persona jurídica tiene o carece de personalidad jurídica (el primer criterio que acabamos de exponer), el régimen regulatorio de la responsabilidad será el de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP (al que hemos denominado tercer régimen de responsabilidad).

Cuando esta última remisión venga reforzada por mandatos específicos generados por los especiales tipos penales estamos ante un régimen regulatorio especial, en el que además del juego de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP entrarán en juego otras regulaciones o mandatos concretos (la hemos denominado cuarto régimen de responsabilidad).

4. La actividad y la finalidad de la persona jurídica.

El último criterio va a girar en torno a la actividad desplegada en el tráfico jurídico por las personas jurídicas, esta actividad puede ser lícita o ilícita. El criterio va a depender de la calificación sobre la licitud de la actividad de la persona jurídica y, en caso de que fuera ilícita, en la utilización abusiva o en fraude de ley de la persona jurídica. La aplicación de este criterio va a suponer que:

- a) si la actividad es manifiestamente ilícita y la persona jurídica ha sido concebida exclusivamente para la comisión delictiva se la va a considerar como

instrumental. La calificación va a suponer la aplicación de un régimen jurídico específico, que excluye expresamente el régimen de responsabilidad penal ordinario del artículo 31 bis CP (la denominemos el quinto régimen de responsabilidad previsto para la persona jurídica).

- b) En caso contrario, si la persona jurídica no es calificada como instrumental, se aplicarán los dos criterios que hemos expuesto anteriormente, y el régimen aplicable se determinará en función conforme a los mismos. En este caso, a la persona jurídica se le van a aplicar alguno de los cuatro regímenes de responsabilidad que hemos señalado.

En resumen, la aplicación de estos tres criterios básicos que acabamos de exponer, provoca que lo que se conocemos como “la responsabilidad penal de la persona jurídica”²³² se divida en cinco regímenes jurídicos diferentes que a continuación exponemos:

- a) El primer régimen jurídico es el previsto en el artículo 31 bis CP que además de otorgar la denominación a todo el sistema, es el régimen regulatorio de referencia.
- b) El segundo régimen jurídico es el de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP, para las entidades que carecen de personalidad jurídica.
- c) El tercero de los regímenes jurídicos es el de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP, pero con ciertas especialidades originadas por la remisión específica que realizan determinados tipos delictivos.

²³² En realidad, el único régimen en el que se va a exigir la responsabilidad penal de la persona jurídica de forma estricta va a ser en el régimen del artículo 31 bis CP. En el segundo, tercer y cuarto régimen de responsabilidad de la persona jurídica no va a ser autónoma e independiente de la persona física. En estos regímenes, tiene un papel primordial el régimen de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP, que como sabemos, no consiste exactamente en una responsabilidad penal autónoma e independiente de las entidades o personas jurídicas; aunque sus efectos y sanciones son muy similares, se imponen como un anexo a la responsabilidad penal de las personas físicas, mientras que en la responsabilidad penal del artículo 31 bis CP (al que nos hemos referido como primer régimen jurídico) la persona jurídica tiene una responsabilidad autónoma e independiente de la persona física.

- d) El cuarto régimen jurídico es un régimen híbrido derivado por las especialidades de dos tipos delictivos concretos de especial relevancia.

- e) El quinto régimen jurídico es el correspondiente a las sociedades instrumentales o sociedades pantallas, es un régimen creado por la doctrina jurisprudencial.

En los siguientes capítulos, correspondientes a la segunda parte de nuestro trabajo, vamos a estudiar estas regulaciones que afectan a las entidades en marco del proceso penal.

CAPÍTULO VII.

El primer régimen de responsabilidad penal: la regulación del artículo 31 bis del Código Penal.

1. Introducción.

En el apartado anterior hemos clasificado las diferentes regulaciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas establece cinco regímenes, a continuación vamos a analizar el primero de éstos que se encuentra basado en las disposiciones del artículo 31 bis y siguientes del Código Penal.

A pesar de tratarse de una normativa novedosa, introducida por la LO 5/2010, ha sufrido una modificación importante a través de la LO 1/2015. Podríamos, incluso, aventurar que se trata de una nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas o una evolución sustancial de la anterior regulación. Por ello, vamos a estudiar este primer régimen de responsabilidad tras la reforma acaecida.

2. La reforma del Código Penal por la LO 5/2015.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en su concepción estricta, fue introducido en el Código Penal por la LO 5/2010, de 22 de junio, y, posteriormente, modificada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Es decir, en menos de cinco años desde su introducción y sin apenas experiencia procesal²³³ ni forense, sin tiempo material para que los tribunales acotasen y afinasen los problemas prácticos que presentaba la regulación, y, por tanto, sin una adecuada evaluación de este régimen jurídico, el legislador reforma sustancialmente la materia.

²³³ Es absolutamente criticable que la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro Código sustantivo a través de la LO 5/2010 no fuera acompañada por una reforma procesal paralela. *Vid* al respecto, BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos procesales”, *Diario La Ley*, núm. 7625, 2011, La Ley, pág. 3.

La reforma del año 2015 viene caracterizada por el establecimiento, como elemento determinante en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de los denominados sistemas de control y organización o «*compliance programs*»²³⁴. El impacto de estos programas de cumplimiento, que permiten eludir la responsabilidad penal, supone un cambio sustantivo en el diseño legislativo inicial²³⁵, modificando las bases sobre las que se asentaba la responsabilidad penal de las entidades jurídicas introducida por la LO 5/2010²³⁶.

En este capítulo vamos a proceder a analizar el régimen jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a los cambios operados por la LO 1/2015, de 30 de marzo, al resultar totalmente necesario, profundizar en este nuevo modelo de responsabilidad penal para luego poder afrontar los debates que surgen sobre las medidas cautelares. En todo caso, podemos afirmar que esta modificación profunda y sustancial del régimen jurídico de la responsabilidad penal afecta de manera trascendental a las medidas cautelares que se pueden adoptar dentro del marco del proceso penal.

En todo caso, para avanzar con el estudio del régimen jurídico, debemos apuntar dos cuestiones que nos van a permitir comprender mejor su funcionamiento.

2.1. *El modelo de atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica.*

La primera cuestión²³⁷ es la relativa a los modelos teóricos que existen para la atribución penal de la persona jurídica. Para comprender mejor la problemática en torno a la

²³⁴ VERCHER NOGUERA nos recuerda que el término inglés “*compliance*” significa “cumplimiento”. VERCHER NOGUERA, A., “La persona jurídica y el sistema de *compliance* en el Código Penal. Su aplicación en el contexto ambiental”, *Diario La Ley*, núm. 8833, 2016, La Ley, pág. 1. En nuestra opinión, el término más adecuado sería el de “prevención”, porque los sistemas “*compliance*” tienen por finalidad prevenir el delito en el seno de la organización de la entidad.

²³⁵ No obstante, BAJO FERNÁNDEZ opina que la reforma ha generado una mayor discusión doctrinal, y que las distintas posiciones, entre quienes apoyan la regulación y los abogan por derogarla, han subido el tono del debate hasta convertirla en “agria y virulenta”, BAJO FERNÁNDEZ, M., “Vigencia de la RPPJ en el Derecho Sancionador Español” en *Tratado de responsabilidad...*, *op.cit.*, pág. 25.

²³⁶ BELÉN LINARES, M., “Programas de cumplimiento en el seno de la persona jurídicas tras la LO 1/2015”, *La Ley Penal*, núm. 118, 2016, La Ley, págs. 2-3.

²³⁷ Anteriormente el legislador ha tenido que decidir la capacidad de las entidades para ser penalmente responsables y la conveniencia político-criminal de exigir esa responsabilidad. *Vid* VILLEGAS GARCÍA,

responsabilidad penal de la persona jurídica, debemos, resumidamente, constatar la existencia de tres grandes modelos sobre esta materia:

1.- El modelo vicarial o de transferencia de responsabilidad, también es conocido como heterorresponsabilidad, en que se responsabiliza a la persona jurídica de los hechos ajenos de las acciones de ciertas personas físicas, que actúan con ocasión del ejercicio de sus funciones y en beneficio de la persona jurídica²³⁸.

2.- El modelo de la culpabilidad de la persona jurídica también denominado de autorresponsabilidad. La conducta de la persona física que actúa dentro del marco de sus funciones y en beneficio de la entidad provoca una responsabilidad directa de la sociedad. El principal argumento del modelo se basa en que la conducta delictiva de la persona física ha sido posible por un defecto en la organización de la persona jurídica. La responsabilidad se halla en los propios defectos organizativos o de control dentro del marco de la organización de la persona jurídica²³⁹.

3.- El modelo mixto, es una fusión de los dos modelos anteriores. Se transfiere la responsabilidad pero se gradúa la sanción a imponer según la propia culpabilidad de la persona jurídica basada en sus errores de organización.

M.A., “Hacia un modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas. La STS (Pleno de la Sala de lo Penal) 154/2016, de 29 de febrero., *Diario La Ley*, núm. 8721, 2016, La Ley, pág. 1.

²³⁸ Conforme a CASTILLEJO MANZANARES existen dos modelos en el derecho comparado, el primero el de heterorresponsabilidad y el segundo de autorresponsabilidad. En el primero, la persona física transfiere su culpabilidad a la persona jurídica. En el caso de que la persona física tuviera la cualidad de ser un subordinado (sin funciones directivas), en este modelo se viene exigiendo alguna infracción por omisión de deber de cuidado o de vigilancia por parte de los responsables de la persona jurídica. CASTILLEJO MANZANARES, R., “La actual regulación de la responsabilidad penal de personas jurídicas”, *La Ley mercantil*, núm. 18, 2015, Wolters Kluwer, pág. 2.

²³⁹ El segundo modelo, es el de autorresponsabilidad, o de responsabilidad propia de la persona jurídica. La conducta delictiva de la persona física delictiva se valora en relación con la conducta de la persona jurídica, cuya estructura organizativa ha permitido la comisión del delito. Se viene denominando método de responsabilidad por defecto en la organización, o defecto de estructura o sistema de culpabilidad, responsabilidad por hecho propio, o autorresponsabilidad. CASTILLEJO MANZANARES, R., “La actual regulación...”, *op.cit.*, pág. 2.

La reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, apuesta por el modelo de autorresponsabilidad o por defecto de organización, aclarando ciertas dudas de la doctrina que la anterior regulación había provocado sobre esta cuestión. El legislador en su Exposición de Motivos justifica la reforma para “... llevar a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal [...]. Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación²⁴⁰, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial...”²⁴¹.

2.2. *Las entidades objeto del régimen jurídico del art. 31 bis CP.*

Al aproximarnos escuetamente al concepto de la persona jurídica, hemos señalado que un concepto amplio hace referencia a entes con personalidad jurídica y a las que carezcan de la misma. Sin embargo, debemos restringir el objeto de esta primera regulación a las entidades que tienen personalidad jurídica reconocida por el ordenamiento jurídico²⁴². Las entidades sin personalidad jurídica no podrán en ningún caso ser objeto de la regulación establecida en el artículo 31 bis y siguientes del CP. No obstante, esta normativa, al

²⁴⁰ BELÉN LINARES, M., “Programas penales ...”, *op.cit.*, pág. 2.

²⁴¹ Las dos circulares de la Fiscalía (1/2011 y 1/2016) sobre la materia, sostienen que los grandes modelos sobre los que sustentar la responsabilidad penal de la persona jurídica son dos; el modelo vicarial y el de autorresponsabilidad. El modelo vicarial es defendido por la Fiscalía y por algunos Magistrados del Tribunal Supremo que emiten el voto particular de la sentencia núm. 154/2016, de 29 de febrero; se trata de un modelo que supone la transmisión a la persona jurídica la responsabilidad penal derivada de la actuación de una persona física que la integra, cuyas decisiones influyen y comprometen de manera decisiva a la persona jurídica, el modelo exige analizar en cada supuesto de hecho la conexión y el grado de influencia, puesto que en caso contrario se trataría de una responsabilidad penal objetiva. En cambio, en el modelo de autorresponsabilidad es la propia actuación de la persona jurídica la origina su responsabilidad penal, ante la constatación de la comisión delictiva su responsabilidad directa proviene de no establecer las medidas de control y fiscalización adecuadas para evitar la comisión de los delitos, este último modelo es el que ha avalado el Tribunal Supremo.

²⁴² VILLACORTA HERNÁNDEZ apunta a un posible efecto perverso porque puede suceder que en aras a la responsabilidad penal de las personas jurídicas sólo se imputen a las personas jurídicas “sin llegar a alcanzar a las personas físicas”, terminado el proceso penal con la exclusiva condena de la sociedad. VILLACORTA HERNÁNDEZ, M.A., “Efectos perversos de la regulación sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista Contable*, núm. 44, 2016 Wolters Kluwer, pág. 4.

resultar la más completa, tiene un impacto evidente en el resto de regímenes jurídicos que estudiaremos.

Por último, también debemos referirnos a la jurisprudencia. Curiosamente, en las primeras ocasiones que tiene el Tribunal Supremo de tratar sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas va a encontrarse con que el contenido legislativo ya ha sido reformado, habiendo empezado a desplegar sus efectos jurídicos la reforma del 2015. Por ello, las bases interpretativas establecidas por nuestro más alto tribunal están construidas bajo el régimen de responsabilidad instaurado en el año 2015 y, sobre su regulación, el Tribunal Supremo ha establecido que los sistemas de control y organización de las personas jurídicas constituyen un elemento objetivo y determinante para decidir en torno a la existencia o ausencia de su responsabilidad penal.

Como veremos, la actual configuración de la responsabilidad penal de la persona jurídica se basa en elementos de la propia organización de la persona jurídica. Así, la constatación del establecimiento y la correcta aplicación de los programas de control, que deben tener como objetivo la prevención y la evitación de la comisión de delitos por parte de las personas físicas que integran su organización, van a eximir a la persona jurídica de la responsabilidad penal.

3. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica.

El Tribunal Supremo en las tres primeras ocasiones que ha podido pronunciarse sobre este régimen especial de responsabilidad ha ido estableciendo las bases interpretativas del sistema, se trata de la sentencia núm. 514/2015, de 2 de septiembre, y las posteriores sentencias núm. 154/2016, de 29 de febrero y la núm. 221/2016, de 16 marzo. La sustancia de la doctrina del Tribunal Supremo va a ser establecida en la polémica sentencia núm. 154/2016, de 29 de febrero, que cuenta con un voto particular suscrito por siete magistrados. Vamos a conocer la doctrina jurisprudencial sobre este régimen jurídico.

3.1. *Se anuncia tormenta: la sentencia núm. 514/2015.*

La escasa aplicación práctica de esta normativa de responsabilidad no permitió intervenir al Tribunal Supremos hasta pasados cinco años de su incorporación al ordenamiento jurídico. Y, el Tribunal Supremo anunció en su primera sentencia sobre la materia, la STS 514/2015, de 2 de septiembre, que resultaba necesario que la responsabilidad penal de la persona jurídica tuviera un sistema de responsabilidad especial dadas sus características, en todo caso, anticipo que resultaba, absolutamente necesario, que en la interpretación del art. 31 bis del CP "ya se optara por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad"²⁴³ se respetasen los principios irrenunciables que informan el derecho penal, sin los que no podía avalar ninguna sentencia condenatoria penal frente a las personas jurídicas²⁴⁴.

3.2. *La tormenta es en realidad un huracán: La sentencia núm. 154/2016.*

La segunda de las sentencias sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas del Tribunal Supremo es la núm. 154/2016, de 29 de febrero, dictada por el Pleno de la Sala Segunda, es una sentencia que va a dejar huella y constituye un auténtico hito en la materia²⁴⁵.

²⁴³ El debate sobre el modelo de la responsabilidad penal en nuestro ordenamiento no se zanjó totalmente hasta la sentencia núm. 154/2016, de 29 de febrero, optando claramente por la responsabilidad por el hecho propio o de responsabilidad directa. En todo caso, la sentencia núm. 514/2015, de 2 de septiembre, nos recuerda que independientemente del modelo se deben respetar los principios del derecho penal. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "Modelos dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas (A propósito de las SSTs de 2 de septiembre de 2015, 29 de febrero de 2016 y 16 de marzo de 2016)", *La Ley Penal*, núm. 119, 2016, La Ley, pág. 2.

²⁴⁴ GÓMEZ JARA-DÍEZ observó en esta sentencia del Tribunal Supremo que la fundamentación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debía cimentarse en la culpabilidad y conforme a los principios informadores del Derecho Penal. GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., "El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aviso a navegantes judiciales", *Diario La Ley*, núm. 8632, 2015, La Ley, págs. 2-6.

²⁴⁵ La sentencia va a incidir también profundamente excluyendo a determinadas personas jurídicas del ámbito de la responsabilidad penal, denominándolas sociedades instrumentales.

CARRETERO SÁNCHEZ califica de histórica la sentencia núm. 154/2016, de 29 de febrero del Tribunal Supremo. El autor observa en la sentencia una culminación de un proceso histórico “desde el Derecho romano, el que hace verdaderamente que exista la persona jurídica, la realidad del Derecho se ha ido institucionalizando pero aun así, el concepto persona jurídica era una ficción como se indicaba en el aforismo conocido ya de *societas delinquere non potest*. Y ello ha pasado con la responsabilidad, el proceso de objetivación del daño en el terreno civil se ha observado en el Derecho penal. De ahí que esta resolución sea histórica por sus repercusiones mercantiles, económicas, jurídicas y de reflexión”²⁴⁶.

En la resolución judicial se abordan algunos de los problemas más relevantes ligados a la interpretación del art. 31 bis del CP²⁴⁷. Y en la misma, se refleja la complejidad de la materia y su regulación. Por ese motivo, la sentencia cuenta con un voto particular que recoge la opinión de siete magistrados, síntoma de que las diferentes perspectivas se extienden más allá de la doctrina.

Las dificultades y la complejidad de la materia provocan que el propio Tribunal Supremo admita que el cuerpo de la doctrina jurisprudencial sobre esta materia “sólo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a nuestra consideración uno u otro problema”²⁴⁸. Los magistrados son conscientes de que algunas de sus interpretaciones pueden variar, y “aconsejan no interpretar algunas de las soluciones proclamadas como respuestas cerradas, ajenas a un proceso ulterior de matización”.

El Tribunal Supremo observa que existen múltiples soluciones que se ofrecen en la responsabilidad penal de las personas jurídicas “en pocas materias como la que ahora nos ocupa las soluciones dogmáticas son tan variadas”. El desconcierto reina en la doctrina y así lo recoge la sentencia, que anuncia que todavía queda pendiente un debate profundo sobre la materia en el futuro; “el debate parece inacabable y el hecho de que algunos de

²⁴⁶ CARRETERO SÁNCHEZ, S., “El papel de los Principios Generales del Derecho en la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Diario La Ley*, núm. 8751, 2016, La Ley, pág. 2.

²⁴⁷ Artículo cuyo contenido ya acogía los cambios operados en la responsabilidad penal de las personas jurídicas previstos en la LO 1/2015.

²⁴⁸ El Tribunal Supremo reflejaba esta opinión en una Sentencia posterior, núm. 221/2016, de 16 marzo.

los autores que han abanderado las propuestas más audaces a la hora de explicar la responsabilidad de las personas jurídicas, hayan rectificado sus planteamientos iniciales, es indicativo de que a un catálogo tan abierto de problemas no se puede responder con un repertorio cerrado y excluyente de soluciones”.

En su fundamento jurídico octavo, la Sala del Tribunal Supremo analiza el impacto de la reforma de la responsabilidad en la materia operada a través de la LO 1/2015, y nuestro más alto tribunal va a establecer algunas de las bases sobre los que, en nuestro ordenamiento jurídico, va a girar este régimen especial instaurado sobre las personas jurídicas:

A) Los programas de cumplimiento o programas «compliance».

Así, para el Tribunal Supremo, el juicio frente a la persona jurídica versará sobre “si el delito cometido por la persona física en el seno de aquélla ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos”. Es decir, el examen judicial versará sobre si la persona jurídica ha cumplido o incumplido la obligación de diseñar e implantar un sistema de vigilancia y control para evitar la comisión de delitos establecidos sobre las personas físicas que integran la organización de la persona jurídica²⁴⁹.

A pesar de las dudas que provoca al propio tribunal²⁵⁰, la posible exoneración de la persona jurídica se basará en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas

²⁴⁹ VILLEGAS GARCÍA, M.A., “Hacia un modelo de autorresponsabilidad...”*op.cit.*, pág. 3.

²⁵⁰ Para el Tribunal Supremo la actual redacción del artículo 31 bis 2 y 5 del Código Penal, con respecto a las exigencias de modelos de organización y gestión, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente expresamente prevista. Sin embargo, la naturaleza de la eximente sería discutible en cuanto excluye la culpabilidad de la persona jurídica lo cual “parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control”. Independientemente de su calificación como circunstancias eximentes, excusas absolutorias o causas de exclusión de culpabilidad, se

y eficaces y, en caso de que no existan estaríamos ante “el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física”.

Estas medidas de control, que van a resultar fundamentales en este régimen de responsabilidad, han adoptado la denominación «*compliances*» o modelos de cumplimiento pero para el Tribunal el concepto es más amplio²⁵¹, se trata de una cultura de cumplimiento, sin que la misma suponga un sistema objetivo de exclusión de responsabilidad por los hechos de las personas físicas integrantes de la persona jurídica.

B) Exclusión del sistema de transferencia vicarial o por hecho ajeno.

Habiéndose aclarado el modelo de responsabilidad penal de las entidades que el legislador ha diseñado en nuestro ordenamiento jurídico, la sentencia viene a rechazar los otros modelos alternativos, tanto el modelo de la responsabilidad objetiva como el de responsabilidad por hecho ajeno o vicarial²⁵². La sentencia es clara: “en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida «cultura de cumplimiento» que la norma penal persigue, lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese como

trata de causas obstativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Las herramientas de control y los modelos organizativos permiten que la persona jurídica este exenta de responsabilidad, y el diseño legal independientemente de su naturaleza, se trate o no de una excusa absolutoria como indica la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, pág. 56, afirmación discutible si tenemos en cuenta que una “*excusa absolutoria*”, es una causa que permite exonerar de responsabilidad de la persona jurídica.

²⁵¹ Apoyándose en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de enero, y sus menciones a la “*cultura ética empresarial*” o “*cultura corporativa de respeto a la Ley*” (pág. 39), “*cultura de cumplimiento*” (pág. 63), el Tribunal opina que la existencia de esta cultura es el “dato determinante a la hora de establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica”, y ello de manera independientemente incluso “del cumplimiento estricto de los requisitos previstos en el Código Penal de cara a la existencia de la causa de exención de la responsabilidad a la que alude el apartado 2 del actual artículo 31 bis CP”.

²⁵² En el modelo de transferencia la responsabilidad se traspasa de una persona física a la entidad, es decir, se desconecta de la conducta propia de la persona jurídica, en cambio en el modelo de autorresponsabilidad se trata de una conducta propia la que origina la responsabilidad, en el caso de una entidad, un defecto dentro del seno de su organización. *Vid* al respecto CLEMENTE CASAS, I., y ÁLVAREZ FEIJOO, M., “¿Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿y qué forma le doy? (responsabilidad penal de la persona jurídica en la l.o. 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)”, *Actualidad jurídica (Uría&Menéndez)*, núm. 28, 2011, pág. 28.

obligación ineludible, sobre la sometida al procedimiento penal ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una heterorresponsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial, a los que expresamente se refiere el mismo legislador, en el Preámbulo de la Ley 1/2015 para rechazarlos, fijando uno de los principales objetivos de la reforma la aclaración de este extremo”²⁵³.

C) La exoneración de la responsabilidad penal y la carga de la prueba de los programas de cumplimiento.

Profundizando en la eficacia de los programas de prevención el Tribunal Supremo va a establecer una especialidad que va a ser objeto de las críticas de los magistrados suscribientes del voto particular. La doctrina del tribunal atribuye a la acusación²⁵⁴ el deber de acreditar la inexistencia de estos controles o instrumentos en el seno de la organización de la persona jurídica si pretende que sea condenada en un proceso penal. Es decir, la eximente²⁵⁵ de su responsabilidad penal no tiene que ser acreditada por la persona jurídica. Al revés de lo que sucede con las personas físicas, se altera la regla probatoria y en el caso de las personas jurídicas el deber probatorio descansa sobre la acusación²⁵⁶ que deberá probar que la persona jurídica no cumple ni con los programas de cumplimiento ni con la cultura de cumplimiento, articulando, para ello, los medios probatorios adecuados

²⁵³ VILLEGAS GARCÍA, M.A., “Hacia un modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas. La STS (Pleno de la Sala de lo Penal) 154/2016, de 29 de febrero”, *Diario La Ley*, núm. 8721, 2016, La Ley, pág. 9.

²⁵⁴ Para profundizar sobre el impacto de esta doctrina *vid* DEL ROSAL BLASCO, B., “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, *Diario La Ley*, núm. 8732, 2016, La Ley, pág. 3.

²⁵⁵ Basada en los programas o cultura de cumplimiento que hemos señalado.

²⁵⁶ NEIRA PENA apunta a la necesidad “de que todos los elementos que constituyen o excluyen la responsabilidad penal sean valorados partiendo del principio *in dubio pro reo*”. NEIRA PENA, A.M., “La aplicación jurisprudencial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Reflexiones sobre la STS 154/2016, de 29 de febrero, primera sentencia de condena del TS frente a una persona jurídica”, *Diario La Ley*, núm. 8736, 2016, La Ley, pág. 7.

en el proceso penal. Y, ello, independientemente de que la persona jurídica en su defensa puede acreditar la existencia en su organización de estos instrumentos probando su adecuación y eficacia para la prevención del delito para evitar su condena.

La razón principal que se esgrime en la sentencia para adoptar este criterio es la presunción de inocencia, apuntalando, sin embargo, otra especialidad más a este régimen de nuestro ordenamiento jurídico. El efecto que debe producir esta doctrina, que acabamos de exponer tiene que ser determinante en el ámbito de las medidas cautelares, debiendo la motivación de la resolución judicial, que estima o desestima, su adopción razonar obligatoriamente sobre la cuestión de los programas de cumplimiento.

Este criterio también tiene un evidente impacto sobre las medidas cautelares. Entre otras cuestiones, el juicio de proporcionalidad en la fase cautelar también deberá versar sobre estos programas de prevención. Con la especialidad de que se ha establecido jurisprudencialmente el deber de la acusación de acreditar que éstas no reúnen las condiciones necesarias para servir de eximente para la entidad. En todo caso, el impacto del programa de prevención, o de la cultura empresarial en torno a la misma, deberá afectar a la intensidad de las medidas cautelares.

Asimismo, nos vemos obligados, por razones de interpretación sistemática de la materia, a adelantar que esta interpretación abre una vía de elusión profunda de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y probablemente en la práctica puede vaciarla de contenido²⁵⁷, puesto que con un mínimo de diligencia por parte de los gestores de las personas jurídicas no parece complicado eludir la responsabilidad penal de las mismas²⁵⁸.

²⁵⁷ El Consejo de Estado en su informe, núm. 358/2013, al anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que dio paso a la LO 1/2015, y, en concreto, en relación a la reforma que se planteaba, y luego se plasmó, sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica ya venía advirtiendo que se podía “cuestionar si el Anteproyecto no introduce un margen excesivamente amplio para la exención de responsabilidad de las personas jurídicas”. El informe está accesible en (fecha consulta 20 de febrero de 2017): www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-358

²⁵⁸ BAJO FERNÁNDEZ afirma que parte de la doctrina desapruueba la reforma del 2015 porque “permita a las personas jurídicas encontrar fórmulas sencillas para eximirse de la responsabilidad penal con la regulación de los programas de cumplimiento” BAJO FERNÁNDEZ, M., “Vigencia de la RPPJ...”, en *Tratado de responsabilidad...*, *op.cit.*, págs. 25-26.

Sin embargo, la sentencia viene acompañada por otro pasaje e interpretación de la doctrina con respecto de otro tipo de personas jurídicas. El Tribunal Supremo va a endurecer sobremanera el régimen sobre las sociedades denominadas instrumentales o pantalla, que van a ser excluidas del régimen de responsabilidad penal.

D) El voto particular de la sentencia.

Como hemos apuntado, esta sentencia cuenta con un voto particular, suscrito por siete magistrados del Tribunal Supremo.

Los magistrados discrepantes con la posición de la mayoría del Tribunal reconocen la conveniencia de que vayan estableciendo criterios de interpretación sobre la materia, en cambio, opinan que, preferible abordar los distintos aspectos de esta responsabilidad penal en cada caso y respetando el principio de contradicción, «*audiatur et altera pars*», porque la “ausencia de contradicción en la tramitación y ausencia de unanimidad en la respuesta, dota lamentablemente a la resolución en esta materia de un tinte de provisionalidad”.

Como segundo elemento discrepante, los magistrados que suscriben el voto particular no comparten que la cuestión nuclear de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentre en la ausencia de medidas eficaces de prevención y control de su funcionamiento interno. Para los suscribientes del voto particular, el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra en la regulación de los párrafos a) y b) del párrafo 1º del art 31 CP y, sin otorgar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas una naturaleza objetiva, sobre esta cuestión debe versar el proceso penal.

Por último, queremos destacar, que a pesar de que los magistrados discrepantes con la opinión mayoritaria reconocen que el Legislador ha establecido normativamente la exención de responsabilidad en este ámbito, a través de los programas de cumplimiento, no se muestran conformes con la alteración de “las reglas probatorias aplicables con

carácter general para la estimación de circunstancias eximentes, imponiendo que en todo caso corresponda a la acusación la acreditación del hecho negativo de su no concurrencia”. Algo que no sucede cuando el proceso penal se dirige contra una persona física.

Para los magistrados discrepantes “constituye una regla general probatoria, consolidada en nuestra doctrina jurisprudencial, que las circunstancias eximentes, y concretamente aquellas que excluyen la culpabilidad, han de estar tan acreditadas como el hecho delictivo” y “en el caso de que no se constate su concurrencia, la consecuencia no es la exención de responsabilidad penal sino la plena asunción de la misma (STS 1068/2012, de 13 de noviembre, entre otras muchas)”.

Por ello, e independientemente de las matizaciones que se pudieran establecer, consideran que “se establece un modelo privilegiado de excepción en materia probatoria para la persona jurídica”, porque impone “a la acusación la acreditación de hechos negativos (la ausencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito)”. Para estos magistrados corresponde a la persona jurídica alegar la concurrencia de la eximente y su acreditación.

La preocupación es máxima, en previsión de que se pueda vaciar el contenido de la responsabilidad penal de la persona jurídica²⁵⁹, puesto que en la práctica la inversión del sistema ordinario de prueba puede provocar su impunidad.

3.3. *El huracán no baja de intensidad: la sentencia núm. 221/2016.*

La tercera de las sentencias del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas es la número 221/2016, de 16 marzo, y profundiza en este último

²⁵⁹ Una de las críticas más profundas proviene de DEL ROSAL BLASCO que señala que la “sentencia (...) parece estar construida al margen del contenido de la Ley” y que “la labor de un juez no es la de tomar posición doctrinal y mucho menos en materias en las que, como la presente, la doctrina aún no ha sido capaz de llegar a conclusiones pacíficas sobre casi nada”. DEL ROSAL BLASCO, B., “Sobre los elementos estructurales...”, *op.cit.*, pág.10.

aspecto²⁶⁰. La Sala aborda el debate “sobre quién ha de probar y qué ha de ser probado” siendo consciente que “no puede ser abordado en el proceso penal con la metodología que es propia de otros órdenes jurisdiccionales”. Puesto que la persona jurídica es un sujeto singular y autónomo en el proceso penal, y su responsabilidad no se deriva de la acreditación o constatación de que una persona física integrante de su organización haya cometido un delito.

Como afirma el Tribunal Supremo “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 va a responder cuando se hayan incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad. Incluso, se excluye ciertas infracciones de este ámbito, puesto que conforme al criterio jurisprudencial “los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos”.

Es decir, se atenúa todavía más el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, haciendo aun más vaporoso el contenido y la ejecución de los programas de cumplimiento, además de señalar que ciertos incumplimientos “menos graves” quedan fuera del ámbito de la responsabilidad sin explicitar a cuáles son exactamente.

En todo caso, se establece que “en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo” y que la persona jurídica tiene derecho a la presunción de inocencia, es la acusación la que debe acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave por parte de la persona jurídica de sus deberes de supervisión y control sobre las personas físicas. Y todo ello, sin perjuicio, de que a su vez la persona jurídica pueda hacer valer, por todos los medios probatorios que estime precisos, que está cumpliendo con los programas de control establecidos.

Además, el Tribunal Supremo analizó una cuestión procesal de gran interés planteada por la defensa que argumentó que la persona jurídica no había sido imputada en ningún momento y que, por tanto, se había producido una situación de indefensión prohibida en el artículo 24 CE.

²⁶⁰ En esta ocasión sin ningún voto particular.

La defensa de la persona jurídica recurrente señalaba que no había sido imputada en la causa, habiendo conocido de la acusación frente a ella a través del escrito de conclusiones provisionales de la representación de una persona física imputada. Añadiendo que "... ni las acusaciones, ni el Ministerio Fiscal, ni la Jueza instructora instaron medida de clase alguna en orden a considerar imputada". De hecho, "... su representante legal no fue escuchado durante la instrucción criminal (...). Se hace así visible la palmaria indefensión padecida por nuestra representada, que por ser persona jurídica (...) no es de peor derecho que las físicas como sujeto del proceso penal y singularmente, como acusado en el mismo. Ni siquiera hay una resolución judicial en sentido estricto que procure evitar la indefensión (...) sino que es el Secretario Judicial el que, en defecto de otros actores del proceso insta en un momento procesal periclitado desde todos los puntos de vista" (sic).

A la contra el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación no comparte esta tesis de la persona jurídica recurrente y en relación al derecho a la defensa opina que se trata de cuestiones absolutamente formales, cuyo cumplimiento escrupuloso puede llevar a la inaplicación del sistema de responsabilidad y, por ello, pudiendo provocar la impunidad de las personas jurídicas "cuya responsabilidad penal es autónoma pero al mismo tiempo vicarial de la de las personas físicas que las representan". El Ministerio Fiscal descarta la existencia de indefensión y entiende que habiendo declarado el representante legal de la persona jurídica, que a su vez se trata de una persona física imputada "no puede sostenerse que esa declaración no es válida porque no se toma declaración a la persona jurídica que representa, ya que esa persona jurídica está representada por la misma persona física". Por ello, entiende que sería un formalismo absurdo, aunque se reconoce que todavía se debe construir y matizar muchos aspectos sustantivos y procesales sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, solicitando que no se base en la construcción de "formalismos que hagan ineficaz la acción de la Justicia y que, materialmente, no lesionan derechos fundamentales de la persona jurídica, cuya responsabilidad penal en sí misma considerada es un artificio legal en nuestro Derecho penal llevado por las corrientes europeas, que ha quebrado la visión antropocéntrica de la responsabilidad penal de

manera artificial ya que detrás de las personas jurídicas siempre están las personas físicas".²⁶¹

El Tribunal Supremo es tajante y afirma que los principios del proceso penal no pueden aceptarse o rechazarse, "ni siquiera atemperar su vigencia, en atención a la adhesión o censura que a cada uno sugiera la fórmula legislativa concebida por el legislador para hacer realidad la persecución del delito corporativo". Y recuerda que siendo clara la regulación legal de la responsabilidad penal de la persona jurídica y que por ello, además de la persona física se ha imputado a la persona jurídica, y que "cada uno de ellos es responsable de su propio injusto y cada uno de ellos llamado a defenderse con arreglo a un estatuto constitucional que no puede vaciar su contenido en perjuicio de uno u otro de los acusados". Ante el mandato legislativo que introduce una responsabilidad penal y no otro tipo de responsabilidad como puede ser la administrativa, como por ejemplo sucede en Italia²⁶².

Por ello, según el Tribunal independientemente del modelo de responsabilidad (sistema de responsabilidad vicarial o de autorresponsabilidad), la vigencia de los principios estructurales del proceso penal es plena y la responsabilidad penal de las personas jurídicas "sólo puede declararse después de un proceso con todas las garantías", inadmitiéndose también las fórmulas de responsabilidad objetiva, "en las que el hecho de uno se transfiera a la responsabilidad del otro, aunque ese otro sea un ente ficticio sometido, hasta hace bien poco, a otras formas de responsabilidad. La pena impuesta a la persona jurídica sólo puede apoyarse en la previa declaración como probado de un hecho delictivo propio".²⁶³ Es decir, y en todo caso, la responsabilidad penal de la persona jurídica va a exigir la existencia de un delito previo realizado por la persona física, y que

²⁶¹ El Ministerio Fiscal, en el marco de la sentencia 221/2016, incluso sostiene que "... determinadas corrientes doctrinales ya han expresado el error que ha supuesto establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas en cuanto tiene de cierta exoneración de responsabilidad de las personas físicas que se encuentran bajo su manto. No obstante, no se trata de cuestionar el diseño legal, que se debe aceptar y defender, conforme se establece en el art. 31 bis del CP, sino contextualizarlo al caso concreto (...)".

²⁶² MAZZACUVA, F., "Funciones y requisitos del modelo organizativo en el ordenamiento italiano: el problema del juicio de adecuación" en *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad de la persona jurídica*, PALMA HERRERA, J.M., (dir.), Dykinson, 2014, págs. 69 y ss.

²⁶³ Por ello, el Tribunal Supremo estima el recurso de la persona jurídica en base a lo dispuesto en el artículo 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".

va a exigir además “la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva”.

4. Las bases del sistema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Conocida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, vamos a estudiar el propio sistema de responsabilidad penal conforme a la regulación legal y los criterios jurisprudenciales apuntados. El artículo 31 bis CP establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre estos cuatro pilares o bases normativas:

4.1. Los delitos que va a poder cometer la persona jurídica deben pertenecer a un catálogo determinado del Código Penal.

4.2. El delito del catálogo específico previsto en el Código Penal tiene que haber sido cometido en nombre o por cuenta de las personas jurídicas, y en su beneficio directo o indirecto.

4.3. La tercera de las condiciones requiere que el delito haya sido cometido por una persona física de las que tienen una especial relación en la estructura y organización de la persona jurídica.

4.4. La posible exención de la responsabilidad penal de la entidad conforme a la existencia o no de las medidas de prevención, llamados «*compliances*» o modelos de cumplimiento, adoptadas en el seno de la organización de la persona jurídica.

3.1. El catálogo de delitos.

Las personas jurídicas no van a poder cometer todos los delitos previstos en el Código Penal, el diseño de la responsabilidad penal de las persona jurídicas va a establecer una serie de delitos que van a ser los únicos y exclusivos que van a poder ser cometidos por las personas jurídicas. Dada la especial naturaleza de las entidades artificiales, el

Legislador ha optado por establecer en la redacción de cada tipo delictivo si la persona jurídica va a poder cometer dicha infracción penal. La primera de las condiciones, sin las que es imposible encontrarnos en un escenario de responsabilidad penal de las personas jurídicas, va a exigir que se haya cometido un delito catalogado como tal expresamente.

En todo caso, hemos podido abordar el catálogo de delitos que tienen prevista la aplicación de este especial régimen y nos remitimos integrante al mismo. No obstante, no queremos dejar de mencionar que la técnica legislativa empleada ha provocado que existan problemas interpretativos o incluso de visión integral debido a que el legislador no proporcionó este catálogo. A nuestro entender, debía ser establecido de forma nítida y simple, evitando la dispersión que provoca el tener que estudiar cada tipo penal para saber si incluye o no la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y, en consecuencia, la inseguridad que se provoca.

3.2. Delito cometido en nombre o cuenta y en beneficio de la persona jurídica.

La comisión del delito de este catálogo específico previsto en el Código Penal tiene que sumar otro factor para poder atribuir la responsabilidad penal a la persona jurídica. El delito tiene que haber sido cometido en nombre o por cuenta de las personas jurídicas, y en su beneficio directo o indirecto.

Se ha procedido a introducir el término de “beneficio directo o indirecto” en la nueva regulación tras la reforma del 2015, sustituyendo a la anterior regulación del artículo 31 bis CP que requería que el delito se hubiera cometido en “provecho”²⁶⁴ de la persona jurídica.

²⁶⁴ En relación a los problemas que causaba el concepto de “provecho” la Fiscalía en su Circular 1/2016, que dedica al análisis de la reforma operada a través de la LO 1/2015, incluye la de si la expresión incorporada por la LO 5/2010 constituía un elemento subjetivo del injusto o un elemento objetivo del tipo delictivo del artículo 31 bis CP. Sin embargo, el mayor de los problemas interpretativos que generaba el concepto de “provecho” utilizado en la regulación anterior del artículo 31 bis CP era el relativo a si el provecho tenía o no un trasfondo económico o podía ser un provecho de otra naturaleza. Como relata la Fiscalía “la OCDE, en su informe correspondiente a la fase 3 de la evaluación sobre el cumplimiento en España del Convenio contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, alertaba de que la persona jurídica pudiera eludir su responsabilidad penal en los casos de obtención de un beneficio indirecto, como podía ser una ventaja competitiva”. Por ello, se ha procedido a cambiar el concepto de “provecho” por el de “beneficio directo o indirecto” sólo quedan fuera

La regulación legal no ha descrito la actividad concreta que la persona física realiza en este apartado y, por ello, se tendrá que concretar en cada supuesto de hecho y en las determinaciones recogidas en cada uno de los tipos delictivos del catálogo de delitos que la persona jurídica puede cometer.

El Tribunal Supremo, en su sentencia número 154/2016, de 29 de febrero, trata sobre esta cuestión particular prevista en la nueva regulación del artículo 31 bis CP, estableciendo que “se trata de un extremo que, sin duda, habrá de resolverse de forma casuística en el futuro y que, junto con otros que incorpora el precepto, será, con toda seguridad objeto de importantes debates”. Sin embargo, el Tribunal Supremo quiere dejar claro que el nuevo término utilizado, beneficio, en sustitución al de provecho, “hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete”.

3.3. El círculo de personas físicas que pueden atribuir la responsabilidad a la persona jurídica.

La tercera de las condiciones requiere que el delito haya sido cometido por una persona física de las que tienen una especial relación en la estructura y organización de la persona jurídica²⁶⁵. Estamos ante un sistema de atribución de responsabilidad que permite

las conductas realizadas por las personas físicas que no supongan ningún beneficio para las personas jurídicas, por lo que la actividad delictiva de la persona física no puede provocar la obtención de ninguna ventaja ni indirecta para la entidad. El ejemplo utilizado por la Fiscalía es ilustrativo, por lo que lo reproducimos: “valga el ejemplo del portero de una discoteca que, defectuosamente controlado por sus superiores, vende droga a los clientes en su propio beneficio económico lo que, indirectamente, puede redundar en beneficio de la sociedad a la que podría generar una mayor afluencia de clientes”. Incluso, se aborda la posibilidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica aunque la persona física haya cometido el delito por negligencia. Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, págs. 16-20.

²⁶⁵ Vid al respecto ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Modelos dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas (A propósito de las SSTs de 2 de septiembre de 2015, 29 de febrero de 2016 y 16 de marzo de 2016)”, *La Ley Penal*, núm. 119, 2016, La Ley, pág. 5.

transferir la responsabilidad de las personas físicas a las entidades. Existen dos tipos de conexión; la primera, la que conecta a los individuos que ostentan las mayores responsabilidades con la entidad; y, la segunda, es la conexión de los individuos indebidamente controlados por aquellos²⁶⁶.

1. Personas relacionadas con la dirección.

Se exige que la entidad haya actuado en la comisión delictiva a través de sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la sociedad, estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

2. Personas subordinadas de la dirección.

Puede también suceder que el delito fuera cometido, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las empresas, estando sometidos a la autoridad de los que están autorizados para tomar decisiones u ostenten facultades de organización y control dentro de la estructura de la persona jurídica. Si el delito fuera cometido en estas condiciones la regulación legal del artículo 31 bis CP exige que deba haberse incumplido gravemente por estos últimos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

Es decir, debe haberse cometido un delito que especialmente prevea la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las personas físicas del seno de las sociedades deben tener un estatus especial dentro del marco de su organización.

La reforma del 2015 sustituye, en el contenido del artículo 31 bis CP, el concepto de administradores de hecho o de derecho por “aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar

²⁶⁶ CARRETERO SÁNCHEZ, S., “El papel de los Principios Generales del Derecho en la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Diario La Ley*, núm. 8751, 2016, La Ley, pág. 1.

decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.”

La interpretación que hacemos, coincide con la realizada por la Fiscalía, y creemos que se amplía el colectivo de personas físicas que van a transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica por su especial situación.

- a) La nueva normativa nombra expresamente a los representantes legales, que puede suponer también la inclusión de los representantes voluntarios, los apoderados por las sociedades mediante la oportuna escritura pública y, en su caso, su oportuna inscripción en el Registro correspondiente, puedan transferir esta responsabilidad por su actuación. En todo caso, se suscitan dudas en relación al contenido y significado exacto del término representante legal. El concepto, en el ámbito del apoderamiento voluntario, no atribuye ninguna facultad al receptor de esta facultad concreta para actuar en nombre de la persona jurídica, exigiendo en todos los ámbitos de actuación, incluso para personarse en cualquier procedimiento judicial alguna facultad expresa y nítida para participar en el proceso penal²⁶⁷. En ningún caso, creemos que la actuación del representante legal voluntario, si su naturaleza no es orgánica (proveniente de su posición en un órgano de administración), pueda incluirse en este círculo de personas físicas si no va acompañado de otras facultades voluntarias concretas que le permitan actuar en nombre y representación de la persona jurídica, como puede ser el caso de los directores gerentes o apoderados generales.

- b) También se alude expresamente a los que “actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica”.

Se refiere directamente, sin ningún género de duda, al órgano de administración de la persona jurídica. Que en el caso de las sociedades de capital puede ser un órgano

²⁶⁷ Recuérdese por ejemplo la exigencia de un poder especial para interponer una querrela criminal (art. 277 LECRim).

individual (administrador único), un órgano de doble composición (dos administradores solidarios o dos administradores mancomunados) o un órgano colegiado (un consejo de administración).

Planteándose un viejo problema en relación al concepto de “administrador de hecho”, es decir, se trata de un administrador que sin estar nombrado expresamente, o no siendo válido su nombramiento por el órgano social competente, ejerce de administrador tomando decisiones directivas en la persona jurídica.

- c) El artículo 31 bis CP también se refiere, en su apartado primero a), a las personas físicas que ostentan facultades de organización y control dentro de la persona jurídica.

Es una definición muy amplia que puede incluir a cualquier cargo que tenga la posibilidad de realizar cualquier acto que se realice superando su beneficio exclusivo y único, por cuenta de la entidad que provoque un beneficio, aunque indirecto, para la entidad. El círculo de los apoderados voluntarios o generales que, a su vez participen de la persona jurídica, no provoca ninguna duda. Sin embargo, en el concepto se incluye según la Fiscalía en su Circular 1/2016 “a un potencialmente alto número de cargos y mandos intermedios que tengan atribuidas tales facultades, entre ellas las medidas de vigilancia y control para prevenir delitos”.

En nuestra opinión, se ha perdido otra oportunidad, para abordar de una vez y con garantías la compleja y, evidentemente difícil, cuestión de la atribución de la responsabilidad en seno de las organizaciones o en las colectividades. La ampliación de la definición en este apartado provoca una situación de inseguridad jurídica que los programas de control difícilmente puedan atajar.

- d) Por último, debemos mencionar la previsión del artículo 31.1 b) bis CP, que nos indica que en el ámbito de actuación de los programas de control van a tener que

incluir a los subordinados cuyos incumplimientos graves pueden generar la responsabilidad penal de las personas jurídicas si, a su vez, los responsables de control de sus actuaciones han omitido su deber de establecer la debida cultura de cumplimiento o sistema organizativo de control que evite la realización de delitos por cuenta y en beneficio de la persona jurídica²⁶⁸. Para la Fiscalía General del Estado (Circular 1/2016) es suficiente que estos sujetos operen “en el ámbito de dirección, supervisión, vigilancia o control” de las personas jurídicas, sin que sea necesario que “se establezca una vinculación formal con la empresa a través de un contrato laboral o mercantil, quedando incluidos autónomos o trabajadores subcontratados, siempre que se hallen integrados en el perímetro de su dominio social”, es decir, que los programas de cumplimiento o la cultura empresarial sobre esta materia deberá afectar y extenderse a todos estos colectivos.

Ante los requisitos exigidos en este apartado pudiera opinarse que, en realidad, estamos ante un sistema de responsabilidad administrativo o burocrático. Sin embargo, el Tribunal Supremo en su sentencia número 221/2016, de 16 de marzo, rechaza de plano esa opción y afirma que “no es discutible (...) que el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas instaurado en España por las reformas de 2010 y 2015 es el propio de una responsabilidad penal” y que en nuestro ordenamiento jurídico tampoco puede hablarse de “una responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no de un delito de las personas jurídicas”, puesto que “no hay responsabilidad penal sin delito precedente”.

El proceso penal no puede ser distinto en el caso de que se juzgue a la persona jurídica y, por ello, la vía probatoria de la acusación debe seguir las mismas pautas establecidas para las personas físicas. El contenido material de la presunción de inocencia es idéntico para las personas físicas y para las jurídicas. Sin embargo, el debate “sobre quién ha de probar y qué ha de ser probado no puede ser abordado en el proceso penal con la metodología que es propia de otros órdenes jurisdiccionales” debiéndose modular el significado de algunos “principios que, en otros órdenes, pueden llegar a ser determinantes”.

²⁶⁸ Vid al respecto VILLACORTA HERNÁNDEZ, M.A., “La responsabilidad penal de las empresas”, *Revista Contable*, núm. 53, 2017, Wolters Kluwer, pág. 6.

Por ello, según el Tribunal Supremo, en el caso de los entes colectivos su responsabilidad penal “no puede afirmarse a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física”.

Proclamando que 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)”, es decir, las personas subordinadas de la organización de la persona jurídica que no ostenten facultades decisorias o directivas. En tal caso, la persona jurídica sólo responderá si se han "... incumplido gravemente de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso".

Por todo esto podemos afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico, tras las reformas en la materia y conforme a los criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo, “los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos”.

Por último, conforme establece el artículo 31 ter CP, tampoco podemos dejar de recordar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas introducida en nuestro ordenamiento es una responsabilidad penal autónoma e independiente por lo que será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones²⁶⁹, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.

²⁶⁹ Se trata de los representantes legales, de aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la persona jurídica.

3.4. Los programas de cumplimiento o «compliances».

La última condición que se requiere la hemos estudiado anteriormente, y se refiere al impacto de la reforma del 2015 sobre la cuestión y la posición del Tribunal Supremo en la sentencia núm. 154/2016, de 29 de febrero. La novedad legislativa es interpretada de forma que el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física, se va a basar en la existencia o no de las medidas de control, llamados «*compliances*» o modelos de cumplimiento, en seno de la organización de la persona jurídica²⁷⁰. Para el Tribunal el concepto es más amplio, y más que de programas concretos se trata de una cultura de cumplimiento²⁷¹. En todo caso, conforme al principio de presunción de inocencia, la acusación va tener que acreditar la inexistencia de estos controles o instrumentos en el seno de la organización persona jurídica para que sea condenada en un proceso penal. Es, por tanto, necesario el cumplimiento de este requisito para declarar la responsabilidad penal de la persona jurídica que deberá acreditar la acusación, en otro caso, se debería absolver a la persona jurídica.

Así lo establece la regulación del apartado segundo del artículo 31 bis CP, aún en el supuesto de que la comisión del delito se hubiera efectuado por alguna persona física que esté en una posición especial de gestión o dirección²⁷² dentro de la organización de la entidad, la persona jurídica estaría exenta de responsabilidad penal en el caso de que cumpliesen, todas y cada una, las siguientes condiciones:

²⁷⁰ Para CASTILLEJO MANZANARES uno de los motivos por los que el legislador ha instaurado la responsabilidad directa de la personas jurídicas es la de hacer efectivos los códigos de cumplimiento o de prevención de delitos, intentado motivar a la persona jurídica para que se autorregule. CASTILLEJO MANZANARES, R., “La actual regulación de la responsabilidad penal de personas jurídicas”, *La Ley mercantil*, núm. 18, 2015, Wolters Kluwer, pág. 2.

²⁷¹ También VERCHER NOGUERA se refiere a instaurar una nueva cultura de empresa para evitar la comisión de delitos. VERCHER NOGUERA, A., “La persona jurídica ...”, *op.cit.*, pág. 6.

²⁷² Nos referimos a las personas descritas en el apartado a) del artículo 31 bis CP: representantes legales, aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la persona jurídica.

1.^a La primera condición exige que el órgano de administración hubiese adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, algún modelo de prevención que incluya las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza, que se han cometido, o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión²⁷³.

2.^a La segunda de las condiciones exige una auditoría interna de los sistemas establecidos para evitar la comisión de delitos, que se haya confiado a un órgano de la persona jurídica, con poderes autónomos de iniciativa de control, una supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado²⁷⁴.

3.^a La tercera de las condiciones es una constatación, de que los autores, personas físicas, han cometido el delito eludiendo fraudulentamente la planificación preventiva.

Esta condición se regula con otra formulación en la normativa, esto es, se debe constatar que no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano de la persona jurídica que tiene asignado este cometido.

Por último y, exclusivamente, para el supuesto que el delito hubiera sido cometido por un subordinado²⁷⁵, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y

²⁷³ Para profundizar sobre este aspecto *vid* VERCHER NOGUERA, A., “La persona jurídica...”, *op.cit.*, pág. 5.

²⁷⁴ El legislador es consciente de que innumerables entidades va a resultar imposible diseñar, ejecutar y controlar los programas de cumplimiento y, por ello, en el caso de personas jurídicas de pequeñas dimensiones (se considera tales a las que están autorizadas a presentar en el Registro Mercantil la cuenta anual de pérdidas y ganancias abreviadas, olvidando el legislador que existen otras formas de personas jurídicas con formas distintas a las sociedades de capital), las funciones de supervisión podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración.

²⁷⁵ En este caso nos referimos a las personas físicas detalladas en el apartado b) del artículo 31 bis CP: los que están sometidos a la autoridad de los representantes legales, de aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica y de los que ostentan facultades de organización y control dentro de la persona jurídica.

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 todo caso, la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas establece que los modelos de organización y gestión a que se refieren deben cumplir los siguientes requisitos (art. 31.5 bis CP):

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

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

3.º Dotación presupuestaria adecuada para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

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

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

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

Para la Fiscalía (Circular 1/2016) el “Legislador de 2015 ha decidido que estos códigos de buenas prácticas, que en traducción casi literal toma del Decreto Legislativo 231/2011 italiano, eximan de responsabilidad a la empresa bajo determinadas Condiciones”.

3.5. Aspectos básicos del modelo procesal.

El modelo procesal para el enjuiciamiento de las personas jurídicas en el marco del proceso penal presenta los siguientes aspectos básicos²⁷⁶:

- a) Conforme a lo establecido en el artículo 119 LECRim cuando se proceda a la imputación de una persona jurídica, la citación se hará en el domicilio social de la persona jurídica, requiriendo a la entidad que proceda a la designación de un representante, así como abogado y procurador para ese procedimiento, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo, se procederá a la designación de oficio de estos dos últimos. La falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el abogado y procurador designado.

En la comparecencia el Juez informará por escrito o mediante la entrega de una copia de la denuncia o la querrela presentada al representante de la persona jurídica imputada o, en su caso, al abogado, de los hechos que se imputan a ésta.

- b) Conforme al artículo 120 LECRim en la práctica de diligencias de investigación o de prueba anticipada la referencia será el representante designado por la persona jurídica y, en ausencia de esta persona, la del abogado defensor.
- c) La declaración de la persona jurídica imputada será practicada en la persona del representante designado que será asistido por su abogado. La persona jurídica tiene todos los derechos que tiene la persona física al prestar esta declaración salvo las que no sean compatibles con su naturaleza, y por tanto, tiene derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable²⁷⁷.

²⁷⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos”, *Diario La Ley*, núm. 7796, 2012, La Ley, págs. 2-3.

²⁷⁷ Todo ello conforme a lo establecido en el artículo 409 bis LECRim que además señala que la declaración irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización. Y que en caso de que no comparezca la persona designada como representante de la persona jurídica se tendrá el acto de declaración por celebrado, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar.

- d) El representante designado por la persona jurídica ocupará el lugar reservado a los acusados en el juicio oral que se siga frente a ésta, y la prueba de declaración, si fuera de ser practicada, se hará con el representante designado que tendrá derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio²⁷⁸.

²⁷⁸ Además el artículo 786 *bis* establece que en ningún caso podrá designarse como testigo al representante designado de la persona jurídica que vaya a declarar. En todo caso, la incomparecencia al acto de juicio oral de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación no impedirá en ningún caso la celebración de la vista, que se llevará a cabo con la presencia del Abogado y el Procurador de ésta.

CAPÍTULO VIII.

El segundo régimen de responsabilidad para la persona jurídica: las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal.

1. Introducción.

Como hemos podido comprobar, la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica diseñado sobre el eje del artículo 31 bis del Código Penal constituye el primer, y principal, régimen de responsabilidad penal. Sin embargo, no es la única normativa sobre la responsabilidad penal de las entidades, las disposiciones relativas a las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal complementan el régimen principal y se configura como un segundo regulación de responsabilidad sobre la materia.

La antigüedad de las consecuencias o medidas accesorias data del año 1995, cuando fueron aprobadas por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal²⁷⁹, que incorporó estas consecuencias para afrontar, desde el ámbito penal, los problemas que generaba el abuso de la personalidad jurídica²⁸⁰. Las consecuencias accesorias constituyeron un hito histórico en nuestro ordenamiento y las personas jurídicas y otras entidades asimilables a ellas se vieron sometidas a sus contundentes efectos dentro del

²⁷⁹ La introducción del artículo 129 CP, en el Código Penal del año 1995, fue un gran salto adelante en el largo y profundo debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídica, ECHARRI CASI señala que “sea como fuere, el legislador español, al introducir en el texto vigente el artículo 129, parece haber incorporado a nuestro ordenamiento una suerte de calígine que se ha posado sobre los principios más arraigados de la dogmática penal tradicional, es decir, a reconocer una especie de responsabilidad penal de las personas jurídicas, a las que hace susceptibles de serles impuestas, consecuencias accesorias, no penas, ni medidas de seguridad, que sin embargo pueden llegar a producir efectos más nocivos que las propias penas principales”. ECHARRI CASI, FJ., *Sanciones a Personas Jurídicas en el Proceso Penal: Las Consecuencias Accesorias*, Editorial Aranzadi, 2003, pág. 39.

²⁸⁰ La previsión normativa supera la responsabilidad civil “sino que hablamos de una sanción coercitiva al ente colectivo como señala DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal (medidas aplicables a personas jurídicas y empresas colectivas o individuales)*, 2004, Lex Nova, págs. 68-76.

marco del proceso penal. Sin embargo, en nuestros juzgados y tribunales, la utilización práctica de las consecuencias accesorias fue escasa²⁸¹.

En la actualidad, por medio de la LO 5/2010, la redacción del artículo 129 del Código Penal ha sufrido una profunda modificación y, sin embargo, todavía sigue regulando las consecuencias accesorias bajo la misma denominación. Si bien, deja de ser una regulación genérica y principal para pasar a ser una regulación complementaria del artículo 31 bis del Código Penal²⁸². Su aplicación, en un principio, parece exclusivamente prevista para las organizaciones, empresas, grupos o cualquier clase de entidades o agrupaciones de personas que no tengan personalidad jurídica²⁸³.

Debemos preguntarnos si el viejo contenido del artículo 129 del Código Penal tiene algo que ver con la nueva regulación de este artículo; si además de conservar la denominación también conserva las principales características de la regulación que rigió en nuestro ordenamiento desde el año 1995 hasta el 2010. Para intentar responder a esta cuestión debemos examinar el aspecto sustancial de la reforma, operada mediante la LO 5/2010, sobre el diseño del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que se plantea de la siguiente manera:

a) El artículo 31 bis CP establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el artículo 33.7 CP sus penas y las medidas cautelares a adoptar en esta especial

²⁸¹ Después de un estudio riguroso de las resoluciones judiciales que aplicaron las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal SILVA SÁNCHEZ llega a la conclusión de que “las consecuencias accesorias deben considerarse casi inexistentes en nuestro sistema judicial penal”. SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas”, *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 342, 2006, pág. 11.

²⁸² FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Tratado de Responsabilidad...*, *op.cit.*, pág. 301.

²⁸³ El Código Civil en su artículo 35 dispone que la personalidad jurídica la otorga la Ley que regula cada clase de persona jurídica, al establecer que las “corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley” obtienen la personalidad jurídica desde el momento en que se constituyan válidamente (habrá que estarse a la regulación legal para la validez de esta constitución) y que “las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales” obtienen la personalidad jurídica que es independientemente de la de cada uno de los asociados en el momento en que la ley o normativa reguladora de cada una de las personas jurídicas les conceda esta personalidad. Por lo que estamos ante supuestos organizativos que no han sido válidamente constituidos o que no han cumplido los trámites establecidos para la obtención de la personalidad jurídica.

responsabilidad. Esta responsabilidad penal es autónoma e independiente con respecto a las personas físicas y se produce si se cometen unos delitos concretos (*numerus clausus*).

b) El artículo 129 CP complementa la regulación del artículo 31 bis CP y pretende que lo que comúnmente se entiende “persona jurídica” sea responsable independientemente de su forma jurídica y que tenga o no personalidad jurídica. Por ello, la regulación del nuevo artículo 129 CP establece una regulación muy similar, en sus penas y en sus medidas cautelares del artículo 31 bis CP. Sin embargo, su objeto lo constituyen las personas ficticias sin personalidad jurídica que no estén comprendidos en el artículo 31 bis CP, complementando así el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁸⁴.

En consecuencia, la funcionalidad de las antiguas consecuencias accesorias del artículo 129 CP ha sido sustituida, tras la reforma del Código Penal del año 2010, por la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica del artículo 31 bis CP, quedando reservada su regulación para las entidades que carecen de personalidad jurídica. Es decir, si una entidad tiene personalidad jurídica no va a verse, en principio, afectada por el régimen actual de consecuencias accesorias sino por el régimen principal de responsabilidad del artículo 31 bis CP. Sin embargo, vamos a estudiar este régimen de las consecuencias accesorias para responder a la cuestión planteada y observar su funcionamiento.

2. El nuevo régimen de las consecuencias accesorias del art. 129 CP.

El legislador mediante la LO/2010 optó por modificar el contenido del art. 129 CP para encajar las consecuencias accesorias en el nuevo régimen de responsabilidad y, lamentablemente, también conservó la misma denominación provocando una evidente confusión. La ausencia de otros criterios ha obligado, como veremos, a traer a colación la experiencia acumulada de la antigua regulación de las consecuencias accesorias. Aunque

²⁸⁴ Profundizando en la cuestión, *vid* FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Tratado de Responsabilidad...*, *op.cit.*, págs. 306-307.

el nuevo y el viejo régimen regulatorio son sustancialmente diferentes, el legislador al conservar el artículo 129 CP evitó la reforma de otros artículos del Código Penal que aludían directamente al artículo 129 CP, manteniéndose las alusiones, aunque se considerasen efectuadas a esta nueva regulación.

El contenido reformado, por la LO 5/2010, del artículo 129 del Código Penal va a establecer, literalmente, que:

“1. En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente²⁸⁵ a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7.

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

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

3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7.”

La redacción del nuevo apartado primero del artículo 129 exige para desplegar sus consecuencias accesorias que las organizaciones no “estén comprendidas en el artículo 31 bis²⁸⁶”. Estamos ante el supuesto en que no existe una persona jurídica formal y, sin

²⁸⁵ Coincidimos con GÓMEZ JARA-DÍEZ con la crítica dirigida al legislador por no haber incluido los criterios de esta motivación. GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., “Sujetos sometidos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas” con BANACLOCHE PALAO, J. y ZARZALEJOS NIETO, J., en *Responsabilidad penal...*, *op.cit.*, pág. 59.

²⁸⁶ El artículo 31 bis del Código Penal establece los supuestos en los que las personas jurídicas serán penablemente responsables regulando que se trata de los delitos cometidos “en nombre o por cuenta de” la persona jurídica y “en su beneficio directo o indirecto”, por individuos que estén “ autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la

embargo, en la realidad del tráfico jurídico, una entidad ficticia está interviniendo y adquiriendo derechos y obligaciones.

El diseño del legislador penal podía optar por reconocer la existencia de esta realidad extra-jurídica y aplicar frente a la misma el mismo régimen regulatorio del artículo 31 bis CP, es decir, reconocer su existencia y considerarlas personas jurídicas de facto. Sin embargo, el legislador descarta esta vía. Ciertamente, con esta opción, podían surgir innumerables problemas por la ausencia de una forma y regulación de estas entidades. Por ello, el legislador, tratando de salvar las dificultades que provoca la ausencia de una regulación y reglamentación de la vida social de estas entidades²⁸⁷, apuesta por desplegar el régimen del artículo 129 CP a través de la imposición de consecuencias accesorias asociadas directamente a la persona física que ha cometido el delito.

3. Los sujetos pasivos sometidos al régimen del art. 129 CP.

Resulta de vital importancia definir con absoluta concreción a qué sujetos pasivos se va a dirigir este régimen accesorio, porque en todo caso no debemos olvidar que existe otro régimen en torno al artículo 31 bis CP que hemos expuesto en el capítulo anterior.

La concreción de los sujetos a los que se dirige el artículo 129 CP ha sido abordada también por la propia Fiscalía. La Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, afronta la cuestión subrayando que “la reforma del Código Penal no facilita una definición de la persona jurídica penalmente responsable”²⁸⁸.

misma” o por los subordinados de éstos que “han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad”.

²⁸⁷ Los problemas que se pueden plantear son múltiples, por apuntar alguno, cómo sería posible en una entidad sin órganos de decisión formales nombrar un representante legal para abordar un proceso penal.

²⁸⁸ Además la Fiscalía en su Circular 1/2011 (pág. 14) manifiesta que la enumeración contenida en el artículo 297 del Código Penal para definir a la persona jurídica no es útil, es decir, que no podemos definir a las entidades a *sensu contrario* que lo que establece este artículo del Código Penal que dispone que se

Al objeto de que constatar la existencia o la ausencia de la personalidad jurídica, la Fiscalía acude a la normativa civil y mercantil para aclarar algunos supuestos dudosos. Si se constatase la existencia de la personalidad jurídica se deberá acudir a la regulación punitiva del art. 31 bis CP. Vamos a estudiar los casos más llamativos:

a) Las sociedades secretas.

El art. 1669 del Código Civil dispone que las sociedades secretas carecen de personalidad jurídica. Y, se definen como aquéllas cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros, en cuyo caso, se regirán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes. Ante la ausencia de personalidad jurídica, las sociedades secretas deben afrontar el régimen del artículo 129 CP.

b) Sociedades de capital en formación e irregulares.

Los artículos 20 y 33 de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) establecen la necesidad de que las sociedades de capital se inscriban en el Registro Mercantil para la adquisición de la personalidad jurídica. En caso contrario, estamos ante una sociedad mercantil y/o de capital en formación o en una sociedad devenida en irregular. Para la Fiscalía (Circular 1/2011) “las sociedades en formación como las devenidas irregulares, están dotadas de personalidad jurídica” y, por tanto, quedan excluidas del régimen subsidiario del artículo 129 CP, para verse avocadas a las disposiciones del artículo 31 bis CP.

entiende por sociedad “toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”. La Fiscalía señala que el criterio no es válido por cuanto “de hacer referencia fundamentalmente a las sociedades de naturaleza mercantil, su aplicación se circunscribe al Capítulo XIII del Título XIII del Código Penal relativo a los Delitos societarios”.

c) Grupos de sociedades y uniones temporales de empresas (UTES).

En el caso de los grupos de sociedades y las uniones temporales de empresas, ambas carecen de personalidad jurídica, conforme al artículo 42 del Código de Comercio, en el caso de los grupos de sociedades, y conforme a los artículos 7.2 y 8 de la Ley 16/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial, en el caso de las uniones temporales de empresas. Por ello, según la Fiscalía (Circular 1/2011) se les aplicará el régimen del artículo 129 CP “sin perjuicio de que las sociedades que las integran, individualmente consideradas, sí pueden ser penalmente responsables”.

d) Las dificultades para establecer un criterio objetivo.

La doctrina también ha intentado concretar quiénes son los destinatarios del régimen accesorio. Una de las opciones para establecer un criterio objetivo es el intento de trasladar los criterios de la normativa procesal civil a éste ámbito. Así, teniendo en cuenta que la normativa procesal civil reconoce a ciertas entidades jurídicas la capacidad de ser parte en los procesos civiles, se podría trasladar ese criterio a este ámbito penal. De forma que si la persona jurídica puede ser parte en un proceso civil también se podría considerar dotada de personalidad jurídica y, por ello, dentro del régimen del artículo 31 bis CP.

GIMENO BEVIÁ²⁸⁹ intenta abordar el problema de los sujetos destinatarios de las consecuencias accesorias del 129 CP, y después de recordar que este régimen exige la previa imputación del titular de la entidad sin personalidad jurídica, trata la cuestión analizando los detalles de tres entes concretos desde el punto de vista de la capacidad procesal que les otorga la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así en relación a las masas patrimoniales, las uniones sin personalidad jurídica y los patrimonios separados que carecen provisionalmente de titular como puede ser la masa concursal, en base al artículo 6.1.4º LEC se entiende que tienen capacidad para ser parte en un procedimiento judicial.

²⁸⁹ GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters, 2014, págs. 105 y 106.

A la misma conclusión se llega en relación a los entes sin personalidad, por entender que el artículo 6.1.5° LEC les otorga capacidad para ser parte, a pesar de que el propio GIMENO BEVIÁ sugiere que este reconocimiento pudiera tratarse de un contrasentido “dado que no existe ninguna norma que confiera capacidad para ser parte a entidades que no tengan reconocida personalidad jurídica”. Ahondando en este aspecto, y en aplicación a lo establecido en el artículo 6.2. LEC, se va a llegar a la conclusión de que tienen sólo capacidad para ser parte demandada en un proceso civil o parte pasiva en un proceso penal. También se intenta detallar el estado de la situación en relación a las sociedades irregulares o en formación, sin embargo las bases normativas han variado por lo que las referencias realizadas a la Ley de Sociedades Anónimas que fue sustituida por la Ley de Sociedades de Capital no son actuales. Por último, se aborda y detalla la realidad de los grupos de consumidores y usuarios a los que se refiere el artículo 6.1.7° para encontrar auténticas dificultades para que esos grupos, creados por su afección de un hecho dañoso, se les pueda reconocer la posibilidad de tener personalidad jurídica más allá de la posibilidad de interponer demandas declarativas a favor de sus derechos.

Sin embargo, en nuestra opinión, con el criterio expuesto no podemos llegar a ninguna conclusión definitiva para lo que aquí tratamos. Es indudable que la capacidad para ser parte en un proceso civil es un elemento que nos otorga un criterio de la seriedad y de la proyección jurídica de una entidad. No obstante, los detalles y las limitaciones con los que el reconocimiento de esta capacidad se realiza en el ámbito civil y mercantil hacen muy difícil que se puede trasladar el criterio como elemento decisor sobre la existencia de la personalidad jurídica, tanto en el plano civil o mercantil como en el plano penal. La personalidad jurídica se otorga conforme a normas específicas de cada clase de entidad por lo que habrá de estarse a las disposiciones concretas para determinar su existencia.

Es difícil plantear soluciones concretas en esta cuestión, el problema tiene una enorme envergadura²⁹⁰. La lista de sujetos que podrían incluirse dentro del régimen de las medidas

²⁹⁰ GONZÁLEZ TAPIA, M.I, “Las consecuencias accesorias...” en *Procedimientos operativos...*, *op.cit.*, pág. 56 .

accesorias parece no tener límite²⁹¹, en la lista podríamos incluir a las entidades o agrupaciones que conforme a la Ley General Tributaria podrán ser obligados tributarios como entes sin personalidad jurídica, las herencias yacentes, las comunidades de bienes, las sociedades civiles irregulares, un colectivo okupa, una hermandad religiosa, a los fondos de pensiones, al curso escolar que organiza una rifa para el viaje de fin de curso, residencias de viudas y huérfanos... como señala GONZÁLEZ TAPIA que además llega a afirmar que “una normativa que no resulte del todo comprensible y que permite hacerse fácilmente estas preguntas, es ciertamente cuestionable, porque, en verdad, en todos estos casos, y aunque al exterior pudiera parecer de hecho como un grupo, en el tráfico jurídico será la persona física o jurídica que esté detrás de cada uno de sus miembros la que podrá operar de derecho en el tráfico jurídico y respecto de la única que, en mi opinión, tiene realmente sentido plantearse cualquier tipo de responsabilidad penal, aunque sea a través de la fórmula ambigua de las consecuencias accesorias”²⁹².

Por ello, resulta imposible definir los sujetos concretos que pueden verse afectados por el régimen del artículo 129 CP, es más, en muchas ocasiones, vamos a encontrarnos con otro problema: deslindar cuándo estamos ante unas personas físicas y cuándo ante una entidad. No toda agrupación de personas es una entidad y, por ello, puede incurrir en una responsabilidad penal, aunque sea accesoria. Pudiera suceder que no sólo no estemos ante una entidad sin personalidad jurídica, sino que tampoco estemos ni tan siquiera ante una entidad.

Por lo que, si resulta imposible concretar qué entidades son las que adolecen de personalidad jurídica, debemos por lo menos intentar definir cuándo estamos ante una entidad y, por ello, sea susceptible de ser sujeto de aplicación del régimen de las medidas accesorias.

²⁹¹ Para subrayar los problemas generados por la indefinición GONZÁLEZ TAPIA se pregunta si dentro de los entes sin personalidad jurídica estarían un movimiento ciudadano, policías que en sus tardes libres hicieran trabajos de reforma en domicilios, grupo de estudiantes de ideología subversiva, grupos de investigación que cometieran un fraude de subvenciones, GONZÁLEZ TAPIA, M.I., “Las consecuencias accesorias...” en *Procedimientos operativos...*, *op.cit.*, pág. 56.

²⁹² GONZÁLEZ TAPIA, M.I., “Las consecuencias accesorias...” en *Procedimientos operativos ...*, *op.cit.*, pág. 54.

La realidad muchas veces supera al ordenamiento jurídico y demuestra que en muchísimas ocasiones se afronta la complejidad de lo social a través de la colaboración de las personas sin que éstas den una forma jurídica establecida a esa colaboración. El mundo avanza a pasos agigantados y el derecho no puede regular o prever todos los supuestos, por ello recurre a términos genéricos que van a suponer una indefinición y una inseguridad jurídica. Quizás deberíamos afrontar un debate sobre los principios de intervención penal mínima que tan elocuentemente se proclaman y este tipo de regulaciones penales que todo lo pretenden abarcar y, para ello, se utiliza un lenguaje en el que todo cabe, puesto que en vez de lo concreto se regula lo genérico. En todo caso, no deberíamos de dejar pasar esta oportunidad para criticar este tipo de regulaciones tan generales y tan generalizables que producen problemas tanto en el ámbito sustancial como en el procesal.

Para considerar a una entidad sujeto del régimen de consecuencias accesorias del artículo 129 CP, conforme establece GONZÁLEZ TAPIA²⁹³, debe cumplir además del requisito señalado de no tener personalidad jurídica, con dos requisitos más:

- a) Que la entidad tenga o aparezca frente a terceros como algo distinto de cada uno de sus integrantes individuales. La entidad debe tener una proyección propia al exterior e independientemente de sus integrantes.
- b) Que la entidad tenga un patrimonio separado del de sus integrantes individuales.

Por ello, en caso que la entidad no cumpla con estos dos requisitos expuestos, no se le podría considerar ni tan siquiera sujeto pasivo en relación a las medidas accesorias del artículo 129 que podrían aplicársele. La única vía de actuación se circunscribiría a la responsabilidad penal de las personas físicas²⁹⁴.

²⁹³ GONZÁLEZ TAPIA, M.I., “Las consecuencias accesorias...” en *Procedimientos operativos...*, *op.cit.*, pág. 54 y ss.

²⁹⁴ Hacemos nuestra la conclusión de GONZÁLEZ TAPIA: “cuando no exista patrimonio común y se opere al exterior a título individual, deberá imputarse la eventual infracción únicamente a la persona física o jurídica individual, excluyéndose la aplicabilidad del artículo 129 CP”. GONZÁLEZ TAPIA, M.I., “Las consecuencias accesorias...” en *Procedimientos operativos...*, *op.cit.*, pág. 58.

4. El régimen jurídico de las consecuencias accesorias del art. 129 CP.

Una vez que hemos intentado conocer y concretar a qué sujetos se dirige la regulación de las medidas accesorias, debemos referirnos al régimen procesal que se establece para estas entidades que carecen de personalidad jurídica.

Además de conocer el régimen previsto en el artículo 129 del Código Penal, son varias las cuestiones que nos interesa aclarar. La primera, es la relativa a las diferencias que existen sobre la regulación de las nuevas medidas accesorias con respecto a la anterior regulación de las consecuencias accesorias de 1995. Es decir, contrastar la modificación articulada a través de la LO 5/2010.

La segunda cuestión, es la relativa a las diferencias existentes entre el régimen jurídico al que se va a someter a las entidades con personalidad jurídica (art. 31 bis CP) y las entidades sin personalidad jurídica (art. 129 CP). Debemos comprobar si el régimen jurídico es idéntico en ambas regulaciones o, por el cambio, si las garantías del proceso penal reguladas, y que hemos descrito en los capítulos anteriores, se van a aplicar exclusivamente a las entidades con personalidad jurídica (art. 31 bis CP).

Lamentablemente, no disponemos de criterios consolidados en la jurisprudencia sobre la aplicación del régimen jurídico del artículo 129 CP desde su reforma en el año 2010 que pueda responder con garantías a esta segunda cuestión planteada.

En nuestra opinión, a salvo de las excepciones que pudieran plantear la naturaleza concreta de las entidades sin personalidad jurídica a los que se les aplique el régimen del 129 CP, debe garantizarse un régimen pleno de garantías que, como hemos señalado en los apartados anteriores de nuestro trabajo, provienen directamente de la regulación de los derechos fundamentales que realiza la Constitución.

Resulta difícil, a nuestro entender, reformar sustancialmente el contenido del artículo 129 CP, incluir su regulación como complementaria de un sistema integral sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, a continuación, sostener que la entidad sometida a éste proceso penal, por no tener personalidad jurídica, no va a tener las

garantías y los derechos que sí se prevén en el sistema para las entidades con personalidad jurídica.

Sin embargo, el razonamiento teórico puede cruzar cuando descendemos a los supuestos concretos en los que se va a aplicar el régimen de las consecuencias accesorias. Hemos podido comprobar que no es fácil acreditar a qué sujetos se les puede aplicar el contenido del artículo 129 CP, al ser ésta regulación de cierre del sistema, que abarca toda la generalidad de supuestos en los que no se aplique el artículo 31 bis CP por carecer las entidades de personalidad jurídica²⁹⁵.

Además de que se dirigen a sujetos pasivos diferentes, vamos a poder comprobar que existen otras diferencias entre ambos regímenes del artículo 31 bis CP y el régimen complementario y subsidiario del artículo 129 CP. Una de las grandes diferencias entre ambos regímenes va a consistir es que este último va a requerir que una persona física haya cometido un delito para que se pueda imponer una consecuencia accesoria a la entidad. En este régimen la responsabilidad penal que se proyecta sobre la persona jurídica nace en la persona física y, por tanto, la responsabilidad penal de la persona jurídica es circunstancial o auxiliar con respecto a la responsabilidad penal de las personas físicas.

Así, la aplicación de las medidas accesorias va a requerir la condena de, por lo menos, una persona física como responsable penal de las actuaciones tipificadas como delitos. Una vez concretada la condena de la persona física, las medidas serán accesorias de esta responsabilidad extendiéndose al ente supraindividual.

Y, una vez en esta situación, vamos a encontrarnos con otra diferencia, puesto que en el caso del régimen del artículo 129 del Código Penal se le va a otorgar una opción facultativa al juzgador para poder imponer motivadamente las consecuencias accesorias. Mientras que en el caso del régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas del art. 31 bis CP la opción no es facultativa.

²⁹⁵ Además debemos incluir en el régimen del artículo del 129 CP las remisiones directas que determinados artículos del Código Penal realizan a su régimen especial, tal y como hemos señalado anteriormente.

No obstante, van a existir rasgos comunes entre ambos regímenes que van a compartir regulaciones muy similares. En el aspecto punitivo las penas y las consecuencias accesorias van a ser muy similares. Lo mismo sucede con el catálogo de medidas cautelares. También, y conforme a la regulación del apartado segundo del artículo 129 del Código Penal, las consecuencias accesorias solo se podrán imponer en los delitos que se remitan a su régimen directamente o “cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas”, es decir, en la actualidad prácticamente en los mismos supuestos²⁹⁶ en los que se viene exigiendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

4.1. Las diferencias entre el régimen de las consecuencias accesorias de 1995 y las consecuencias accesorias de 2010.

Las diferencias que presenta la nueva regulación del artículo 129 CP con respecto a la antigua regulación obedecen en parte al nuevo carácter subsidiario de este régimen. Estas son las diferencias tras la aprobación de la LO 5/2010:

- a) En la nueva regulación no existe ninguna mención expresa a la finalidad de las medidas accesorias. A diferencia de la anterior en la que se expresamente se disponía que la finalidad era preventiva²⁹⁷. Aunque, podemos sostener, que también la finalidad de la regulación accesoria de 2010 es afrontar la continuidad delictiva.
- b) En principio su aplicación se circunscribe a las entidades que carecen de personalidad, salvo algunas excepciones que iremos descubriendo. A diferencia de la regulación anterior que se proyectaba sobre todo tipo de personas jurídicas independientemente de tener la personalidad jurídica.

²⁹⁶ Como veremos más adelante incluso en algunos supuestos más, superando las previsiones normativas del artículo 31 bis CP.

²⁹⁷ Entre otros, FEIJOO SÁNCHEZ “Sin embargo, se puede solventar esta ausencia teniendo en cuenta que la orientación a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma reaparece en el art. 66 bis CP con respecto a las denominadas sanciones interdictivas, que encierran un indudable parentesco con las consecuencias accesorias en sus fines político-criminales orientados a la prevención especial”. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Tratado de Responsabilidad...*, *op.cit.*, págs. 303-304.

- c) Existe un avance en la nueva regulación a la hora de establecer un criterio de atribución de la responsabilidad de la persona física a la entidad colectiva. Ante la indefinición absoluta de la anterior regulación, ahora se menciona que la comisión delictiva debe producirse “en el seno, con la colaboración, a través de o por medio” como criterio. A diferencia de la regulación anterior que no establecía criterio alguno. De todas formas, el criterio actual es también inconcreto y no establece con claridad las condiciones determinantes para entender que estamos ante una transferencia de responsabilidad a la entidad.

4.2. *Las consecuencias accesorias previstas en el actual art. 129 CP y su finalidad.*

Este régimen jurídico, de forma similar a las penas del art. 33.7 CP, también presenta una lista cerrada de medidas²⁹⁸ que se van a poder proyectar sobre la entidades. La condena de una persona física va a permitir al juez poder imponer alguna de estas consecuencias accesorias²⁹⁹ del art. 129.1 del Código Penal sobre la entidad sin personalidad jurídica:

- a) Suspensión de sus actividades.
- b) Clausura de sus locales y establecimientos.
- c) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

²⁹⁸ Para FEIJOO SÁNCHEZ “a diferencia de algún texto prelegislativo anterior a la reforma de 2010, el apartado dos del art. 129 mantiene el sistema anterior a dicha reforma de *numerus clausus*”. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Tratado de Responsabilidad...*, *op.cit.*, pág. 309.

²⁹⁹ El Tribunal Supremo en relación a las consecuencias accesorias del año 1995 remarcó que debe “tenerse en cuenta que el sistema de consecuencias accesorias es un sistema de *numerus clausus* y que por tanto su imposición ha de estar prevista en un tipo de la parte especial”. Sentencia nº 480/2009 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 22 de Mayo de 2009.

d) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.

e) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

f) La prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita. Esta última medida es la única que difiere del contenido del artículo 33.7 del Código Penal. Salvo esta prohibición establecida como medida accesoria, el resto de consecuencias van a ser idénticas a las penas previstas para afrontar la responsabilidad penal de las entidades del art. 31 bis CP. En conclusión, salvo esta medida y la ausencia de la pena de multa y la disolución se reproduce el contenido de las penas previstas para la persona jurídica, trasladándose las mismas a las medidas accesorias.

Como podemos observar estas medidas accesorias son muy similares a las penas previstas para las personas jurídicas en el art. 33.7 CP³⁰⁰. La razón de esta similitud se debe a que legislador ha procedido a diseñar el contenido de ambos regímenes como parte de un mismo sistema de responsabilidad, dotando de coherencia al nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas instaurado en el año 2010. En todo caso, dos de las penas previstas en el artículo 33.7 CP no han tenido su traslación en la regulación de las sanciones del artículo 129 CP. Y esta última añade en su regulación una sanción de prohibición indefinida de actividades que no se contempla en el art. 33.7 CP.

Salvo estas dos ausencias, las penas y las medidas cautelares previstas en la regulación del 129 CP son similares a los que establece el artículo 33.7 CP y, en principio, la mayor diferencia que se puede observar es que la regulación del artículo 129 CP tiene como destinatarias específicamente a las entidades sin personalidad jurídica. Así lo mantiene la

³⁰⁰ Para ECHARRI CASI “el legislador, ha suprimido del art. 129 CP la relación de las concretas ‘consecuencias accesorias’ imponibles, para efectuar una remisión a los apartados c) a g) del art. 33.7 CP, sustituyendo las referencias a la disolución de la sociedad, asociación o fundación por la más genérica de ‘disolución de la persona jurídica’, evitando así algunas de las disfunciones que la redacción anterior podía llegar a causar”. ECHARRI CASI, FJ, “Las personas jurídicas...”, *op.cit.*, pág. 3 y ss.

doctrina que ha ido también desgranando la regulación del artículo 129 CP, para defender que su aplicación sólo se puede permitir a las entidades sin personalidad jurídica³⁰¹.

En relación al contenido y la eficacia que despliegan cada una de las consecuencias accesorias debemos señalar que no presenta especialidades con respecto a las penas que se han previsto para las personas jurídicas penalmente condenadas. También en lo relativo a la duración de las sanciones adoptadas frente a las entidades, que deberán seguir el criterio general del límite temporal de dos años, a salvo de las excepciones del art. 66 bis CP³⁰². Por lo que, se refiere a su contenido, nos remitimos a la exposición realizada sobre estas penas en los apartados anteriores de nuestro trabajo.

Por último, en cuanto a la finalidad de las medidas previstas son evidentemente preventivas y tienen por objeto evitar que se utilice a la entidad cometa nuevos delitos. La medida de multa sería la única que podría tener otro tipo de finalidad, pero al no contemplarla el legislador, en nuestra opinión, hace inútil que no exista en la actualidad una referencia expresa a su finalidad preventiva como existía en las consecuencias accesorias de 1995.

4.3. Problemas procesales con el régimen jurídico de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP.

En el régimen jurídico de las consecuencias accesorias nos encontramos como sujeto pasivo a una entidad, que carece de personalidad jurídica. En el seno, en colaboración, a través o por medio de ésta se ha cometido un delito y se ha imputado a una persona física por el delito cometido. Contra esta entidad se van a poder adoptar unas medidas cautelares o imponérsele unas sanciones añadidas a la sentencia que condena a la persona física cuando culmine el proceso penal.

³⁰¹ El contenido del precepto ha sido estudiado muy profundamente y ha llevado a considerar que establece una doble condición para su aplicación: la primera, que las entidades no estén comprendidas en los artículos 31 bis y siguientes, la segunda, que el motivo por el que no estén comprendidas sea el que carezcan de personalidad jurídica. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Tratado de Responsabilidad...*, *op.cit.*, pág. 306.

³⁰² FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Tratado de Responsabilidad...*, *op.cit.*, pág. 305.

Para determinar la regulación a la que se va a confrontar a esta entidad debemos preguntarnos previamente si ésta se encuentra en una situación jurídica similar a la que ocupa una persona investigada o imputada en un proceso penal conforme al artículo 31 bis CP.

Desafortunadamente, a diferencia de lo establecido en el artículo 31 bis CP, no se ha establecido determinado el régimen procesal en la regulación del artículo 129 CP. Tampoco se ha previsto en qué condiciones se van a poder adoptar las medidas cautelares. Aunque si conocemos que estamos ante un nuevo marco jurídico con la incorporación de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

A diferencia de lo previsto en el artículo 31 bis CP, no se ha establecido el régimen procesal en la regulación del artículo 129 CP. Tampoco se ha previsto en qué condiciones se van a poder adoptar las medidas cautelares. Por lo que no tenemos ninguna guía concreta en las propias disposiciones del art. 129 CP. No obstante, la nueva regulación de esta responsabilidad penal tiene un carácter integral y ha establecido un marco referencial evidente en el art. 31 bis y siguientes del CP. Y, se nos abre un abanico de posibilidades para complementar sus reglas procesales.

La primera solución que podríamos adoptar es guiarnos y aplicar las reglas procesales de la anterior regulación del artículo 129 CP de 1995. No obstante, la nueva regulación es totalmente distinta y, si bien podríamos considerar que es una evolución de la anterior regulación, es una fase totalmente novedosa. En principio, el contenido del artículo 129 CP del año 2010 tiene poco que ver con el contenido del antiguo 129 CP del año 1995. A pesar de que el legislador ha querido reformar el artículo 129 CP, en vez de suprimirlo, y ha seguido llamando consecuencias accesorias a las sanciones previstas en su regulación³⁰³.

³⁰³ Como señala CARRETERO SÁNCHEZ: “Existe un *numerus clausus* de delitos que pueden cometer las personas jurídicas... En los delitos no incluidos, habrá que acudir a las medidas accesorias del art. 129 CP”. Es decir, defiende que la regulación del artículo 129 CP puede tener aplicación en todo tipo de delitos del Código Penal. CARRETERO SÁNCHEZ, A., “Aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Diario La Ley*, Nº 7786, 30 Ene. 2012, La Ley, pág.5.

La segunda solución pasaría por atribuir el mismo régimen jurídico a las personas jurídicas y a las entidades sin personalidad jurídica. Sin embargo, también es difícil exigir en algunos supuestos que se respeten las mismas garantías y derechos que los previstos en la regulación del artículo 31 bis CP para las personas jurídicas. En innumerables supuestos concretos, los sujetos a los que se les puede aplicar este régimen jurídico no cuentan con una realidad muy alejada que la propia de la persona física, si bien ciertamente se presenten ante la sociedad como una entidad y tienen algún patrimonio propio. Sin embargo, el sustrato material de la entidad en muchas ocasiones puede resultar muy débil. Estamos pensando, por ejemplo, en esa organización estudiantil que ha recaudado fondos y ayudas para dedicarlos a la solidaridad, pero que ha obtenido las ayudas cometiendo un delito de fraude de subvenciones. Se ha presentado ante la sociedad como una organización independiente de sus integrantes y cuenta con un patrimonio propio, sin embargo, sus órganos internos adolecen de forma. Parece difícil trasladarle todas y cada una de las garantías y derechos que corresponden a la persona jurídica cuando afronta la responsabilidad penal como establece el artículo 31 bis del Código Penal.

Para agravar la situación, la nueva regulación del artículo 129 CP ha suprimido alguna referencia muy importante en aras a su régimen procesal. En el actual contenido del art. 129 CP no existe la alusión a la participación de las personas jurídicas que existía en la antigua regulación del artículo 129.3 CP. Ahora no se establece que las consecuencias accesorias se puedan imponer tras una audiencia previa de la acusación pública y de los titulares o de sus representantes legales, provocando incluso más confusión, puesto que en la experiencia forense práctica dicha alusión servía para garantizar a las personas jurídicas la posibilidad de incoar su defensa al mismo nivel que las personas físicas encausadas³⁰⁴.

Por todo ello, y ante la ausencia de una regulación propia establecida en torno a las consecuencias accesorias del artículo 129 CP, se nos abren básicamente tres posibilidades en torno a la cuestión sobre el régimen jurídico:

³⁰⁴ Como señala DE LA FUENTE HONRUBIA en relación a la entidad a la que se le aplica el marco del art. 129 CP “en el orden práctico ha de suponer que la posición procesal de la persona jurídica ha de ser la misma que la del acusado, puesto que las consecuencias accesorias son medidas restrictivas de derechos que, de conformidad con el art. 24 CE, hacen necesaria la posibilidad de defensa frente a la acusación que se formule y que las solicite”. DE LA FUENTE HONRUBIA, F., “Las consecuencias accesorias como medidas cautelares en el proceso penal”, *La Ley Penal*, núm. 13, 2005, *La Ley*, págs. 6-7.

- a) La primera es la de entender el régimen regulatorio de las consecuencias accesorias como un régimen complementario y de cierre del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas y, por ello, cuantas garantías y derechos que ostenta la persona jurídica también van a ser atribuidos a las entidades sin personalidad jurídica. Se trata de entender que ambos sujetos pasivos están integrados dentro del mismo sistema integral de responsabilidad.
- b) La segunda opción es no aplicar las garantías y derechos del art. 31 bis CP a las entidades sin personalidad jurídica, entender que estas entidades no cuentan con la realidad jurídica suficiente para ser imputadas o acusadas directamente y, por tanto, delegar íntegramente su representación y defensa en la persona física que también va a estar, obligatoriamente, imputada. Es decir, la persona jurídica se abandonaría a la suerte procesal de la persona física. Esta última se encargará de su defensa y, paralelamente, de la defensa de la persona jurídica.
- c) La tercera opción es plantear que las disposiciones del artículo 129 del Código Penal conforman un régimen jurídico propio y especial.

Todas opciones tienen sus pros y sus contras, y ciertamente dependerán de cada uno de los supuestos de hecho que se presentan, en algunos supuestos se encenderían todas las alarmas, por entender, que las entidades cuentan con estructuras superiores a las de muchas personas jurídicas, imaginemos una unión temporal de empresas para afrontar una gigantesca construcción; mientras que en otras circunstancias, la accesoriedad³⁰⁵ quedaría más que justificada, las medidas accesorias serían una sanción añadida a la responsabilidad de la persona física. Lamentablemente la aplicación de la regulación del artículo 129 CP se prevé escasa y no tenemos jurisprudencia, después de la reforma del año 2010, que nos aclare la cuestión, por lo que tendremos que aferrarnos a la opinión, también escasa, de la doctrina.

³⁰⁵ Accesoriedad no es un término recogido en la RAE, sin embargo es de uso frecuente en la doctrina y en la jurisprudencia.

Así, por ejemplo, ECHARRI CASI analiza la regulación del artículo 129 CP y manifiesta que tiene “la impresión de que el legislador ha querido incorporar un régimen penal específico para los entes sin personalidad no recogidos en el art. 31 bis, con la imposición no de penas, sino de consecuencias accesorias, siendo las condiciones de aplicación de las sanciones diferentes, pero con igual denominación e idéntico contenido (fraude de etiquetas)”. Es decir, las condiciones de aplicación de las medidas accesorias son “diferentes”³⁰⁶.

La falta de certeza en la doctrina sobre esta cuestión va a ser una constante. También GÓMEZ-JARA DÍEZ va a criticar duramente el contenido del artículo 129 CP y sus consecuencias accesorias, “la confusión que introduce esta regulación es, cuando menos, notable, y, de nuevo, no ayuda en nada a la necesaria seguridad jurídica que debe primar en un ámbito tan delicado como es el jurídico-penal”³⁰⁷.

A pesar de que las sanciones y las medidas cautelares previstas, el catálogo de delitos que se pueden cometer para activar la responsabilidad penal de la persona jurídica es similar³⁰⁸. A pesar de que en un principio, la única diferencia radica en los sujetos pasivos a los que se dirigen ambas regulaciones (personas jurídicas o entidades sin personalidad jurídica) parece que el régimen procesal de ambas regulaciones va a ser diferente, por las intensas diferencias entre ambas disposiciones. Vamos a conocer estas diferencias para intentar abordar definitivamente el régimen jurídico que corresponde a las entidades avocadas a las consecuencias accesorias.

³⁰⁶ Vid. ECHARRI CASI, FJ, “Las personas jurídicas...”, *op.cit.*, pág.3 y ss.

³⁰⁷ El autor recoge el debate en torno a la naturaleza de las consecuencias accesorias y recuerda que “la doctrina y jurisprudencia existente hasta la fecha ha negado que las denominadas “consecuencias accesorias” del art. 129 CP fueran verdaderas penas”. Para a continuación recordar que el nuevo enunciado del artículo 129 CP sí dispone literalmente la accesoriedad de las consecuencias con respecto a la pena, por ello “al señalar ahora que se trata de las consecuencias accesorias a la pena refuerza dicha posición, por más que dichas consecuencias estén previstas en el art. 33.7 CP”. En este punto la crítica adquiere un tono severo. GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., “Sujetos sometidos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas” con BANACLOCHE PALAO, J y ZARZALEJOS NIETO, J., en *Responsabilidad penal...*, *op.cit.*, págs. 58-61.

³⁰⁸ Así lo establece el segundo apartado del artículo 129 CP. Sin embargo, hemos mencionado a lo largo de nuestro trabajo, que existen remisiones independientes en algunos tipos delictivos al régimen de consecuencias accesorias del artículo 129 CP.

4.4. *Diferencias entre el régimen jurídico de las consecuencias accesorias del art. 129 CP y el régimen del art. 31 bis CP.*

La regulación del artículo 31 bis CP que permite imponer penas a las personas jurídicas y la del artículo 129 CP que puede imponer medidas accesorias a las entidades sin personalidad jurídica presentan diferencias que van a provocar que el régimen procesal de garantías y obligaciones que corresponden a las entidades sin personalidad sea distinto³⁰⁹. Vamos a observar estas diferencias entre ambos regímenes:

a) La diferencia punitiva.

La primera diferencia surge en relación al catálogo de penas o sanciones que se han previsto en ambos regímenes. Aunque el legislador del 2010 traslada prácticamente todas las penas y las medidas cautelares previstas en el artículo 33.7 CP a la regulación de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP, no lo hace con dos penas que no van a tener la correlativa consecuencia accesoria. Y, al revés, el régimen accesorio va a prever una consecuencia exclusiva que no tiene correlativo en el art. 33.7 CP.

En concreto, las consecuencias accesorias del artículo 129 CP que se van a imponer a los entes supraindividuales, carentes de personalidad jurídica, no prevén la pena de multa ni la disolución de la entidad.

En relación a la no previsión de la multa, consideramos que es algo incomprensible, toda vez que se trata de la principal sanción que debe imponérsele a todo tipo de entidades. Y, causa un evidente problema porque todas las consecuencias accesorias previstas, al ser

³⁰⁹ FARALDO CABANA manifiesta que: “el hecho de que el art.129 CP se remita, a su vez, al catálogo de penas previstas para personas jurídicas no debe llevar a la conclusión de que la única diferencia entre la imposición de consecuencias accesorias y de penas a las personas jurídicas radica en la atribución de responsabilidad penal y, por consiguiente, del estatus procesal que la imputación penal conlleva en el segundo caso, pero no en el primero”. FARALDO CABANA, C., “Irresponsabilidad penal de la empresa por los delitos contra los derechos de los trabajadores. ¿Sigue siendo posible aplicar las consecuencias accesorias?”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm.34, 2013, Iustel, pág. 9.

interdictivas o preventivas, no van a poder sustituir al impacto económico de la multa. Por ello, llama poderosamente la atención la no previsión de la consecuencia accesoria de multa. Es asombroso que no se regule la posibilidad de imposición, en cuanto que la multa es la pena estrella de la responsabilidad penal de la persona jurídica y la más eficaz tal y como lo ha manifestado el propio Legislador en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010. No se llega a comprender su no inclusión en el catálogo de consecuencias accesorias, salvo que se interprete que la ausencia de personalidad jurídica provoca que la responsabilidad económica-patrimonial recaiga íntegramente en las personas físicas que la integran en aplicación de la norma civil del artículo 1911 del Código Civil que establece que del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros, puesto que, evidentemente, ninguna de las entidades citadas en el artículo 129 CP, al carácter de personalidad jurídica, tiene limitada la responsabilidad social. Por intentar proporcionar una explicación, el legislador ha podido interpretar que la ausencia de personalidad jurídica provoca una confusión entre el patrimonio de la persona física y el de la entidad sin personalidad, por ello, apuesta por imponer la multa económica a la persona física, si es el caso, al resultar ésta la responsable final del abono de la misma y, por ello, ofrecer más garantías de cobro para el sistema jurídico.

FARALDO CABANA recoge que para una parte de la doctrina, la pena de disolución está excluida porque se trata de entidades sin personalidad jurídica y que la disolución básicamente supone perder la personalidad jurídica, por lo que ningún sentido tiene aplicarla³¹⁰. En nuestra opinión, se trata de un error del legislador que debería ser corregido. Innumerables supuestos de entidades sin personalidad jurídica, comunidad de bienes, sociedades civiles secretas, grupos de sociedades, uniones temporales de empresas, a modo de ejemplo, pueden ser disueltas, puesto que la disolución no acarrea simplemente la pérdida de la personalidad jurídica, también implica la liquidación y erradicación de la entidad de la vida jurídica. En relación a la no previsión de la pena de multa, la autora recoge también la opinión de la doctrina que señala que al no existir un patrimonio separado entre las personas físicas y las entidades sin personalidad jurídica, la multa la abonarían las primeras. Es también una opinión totalmente discutible, puesto que

³¹⁰ FARALDO CABANA, C., “Irresponsabilidad penal de la empresa...”, *op.cit.*, págs. 14-15.

existen entidades sin personalidad jurídica formadas por personas jurídicas, por ejemplo los citados grupos de sociedades o las uniones temporales de empresas, que, en todo caso, la entidad tiene que contar con un patrimonio propio para afrontar el proceso del artículo 129 CP, y por tanto, cuenta con medios propios para afrontar la pena de multa. Si bien, en caso de que no pudiera hacerlo, no estaría de más traspasar tal responsabilidad a los integrantes de la entidad sin personalidad jurídica.

En cuanto a la disolución, se puede entender que el legislador no haya previsto esta medida por cuanto que este tipo de entes no tienen personalidad jurídica. Y, por tanto, su erradicación del tráfico jurídico y económico, su “muerte” jurídica no encuentra razón de ser por cuanto no tienen, ni tan siquiera, la configuración jurídica necesaria para entender que estamos ante una persona distinta a la de las personas físicas que la integran. No obstante, la regulación del artículo 129 CP ha previsto la sanción de la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita, cuyos efectos suplirían a los de la disolución en el plano práctico.

Por ello, la incorporación de la consecuencia accesoria de la prohibición definitiva de cualquier actividad es la que, en nuestra opinión, sustituye a la pena de disolución. La imposición de esta consecuencia accesoria provoca la muerte jurídica de la entidad supraindividual, que no va a poder desempeñar actividad alguna. Por lo que sus efectos, con la distancia jurídica de ambos conceptos jurídicos, serían equiparables a la disolución.

b) La accesoriadad con respecto a la persona física.

La segunda diferencia sobre este régimen surge porque las consecuencias accesorias no se pueden imponer de forma directa a la entidad sin personalidad jurídica. El apartado primero del artículo 129 CP establece que “en caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio (...) podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito”, por tanto, la imposición de las consecuencias accesorias está condicionada a la imposición previa de una sanción penal a la persona física. Si no existe sanción o condena penal a la persona

física es imposible imponer ninguna consecuencia accesoria a la entidad sin personalidad jurídica; sólo en este caso, y motivadamente, se podrá imponer las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 CP³¹¹.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas prevista en el artículo 31 bis CP es una responsabilidad penal autónoma e independiente, es una auténtica innovación en el ordenamiento jurídico, sin embargo, el legislador al diseñar el sistema lo ha complementado con una modificación profunda del artículo 129 CP, que sigue pivotando sobre la responsabilidad penal de la persona física.

c) El carácter facultativo de las consecuencias accesorias del art. 129 CP.

Por último, el que en la regulación de la consecuencias accesorias del artículo 129 CP se estipule que el juez instructor “podrá imponer” las medidas previstas también constituye otra diferencia con respecto al régimen del artículo 31 bis CP. La imposición de las medidas accesorias no son automáticas, las sanciones de este régimen son una posibilidad o facultad de los jueces y magistrados.

La regulación va a exigir al juzgador una motivación concreta para la imposición de las medidas. Una valoración sobre la peligrosidad de la entidad y la necesidad de adoptar medidas adecuadas y proporcionales para evitar ese riesgo, es decir, medidas para prevenir de futuros delitos. Puesto que, como hemos señalado las únicas medidas accesorias previstas en el art. 129 CP, excluida la multa de su catálogo, son preventivas.

³¹¹ Sin embargo, FARALDO.CABANA plantea una posición doctrinal distinta a la necesaria accesoriadad de las sanciones a la persona física, opinando que: “El art.129 CP no vincula expresamente la imposición de estas consecuencias accesorias a la previa imposición de la pena a una persona física. La cuestión es controvertida en la doctrina, encontrándose autores que se manifiestan a favor de su vinculación a la pena y otros en contra. Desde luego la vinculación no es deseable, por lo que en principio podría prescindirse de ella. Ahora bien, si se analiza la regulación de las consecuencias accesorias en la Parte especial se advierte que, en ocasiones, se exige de modo expreso la previa imposición de una pena, como ocurre precisamente en el art.318 CP; en otros casos lo que se requiere es una condena, con lo que las consecuencias accesorias podrían imponerse cuando la persona física carece de culpabilidad, por ejemplo, siéndole impuesta una medida de seguridad; existiendo, por último, otros supuestos en los que no se alude ni a una ni a otra. La cuestión, por tanto, queda abierta”. FARALDO CABANA, C., “Irresponsabilidad penal de la empresa...”, *op.cit.*, pág. 8.

Incluso, puede suceder que a pesar de la adopción de alguna medida cautelar, prevista en la regulación del 129 CP, en la sentencia penal no se opte por atribuir ninguna consecuencia frente a la entidad ficticia.

4.5. Los problemas de la regulación del art. 129 CP: Los criterios de atribución de responsabilidad.

Si es la persona física la que provoca la responsabilidad de la entidad y puede transferir a ésta unas graves consecuencias accesorias en el marco del proceso penal, debemos comprobar en qué condiciones se realiza esta transferencia de responsabilidad.

En primer lugar, se debe comprobar que existan evidencias de que una persona física haya cometido un delito de los que pueden ocasionar que se transfiera su responsabilidad a la persona jurídica como accesoria de esa responsabilidad. El catálogo de delitos requiere la alusión directa al artículo 129 CP o la previsión expresa que se aplica el régimen de la responsabilidad penal de la persona jurídica del art. 31 bis CP.

En segundo lugar, se plantea un problema complejo en relación a los criterios por los que la comisión de un hecho delictivo por una persona física se traspassa a la entidad. Es decir, cuáles son los criterios o régimen de atribución de la responsabilidad de la persona física a la entidad. Un viejo problema, que ni tan siquiera ha sido claramente resuelto durante la vigencia de las viejas consecuencias accesorias del año 1995³¹².

Si observamos la reforma operada mediante la LO 1/2015 en el sistema principal, constatamos que el legislador ha sustituido el término “provecho” en el artículo 31 bis CP

³¹² Lamentablemente como afirma GONZÁLEZ TAPIA el régimen vigente de las consecuencias accesorias “se ha quedado huérfano de criterios concretos de imputación subjetiva y objetiva, respecto del hecho sometido por la persona física”. GONZÁLEZ TAPIA, M.I., “Las consecuencias accesorias...” en *Procedimientos operativos...*, *op.cit.*, pág. 63.

para introducir el concepto de “beneficio directo o indirecto” en la normativa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por tanto, una de las condiciones para declarar esta responsabilidad o aplicar las medidas cautelares va a ser que el delito del catálogo específico tiene que haber sido cometido en nombre o por cuenta de las personas jurídicas, y en su beneficio directo o indirecto.

Sin embargo, esta nueva previsión normativa no es recogida en el régimen jurídico de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP. Por lo que, el régimen de las consecuencias accesorias no va a establecer el mismo régimen de atribución de la responsabilidad a la persona jurídica³¹³. En la regulación de las consecuencias accesorias como establece el primer apartado del artículo 129 CP se va a requerir que se trate de delitos cometidos “en el seno, con la colaboración, a través o por medio de” las entidades sin personalidad jurídica. No se va a exigir que el delito se haya realizado por cuenta y en beneficio de la entidad³¹⁴.

Este problema se origina porque no queda clara cuál es la conexión que debe exigirse entre la persona física (que comete el delito) y la persona jurídica (que puede asumir las sanciones derivadas del delito cometido por la esta persona física). La atribución de esta responsabilidad³¹⁵ a la entidad es un problema complejo debido a que el legislador no ha proporcionado criterios concretos en la regulación del art. 129 CP.

Es un lastre que el sistema arrastra de lejos, y persiste en la actualidad. A pesar del nuevo contenido regulatorio del art. 129 CP, el legislador no nos ha ofrecido ninguna solución, por ello, debemos recordar los viejos problemas de atribución de responsabilidad que se manifestaban en las consecuencias accesorias del año 1995 para intentar encontrar una solución.

³¹³ Como nos lo recuerda la Fiscalía en su Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal afectada por Ley Orgánica 1/2015, págs. 16-20.

³¹⁴ Al contrario de lo que se exige en el régimen del artículo 31 bis CP, que hemos podido tratar en el anterior apartado.

³¹⁵ Que puede ser denominada como penal, puesto que en la actualidad las penas que recibe la persona jurídica en el nuevo marco de responsabilidad directa son similares.

La doctrina apuntaba dos criterios, por una parte la existencia de una relación funcional entre la persona física y la entidad, porque el primero actúa delictivamente en nombre o interés del segundo. Exigiéndose con más detalle que el delito se cometa dentro del ámbito o de la organización de la entidad, dentro del marco de las actividades de la entidad³¹⁶. Y, por otra, una valoración en torno a la peligrosidad³¹⁷ de la entidad puesto que las consecuencias accesorias presentan una finalidad interdictiva o preventiva³¹⁸.

Así lo confirma el Tribunal Supremo en la causa en que más ha profundizado sobre el régimen de las medidas accesorias, sentencia nº 480/2009 de la Sala 2ª, de lo Penal, 22 de Mayo de 2009, cuyo fundamento jurídico centésimo nonagésimo primero afirma que:

“En efecto, como se destaca en la doctrina más autorizada, la finalidad de estas consecuencias no es reparar los efectos de la actividad delictiva sino prevenir su aumento cuantitativo y cualitativo. Así, si la utilización de la estructura de los medios ha sido puntual y ocasional y los efectos han sido igualmente puntuales, sin que pueda preverse su permanencia en el tiempo, no tendrá sentido la imposición de una consecuencia accesoria, sino que habrá que acudir a las normas que regulan la responsabilidad civil derivada del delito como medio de reparar los efectos concretos ya producidos. Caso contrario podría infringirse el principio de proporcionalidad. (...)

Esta motivación escueta olvida que la exigencia teleológica del art. 129.3 implica necesariamente correlacionar la sanción o sanciones impuestas con los fines que con su imposición se quiere obtener, o lo que es lo mismo, es preciso fundamentar con especial detalle la finalidad preventivo especial que se persigue concretando cual es la actuación delictiva que a juicio del Tribunal persistirá pese a la sentencia condenatoria, con base en qué datos se puede prever su utilización por terceros con los mismos fines, y por último qué sanción de las previstas en el art. 129 CP, es la más idónea para conseguir esta finalidad”.

³¹⁶ DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal (medidas aplicables a personas jurídicas y empresas colectivas o individuales)*, 2004, Lex Nova, págs. 117-118.

³¹⁷ En relación a la peligrosidad FEIJOO SÁNCHEZ remarca la peligrosidad objetiva, organizativa o estructural y la prognosis de peligrosidad. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Tratado de Responsabilidad...*, *op.cit.*, pág. 306.

³¹⁸ DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias...*, *op.cit.*, págs. 117-119.

4.6. *La experiencia de las medidas accesorias de 1995.*

Ante la ausencia de criterios actuales, entendemos que una mirada a la anterior regulación de las medidas accesorias y su experiencia procesal nos puede orientar e ilustrarnos, al fin al cabo las disposiciones no son tan diferentes a las vigentes³¹⁹.

Hemos sostenido a lo largo de nuestra tesis que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no ha sido ajena a nuestro ordenamiento jurídico, y que la incorporación de este régimen se ha realizado como una evolución en nuestra legislación. A falta de otros criterios, y a pesar de lo arriesgado de nuestra posición por la profunda modificación que ha sufrido el art. 129 CP, creemos que debemos guiarnos por los antecedentes de esta regulación.

Hemos de empezar por recordar el antiguo contenido del artículo 129 CP de 1995³²⁰ que regulaba que:

“1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

- a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.
- b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.
- c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido,

³¹⁹ Coincidimos plenamente con la reflexión de GONZÁLEZ TAPIA que también subraya que la regulación no es tan diferente “(...) ver que se hizo cuando el art. 129 recogía estas mismas consecuencias, con una regulación no tan distante a la vigente (...)”, GONZÁLEZ TAPIA, M.I., “Las consecuencias accesorias...” en *Procedimientos operativos...*, *op.cit.*, pág. 45.

³²⁰ La única modificación que afectó al precepto fue para incorporar su compatibilidad con el sistema de multas solidarias a las entidades incorporado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre en el art. 31 del CP.

favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma”.

El sistema de atribución era el mismo que el actual. Se trata de unas medidas accesorias que se podían imponer a la entidad por determinados delitos que realizaban personas físicas con las que le unían estrechos lazos. Además, los elementos de la antigua regulación persisten en la actual. Sirva como ejemplo que ambos sistemas son sistemas cerrados y que exigen la previsión expresa en los tipos delictivos concretos para poder exigirles alguna responsabilidad.

Conforme a ZUGALDÍA ESPINAR³²¹, la responsabilidad que se va a exigir a las personas jurídicas tiene los caracteres de una responsabilidad indirecta porque permitía que la comisión de un determinado delito por parte de una persona física fuera el origen de una sanción que se podía imponer sobre la persona jurídica. Es decir, las consecuencias de un delito cometido por una persona física se podían verter sobre la persona jurídica, que podía tener que asumir gravísimas sanciones que podían hacerla desaparecer del tráfico jurídico. En cambio, en la actualidad tenemos un sistema de responsabilidad directa que permite sancionar a las personas jurídicas autónomamente de las sociedades.

La experiencia de las consecuencias accesorias es valorada por GONZÁLEZ TAPIA³²² que señala que “en los quince años de vigencia del art. 129 en su original versión, las

³²¹ ZUGALDÍA ESPINAR, JM, “Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal para las personas jurídicas”, *Poder Judicial*, número 46, 1997, págs. 327-342.

³²² Citando a su vez a RAMÓN RIBAS, E., “Consecuencias accesorias, art. 129 CP”, en AAVV-QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, 2010.

consecuencias accesorias se han aplicado poco y mal y, sobre todo, sin cuestionarse judicialmente los argumentos de instrumentalización de la persona jurídica que la harían merecedora de la imposición de esta consecuencia penal derivada del delito cometido”.

También MUÑAGORRI LAGUÍA pone el acento en la exigencia de la motivación que debe servir de guía también en la imposición de las medidas cautelares, y sostiene que la orientación legislativa de que deben prevenir la continuidad de la actividad delictiva no es garantía suficiente por la intensa restricción de derechos que supone³²³.

No existen muchas resoluciones en torno a esta cuestión que nos allanen el camino para extraer consecuencias que nos sean válidas para el problema que afrontamos. Seguramente, la sentencia más destacable y conocida en la materia ha sido la del Tribunal Supremo nº 480/2009, 22 de Mayo de 2009. La cuestión que nos interesa se planteaba en relación a una alegación por vulneración del derecho de defensa (art. 24.2 CE) toda vez que la sentencia recurrida acordó la declaración de ilicitud de las actividades y disolución de la empresa recurrente, habiéndose adoptado la decisión “inaudita parte ya que la citada entidad mercantil no ha sido parte en el procedimiento penal, y por tanto, no ha podido ejercitar su derecho de defensa”.

El fundamento jurídico centésimo nonagésimo tercero de la sentencia, aborda esta cuestión vital en cuanto al régimen jurídico de las consecuencias accesorias analizando su naturaleza. Frente a otras posiciones³²⁴, se constata que las consecuencias accesorias “son

GONZÁLEZ TAPIA, M.I., (dir.), “Las consecuencias accesorias ..” en *Procedimientos operativos...*, op. cit., pág. 45.

³²³ MUÑAGORRI LAGUÍA, I., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Universidad Pública Vasca, 2008, junto con la investigadora ORBEGOZO ORONOZ, I., pág. 382; Opinión muy parecida a la de FEIJOO SÁNCHEZ que remarca que no existe una doctrina clara sobre las consecuencias accesorias, “tras 16 años de vigencia no existen pronunciamientos del Tribunal Supremo (ni de Audiencias Provinciales) que hayan establecido una doctrina clara con respecto a la naturaleza, requisitos o fundamento del art. 129 CP, lo cual deja claro el papel residual que ha venido desempeñando en el sistema jurídico-penal español y que se ha visto acrecentado a partir de la reforma del 2010”. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Tratado de Responsabilidad...*, op.cit, pág. 302.

³²⁴ Como la propia STS núm. 480/2009, de 22 de mayo, nos indica en la doctrina se mantienen cuatro posiciones al respecto; La de quienes entienden que las consecuencias jurídicas previstas en el art. 129 CP.

medidas de seguridad jurídico-penales lo que conlleva que su imposición deba ir rodeada de todas las garantías del Derecho Penal”:

“Partiendo de esta naturaleza, un sector doctrinal entiende que la persona jurídica debe ser parte en el proceso penal con todas las garantías del imputado y por tanto las consecuencias accesorias están sometidas al principio acusatorio, dado que su imposición le producirían efectos perjudiciales o limitativos de derechos que exigen, de conformidad con el art. 24 CE. La posibilidad de defensa frente a la acusación que se le formula: el haber sido utilizada con una finalidad delictiva, y sobre esta base se afirma que cuando se pretende imponer una consecuencia accesoria a una persona jurídica, ésta tiene plena legitimación para comparecer en el proceso penal, ejercitando todos los derechos inherentes a la posición que ocupa, y en especial el derecho de defensa, y sobre esta base podrá presentar escrito de defensa.

Otro sector doctrinal entiende por el contrario, que el trámite se entenderá cumplido si se ofrece a los interesados la posibilidad de formar parte en el proceso, con independencia de su comparecencia o incomparecencia ante la autoridad judicial. Así se considera que este trámite puede evacuarse oralmente o por escrito, siendo lo realmente importante que se dé oportunidad real a los titulares o representantes legales de la persona jurídica para que expresen su parecer en relación con la sanción que se solicita por las acusaciones, no obstante no están obligados a contestar, rigiendo el principio de preclusión.

En efecto es evidente que todos aquellos que en uno u otro concepto, penal o civil, resultan sujetos pasivos de pretensiones ejercitadas en el juicio oral, deben ser citados al mismo para permitir el ejercicio del derecho de defensa, pues aunque no puedan equipararse sin más, al responsable penal o civil, ello, no impide que el órgano jurisdiccional está obligado a ofrecerles las posibilidades de contradicción y defensa, quienes desde este momento "podrán" intervenir en el proceso, nombrando letrado y procurador, si preciso fuere para proponer los medios de defensa de sus derechos e intervenir en las diligencias acordadas al respecto, llegando su intervención a la formalización de calificaciones provisionales o escrito de defensa, con la pertinente proposición de pruebas, bien que limitadas a la defensa exclusiva de sus derechos, esto es, tendente a desvirtuar los presupuestos materiales que sirven de fundamento a las acusaciones para interesar la imposición de la consecuencia accesoria.

Por ello, lo esencial no es que haya sido parte en el procedimiento sino que haya tenido la oportunidad de serlo, lo importante es que el órgano jurisdiccional concediera a la persona jurídica oportunidad para contradecir y defenderse”.

son penas; la de quienes consideran que son medidas de seguridad cuyo destinatario es la persona física que comete el delito, a la que se priva de una "cosa" o instrumento objetivamente peligroso; la de quienes las interpretan como medidas de seguridad que recaen directamente sobre la persona jurídica; y la de quienes consideran que se trata de consecuencias jurídico-administrativas no sancionadoras que se imponen en el proceso penal por razones de economía procesal.

En conclusión, no es preciso que la entidad participe en el proceso penal, basta con que se le haya dado la oportunidad de participar en el proceso. Poco más podemos extraer de todo el bagaje de las medidas accesorias de 1995. La escasa repercusión judicial de la normativa de las consecuencias accesorias durante su vigencia fue estudiada por SILVIA SÁNCHEZ³²⁵ quien subraya el balance de las consecuencias accesorias: “si dejamos de lado el ámbito de la legislación contra el terrorismo y la criminalidad organizada, el balance de estos diez años de aplicación judicial de “consecuencias accesorias” es bastante elocuente: como se verá, la disolución de la sociedad, asociación o fundación no se ha acordado nunca; la intervención de la empresa, sólo en una ocasión. La consecuencia accesoria aplicada de modo general ha sido la clausura temporal de establecimientos”.

De todas formas, debemos reseñar que estas medidas apenas se han aplicado en los juzgados y tribunales y la falta de utilidad es uno de sus mayores problemas, tras un bagaje en un formato, prácticamente, inalterado de 16 años la interpretación y la fijación de los criterios para su aplicación no han existido³²⁶. La escasa aplicación, en nuestra opinión, a los pocos delitos que preveían su aplicación y en lo complejo de sus disposiciones³²⁷.

4.7. *Las medidas cautelares en el marco de las medidas accesorias.*

³²⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2006.

³²⁶ También lo señala GONZÁLEZ TAPIA que lamenta la escasa jurisprudencia sobre la cuestión. GONZÁLEZ TAPIA, M.I., “Las consecuencias accesorias...” en *Procedimientos operativos... ,op.cit.*, págs. 46-50.

³²⁷ GONZÁLEZ TAPIA señala que “entre las razones que explicarían esta situación, debe apuntarse esencialmente a dos. La primera es que, sin una regulación procesal que aclarara la posición (imputado o responsable civil) que habrían de tener las personas jurídicas ante el ilícito cometido por la persona física, no puede extrañar que gran parte de las sentencias hayan declinado aplicar el art. 129 por argumentos (adecuados) derivados de infracciones de la tutela judicial efectiva: del derecho a la defensa y la no indefensión (...). La segunda, (...) viene derivada del conjunto de casos en los que el art. 129 se ha pretendido aplicar (o se ha aplicado finalmente), como medida cautelar y/o como consecuencia accesoria a la pena en la sentencia”. GONZÁLEZ TAPIA, M.I., “Las consecuencias accesorias...” en *Procedimientos operativos..., op.cit.*, págs. 47-50.

Históricamente, la regulación de las medidas cautelares relacionadas con las consecuencias accesorias arrastra, motivada por la escasa regulación, una inseguridad manifiesta. En nuestra opinión debería llegarse a una solución interpretativa que, realizando una lectura flexible del artículo 129 CP en relación a sus medidas cautelares, obtenga una lectura garantista que retrase la imposición de las potentes medidas cautelares previstas hasta la sentencia definitiva.

En cuanto al contenido concreto de las tres medidas cautelares previstas en el art. 129.3 CP, es decir, la clausura de local o establecimiento, la suspensión de actividades y la intervención judicial nos remitimos al apartado relativo a las penas o sanciones que se pueden imponer a las personas jurídicas y al régimen ordinario de medidas cautelares que expondremos en los siguientes capítulos.

Ciertamente, las medidas cautelares previstas en el artículo 33.7 *in fine* CP y en el artículo 129.3 CP son idénticas, ambas regulan la posibilidad de imponer tres medidas concretas e idénticas. No obstante, la ausencia de una normativa de garantía puede hacer más ágil el proceso del artículo 129.3 CP con respecto al marco del artículo 33.7 *in fine* del CP y este aspecto puede ser determinante.

Habrá que evocar la utilidad de las antiguas medidas accesorias en nuestra jurisprudencia, puesto que aunque las regulaciones del antiguo 129 CP no hayan sido utilizadas masivamente por los órganos jurisdiccionales si que lo fueron en la lucha contra la delincuencia organizada y, en concreto, contra el terrorismo. Las medidas accesorias fueron utilizadas por la Audiencia Nacional en numerosas ocasiones contra el fenómeno de la criminalidad organizada. Se trata de casos muy conocidos y de gran impacto en la opinión pública y en los operadores jurídicos, me estoy refiriendo a la suspensión de actividades de partidos políticos, organizaciones políticas, al cierre de medios de

comunicación, de intervención en empresas, asociaciones, tabernas... Fuera de este ámbito, se constata su escasa aplicación³²⁸.

Debemos remarcar, que el papel fundamental de las medidas accesorias lo fue en la fase cautelar, puesto que su imposición suponía de facto, en la mayoría de ocasiones, la paralización definitiva de las actividades de las personas o entidades jurídicas afectadas.

Además de remitirnos al marco general de las medidas cautelares, debemos mencionar las posibilidades que se plantean en relación a las mismas en el artículo 129 CP, así como el proceso concreto por el que se van a poder adoptar. En este apartado comprobamos que la regulación procesal es más bien escasa, el artículo 544 quáter LECRim establece que la medida cautelar “se acordará previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas. El auto que decida sobre la medida cautelar será recurrible en apelación, cuya tramitación tendrá carácter preferente”.

Salvo los problemas específicos³²⁹, que se derivan de las diferencias que hemos expuesto con respecto al sistema principal, en nada se diferencia el régimen cautelar de ambas normativas (art. 129. 3 y art. 33.7 *in fine* del CP). Por tanto, el proceso cautelar en el marco de las consecuencias accesorias es idéntico al del marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Aunque ha desaparecido del texto actual del artículo 129 CP³³⁰ la exigencia de que los representantes legales de la entidad a la que se pretende aplicar la consecuencia accesoria tienen derecho a participar en la audiencia de adopción de las medidas cautelares por

³²⁸ La ausencia objetiva de resoluciones jurisdiccionales es una evidencia empírica y “se observa cómo la tendencia a una aplicación restrictiva (...) es ampliamente predominante a la hora de decidir sobre la imposición de las consecuencias accesorias como medidas cautelares” como señala SILVA SÁNCHEZ, J.M., en “La aplicación judicial...”, *op.cit.*, pág.4 y ss.

³²⁹ Como, por ejemplo, los problemas de elección del representante legal o del abogado en una entidad que adolece de la falta de forma jurídica.

³³⁰ El anterior contenido del artículo 129 CP recogía la obligación de “previa audiencia del ministerio fiscal y de los titulares o de sus representantes legales podrá imponer”, es decir, se venía exigiendo esta audiencia para la imposición de las consecuencias accesorias en la sentencia o como medida cautelar.

fortuna, tanto la regulación del artículo 544 quáter LECRim como la propia obligación del derecho a la defensa y a un proceso con las garantías debidas del artículo 24 de la Constitución, establecen la obligatoriedad de convocar en audiencia a todas las partes del proceso penal y a que las mismas puedan ejercitar sus derechos.

También debe subrayarse, para evitar equívocos, que el principio acusatorio está vigente en esta materia, por lo que para adoptar cualquier medida cautelar frente a las personas jurídicas debe existir, por lo menos, una solicitud de un acusador exigiendo la adopción de la medida concreta.

En todo caso, no debemos olvidar que la carga punitiva que tenían, y tienen, las medidas cautelares es más grave en unos supuestos que en otros. Como señala el profesor MUÑAGORRI LAGUIA “no es lo mismo (...) la clausura (art. 129.1 a) de una empresa que la “suspensión de actividades” (art. 129.1 c)”³³¹.

Puede interpretarse que la actual regulación requiere de mayor precisión del legislador para evitar la confusión y la inseguridad. No obstante, quizás las pasadas potencialidades y efectos de la regulación del artículo 129 CP de 1995 fueron las que impulsaron a no suprimir el artículo 129 CP y a que el legislador dejase en el Código Penal nominalmente vivas las consecuencias accesorias con una normativa abierta. Además, el legislador remite sus efectos a ciertos tipos delictivos, entre ellos los delitos de terrorismo. Podría ser que el legislador no haya querido perder estas herramientas contra un fenómeno de tanta importancia ha tenido en nuestra sociedad y, por ello, ha permitido que este hilo de las antiguas medidas accesorias se conserve en la regulación actual³³².

³³¹ MUÑAGORRI LAGUIA, I., “La responsabilidad penal...”, *op.cit.*, pág. 382.

³³² Algunos autores han defendido la eficacia de las medidas accesorias: “bastaba con las medidas accesorias del art. 129 CP respecto de la misma y la responsabilidad penal de los administradores culpables para dar una respuesta penal al fenómeno delictual de la persona jurídica” dice CARRETERO SÁNCHEZ, A., en “Aspectos sustantivos y procesales...”, *op.cit.*, pág.4.

Lo que es indudable es que el legislador ha tenido dos ocasiones para despejar las dudas y sistematizar el nuevo sistema de responsabilidad penal, en el año 2010 y en el año 2015, y no lo ha hecho. Dejando abierta una puerta a una interpretación de las medidas accesorias que pudiera suponer una restricción de garantías procesales respecto a las entidades sin personalidad jurídica, y también, como veremos, permitiendo que el régimen del art. 129 CP se extienda frente a las personas jurídicas.

Adicionalmente, como hemos relatado, el Tribunal Supremo en su sentencia número 154/2016 ha clasificado a las personas jurídicas y ha interpretado que existe una categoría a la que no se le puede aplicar la responsabilidad penal, planteando que frente a la misma procede aplicar el régimen del artículo 129 CP. Se trata, como veremos, de las sociedades instrumentales.

En todo caso, debido a lo trascendental que resultan las medidas cautelares en este ámbito, debe reseñarse que la cuestión principal se plantea en la motivación de éstas. El problema de la transferencia del individuo a la entidad se adelanta en la fase cautelar y resulta trascendental. La potencia de las medidas cautelares van a poder condicionar absolutamente la viabilidad de la entidad por lo que se debe exigir al juez de instrucción una especial motivación de su decisión.

Lamentablemente, la regulación es oscura en esta fundamental cuestión y los efectos del art. 129 CP se pueden aplicar en demasiadas situaciones delictivas³³³. En nuestra opinión, la nueva regulación puede provocar incluso una situación de mayor inseguridad que la antigua regulación de las consecuencias accesorias. La naturaleza punitiva de las consecuencias accesorias y el problema de los criterios oscuros de atribución de la responsabilidad a la entidad sin personalidad jurídica³³⁴ que solo exigen que el delito se

³³³ Su régimen se va a aplicar por vía de remisión de algunos tipos delictivos, dentro de los cuales encontramos a los delitos de las asociaciones ilícitas y el crimen organizado, y a las sociedades instrumentales o pantalla. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Tratado de Responsabilidad...*, *op.cit.*, pág. 306-307.

³³⁴ Que no va a requerir que el delito se realice por cuenta y en beneficio, directo o indirecto, de la entidad. A diferencia del régimen del artículo 31 bis CP al que hemos denominado en nuestro trabajo como el primer régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica.

haya cometido en el seno, mediando su colaboración, a través o por medio de la entidad pueden llevarnos a un escenario en que la propia Fiscalía, en su Circular 1/2016, exige una “especial prudencia” para evitar una “inadmisible responsabilidad objetiva”.

Además, en las medidas cautelares también se proyecta la finalidad preventiva³³⁵, la de evitar que se sigan cometiendo delitos y el principal campo de maniobra es inevitablemente la fase de instrucción y la fase determinante es la cautelar.

La aplicación del régimen de las consecuencias accesorias va a requerir un alto grado de prudencia y, coincidimos con la Fiscalía General del Estado (Circular 1/2016), un absoluto respeto al principio de proporcionalidad y una especial motivación, acentuada por su carácter potestativo. Además, no se descarta su utilización en el ámbito de la prevención del delito que exige su paralización inmediata, urgente y rápida que exige actuar antes de la culminación del proceso penal, con la adopción de las medidas cautelares en la fase inicial del procedimiento penal que resultan, como venimos señalando, trascendentales respecto a la persona jurídica.

En nuestra opinión, se ha perdido, a raíz de la reciente modificación en el año 2015 del artículo 31 bis CP, una oportunidad para que se recojan los criterios de imputación de una manera más exhaustiva que en la anterior normativa del artículo 129 CP.

Entendemos que las dificultades prácticas inherentes que este tipo de entidades cumplan con los programas de prevención sean enormes³³⁶. No obstante, la seguridad jurídica requiere del legislador un esfuerzo para determinar también los criterios de este régimen. El Tribunal Supremo en su sentencia núm. 154/2016, de 29 de febrero, fija como criterio el “análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha

³³⁵ Y, ello, a pesar de que en la nueva regulación no exista la mención a la finalidad preventiva de las medidas cautelares que establecían las antiguas consecuencias accesorias. Así, en su contenido anterior el artículo 129 CP, en su apartado tres, recogía que “las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma”.

³³⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Tratado de Responsabilidad...*, *op.cit.*, pág. 310.

sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica”.

En nuestra opinión, es criticable incluir una novedosa apuesta conceptual como el de la responsabilidad de la persona jurídica en el ordenamiento, y que la previsión normativa del artículo 129 CP no establezca un régimen similar al establecido en el artículo 31 bis CP cuando debe complementarla y dotarla de coherencia.

Para finalizar, queremos subrayar que es en el ámbito de las medidas cautelares donde está en juego todo el sistema de la responsabilidad de las personas jurídicas, y la experiencia jurisprudencial de las antiguas medidas accesorias avala que la utilización de las mismas en la fase cautelar ha sido transcendental. Además, debemos advertir, que la aplicación del régimen de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP no es exclusiva para las entidades sin personalidad jurídica, existen remisiones en nuestro ordenamiento jurídico a este régimen en el que se van a incluir también a personas jurídicas ya sea por cometer unas delitos específicos o por aplicárseles una categorización o calificación instrumental.

5. Perspectivas del régimen jurídico de las consecuencias accesorias.

El legislador a pesar de anunciar que iba a crear un sistema integral que pivotase sobre los artículos 31 bis y 129 CP, sirviendo este último de complementario y subsidiario, ha creado dos regímenes jurídicos distintos y ha prorrogado la vida del antiguo régimen de responsabilidad penal al sostener tanto el propio artículo 129 CP como sus consecuencias

accesorias. A pesar de la profunda reforma de esta regulación, las medidas accesorias, con los caracteres de la nueva regulación, siguen vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Las diferencias entre ambas regulaciones se acrecientan por la dependencia con respecto a la persona física en el caso de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP y, por ello, al ser una responsabilidad indirecta queda en el aire el estatus procesal de la entidad sin personalidad jurídica. La regulación de las consecuencias accesorias nos provoca la cuestión de si estamos ante una responsabilidad penal de las entidades sin personalidad jurídica o estamos ante una responsabilidad diferente, es decir, una responsabilidad “no penal”.

El problema se acrecienta porque el legislador, a pesar de la reforma sustancial del contenido del artículo 129 CP, mantuvo la misma denominación como las remisiones a su régimen de ciertos tipos de delitos. Hacemos nuestra la crítica efectuada por GONZÁLEZ TAPIA y creemos que el artículo 129 CP debería haberse suprimido o como señala la autora: “En todo caso, ya que el legislador ha optado por establecer esta especie de cláusula de cierre del sistema, debería haber establecido un régimen jurídico adecuado y completo de las consecuencias accesorias, a partir de la experiencia aplicativa anterior y coherente con lo previsto en el art. 31 bis y concordantes para la responsabilidad penal de las personas jurídicas”³³⁷.

Si se sostiene que las disposiciones previas a la LO 5/2010 también se puede considerar como una responsabilidad penal, no existe ningún obstáculo el afirmar que a través del artículo 129 CP el legislador ha introducido la responsabilidad penal de las entidades sin personalidad jurídica. Las consecuencias para éstas son similares que las penas que se establecen en el artículo 33.7 CP, y el legislador debería haber regulado el régimen procesal de las consecuencias accesorias detalladamente.

³³⁷ GONZÁLEZ TAPIA, M.I, “Las consecuencias accesorias...”, en *Procedimientos operativos...*, *op.cit.*, pág. 66.

Sobre este régimen de garantías GONZÁLEZ TAPIA y ZUGALDÍA ESPINAR³³⁸ señalan que se trata de restricciones de derechos, por lo que la aplicación de las consecuencias accesorias debe contar con todas las garantías que exige este régimen sancionador. Además añaden que después de la reforma del año 2010, “el régimen del art. 129 debe considerarse puramente residual y, en consecuencia, máxime teniendo en cuenta las incógnitas e incoherencias que suscita su regulación, debe realizarse del mismo una interpretación lo más restrictiva posible”³³⁹.

Debemos volver a advertir que podemos estar ante un auténtico atajo para imponer una responsabilidad penal a las entidades sin personalidad jurídica, prácticamente con las mismas sanciones pero sin las garantías procesales y los derechos previstos para la responsabilidad penal del artículo 31 bis CP. Además, deberíamos sumar los problemas que hemos apuntado en torno a la motivación del órgano jurisdiccional para adoptar estas consecuencias accesorias.

Las consecuencias accesorias se pueden convertir en más que un atajo en un gran agujero negro del sistema de responsabilidad si no se establecen las garantías legales y procedimentales en su imposición. Además, su normativa se expande a las personas jurídicas a las que determinados tipos delictivos someten al artículo 129 CP y a las sociedades instrumental o pantalla que el Tribunal Supremo considera fuera de la esfera del marco de la responsabilidad penal.

Por ello, tampoco debemos rehuir la cuestión de la motivación para la imposición de las consecuencias accesorias. Puesto que la exigencia de motivación a la que alude el artículo 129 CP no establece ningún criterio, a diferencia de los criterios que se han venido estableciendo para la responsabilidad penal basada en el artículo 31 bis CP. Por ello,

³³⁸ GONZÁLEZ TAPIA, M.I, “Las consecuencias accesorias...”, en *Procedimientos operativos...*, op.cit., págs. 66-67; Para profundizar al respecto ZUGALDÍA ESPINAR, J.M, *La responsabilidad penal de empresas, y fundaciones y asociaciones. Presupuestos sustantivos y procesales*, Tirant lo Blanch, 2008.

³³⁹ GONZÁLEZ TAPIA, M.I, “Las consecuencias accesorias...”, en *Procedimientos operativos...*, op.cit., págs. 66-67.

GÓMEZ-JARA DÍEZ³⁴⁰ también exige una igualdad en el trato con respecto a la aplicación del artículo 31 bis CP, y sostiene que “la identidad de las sanciones a imponer por vía del art. 129 CP y del art. 31 bis (en relación con el art. 66 bis) y la gravedad de las mismas obligan, cuando menos, a considerar la posibilidad de aplicar requisitos similares de imputación en ambos casos, puesto que una diferencia sustancial de trato encuentra difícil justificación en la mera personalidad jurídica”. Incluso, solicita que los criterios que se establecen en el artículo 66 bis CP se apliquen y se extiendan a la regulación de las consecuencias accesorias, “lo contrario dejaría extremadamente huérfana de criterios de imposición a la nueva regulación del 129 CP constituyendo un ejemplo manifiesto de inseguridad jurídica”.

En consecuencia, en relación a la regulación del artículo 129 CP y la regulación de las consecuencias accesorias queremos subrayar estos aspectos:

- La aplicación de la normativa del artículo 129 CP va a exceder a las entidades sin personalidad jurídica, y como veremos más adelante, van a incluir a determinadas personas jurídicas en situaciones concretas³⁴¹. Abordaremos estas situaciones en los siguientes capítulos de nuestro trabajo.
- No existe definición de entidad sin personalidad jurídica en el Código Penal y, por ello, creemos que se debe considerar como sujeto pasivo al ente con una proyección al exterior diferente a la de sus integrantes y que cuente con un patrimonio propio.
- El concepto de entidades sin personalidad jurídica integra una enorme variedad de entidades con diversas características, algunas de estas entidades son de gran complejidad y están integradas incluso por personas jurídicas, frente a otras con

³⁴⁰ GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., “Sujetos sometidos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas” con BANACLOCHE PALAO, J. y ZARZALEJOS NIETO, J., en *Responsabilidad penal...*, *op.cit*, págs. 59-60.

³⁴¹ Se trata, como hemos señalado, de las personas jurídicas a las que les va a afectar la regulación del artículo 129 CP por la remisión que ciertos y concretos tipos delictivos realizan por su comisión, y la problemática compleja de las sociedades instrumentales, que estudiaremos más adelante.

una extremada simpleza. Las regulaciones que las afectan también pueden ser muy diversas, desde complejas regulaciones mercantiles y registrales a regulaciones civiles sencillas.

- El régimen jurídico previsto para la responsabilidad penal de la persona jurídica en el artículo 31 bis CP y el régimen jurídico para la responsabilidad de las entidades sin personalidad del artículo 129 CP es diferente.
- A pesar de las diferencias, la regulación del artículo 129 CP de consecuencias accesorias integra el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas como una regulación de cierre a aplicar a todas las entidades no previstas en el artículo 31 bis. Por ello, se da una identidad en las sanciones a imponer y en el catálogo de delitos que las personas jurídicas y las entidades sin personalidad pueden cometer.
- En relación a los programas de prevención entendemos que también tienen plena eficacia en el caso de las entidades que carecen de personalidad jurídica³⁴². Sin embargo, la realidad práctica nos va a mostrar que no deja de ser una referencia vacía de contenido. Parece difícil que una entidad que no se ha preocupado por adoptar la personalidad jurídica, independientemente de estos motivos, se haya preocupado de adoptar en el seno de su organización estos programas que permiten eludir la responsabilidad penal.
- En cuanto, conforman la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las previsiones del artículo 31 bis y 129 del CP exigen de la aplicación de los criterios del artículo 66 bis CP³⁴³.

³⁴² GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., “Sujetos sometidos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas” con BANACLOCHE PALAO, J. y ZARZALEJOS NIETO, J., en *Responsabilidad penal...*, *op.cit.*, pág. 59.

³⁴³ GONZÁLEZ TAPIA cree que debe hacerse necesariamente una interpretación analógica para que las normas del artículo 66 bis CP se apliquen a las consecuencias accesorias, GONZÁLEZ TAPIA, M.I., “Las consecuencias accesorias...”, en *Procedimientos operativos...*, *op.cit.*, pág. 67. Y, de la misma opinión es GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., “Sujetos sometidos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas” con BANACLOCHE PALAO, J. y ZARZALEJOS NIETO, J., en *Responsabilidad penal...*, *op.cit.*, pág. 60.

- El tratamiento procesal de las entidades sin personalidad jurídica, su régimen jurídico, debería ser similar al establecido en la responsabilidad penal de la persona jurídica, debiendo tener la entidad los mismos derechos (puesto que tiene las mismas obligaciones) que los que tiene una persona jurídica en el proceso penal conforme al artículo 31 bis CP. Si bien, la casuística propia de los sujetos pasivos a los que se dirige la regulación del artículo 129 puede impedir que no se puedan aplicar exactamente las mismas garantías.

En todo caso, en nuestra opinión, se deben aplicar las normas y principios básicos del procedimiento penal. La entidad afectada por los efectos del art. 129 CP tiene, como mínimo de garantía legal, podrá ejercer el derecho a la defensa, con respeto al principio de contradicción, pudiendo intervenir en el proceso penal nombrando a su letrado y procurador, que ejercerán la defensa en los términos más amplios en la misma posición que las personas físicas durante todo el proceso: en el juicio oral, proponiendo los medios de defensa de sus derechos, interviniendo en las diligencias acordadas, formalizando escritos de defensa, con proposición de pruebas... siempre limitada a la defensa de los derechos de la entidad y con la finalidad de defenderse de los argumentos de la acusación que pretenden que se le atribuyan de las medidas accesorias.

- En cuanto a los requisitos mínimos exigibles a la aplicación de las medidas accesorias debe tenerse en cuenta su potencia devastadora y, por ello, su imposición motivada debe ser restrictivo y justificado. El juzgador debe valorar adecuadamente los bienes jurídicos que se verán afectados por estas medidas, acreedores, trabajadores, actividad de la entidad, proyección social... para hacer el cálculo proporcionado con respecto a la finalidad interdictiva que persiguen las medidas accesorias³⁴⁴.

³⁴⁴ GONZÁLEZ TAPIA, M.I, “Las consecuencias accesorias ...”, en *Procedimientos operativos...*, *op.cit.*, pág. 51.

- Cuando el régimen de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP se aplique por la remisión directa que realizan ciertos tipos delictivos del Código Penal no estamos ante una responsabilidad penal ni de la persona jurídica ni ante una entidad que carece de personalidad jurídica, por tanto, en nuestra opinión, estamos ante una especialidad jurídica que requiere un estudio detallado que abordaremos en el siguiente capítulo.

En todo caso, habrá que estudiar las situaciones concretas y las circunstancias de la entidad sin personalidad para observar las soluciones que se adoptan en la jurisprudencia, aunque lamentablemente, mucho nos tememos que la casuística no sea muy elevada tal y como sucedió con la antigua regulación que el artículo 129 CP contemplaba³⁴⁵.

El ámbito en el que se va a aplicar la regulación del artículo 129 CP con total seguridad, tal y como ha sucedido en el pasado, será la de los delitos relacionados con el crimen organizado y el terrorismo. Y, mucho nos tememos que tratándose de estos temas, en la práctica, la interpretación no va a ser garantista y prudente con respecto a la regulación de las medidas accesorias. La rapidez de respuesta ante este tipo de delitos ha venido exigiendo un ordenamiento flexible para afrontar los graves retos que suponen en los pilares básicos y la regulación más acorde para afrontar este tipo de criminalidad va a ser la regulación del artículo 129 CP, bastante menos garantista, por su inusitada confusión, que la del artículo 31 bis CP.

³⁴⁵ La opinión de la doctrina en torno a la escasísima aplicación del artículo 129 CP y sus medidas accesorias es uniforme, así CAMPANER MUÑOZ señala que “desde la aprobación, en 1.995, del Código Penal vigente, nuestro texto punitivo no ha previsto más que consecuencias accesorias -nunca penas- que el Juez o Tribunal puede imponer, con carácter facultativo, a las personas jurídicas, mas siempre previa declaración de responsabilidad penal de una persona física. Se trata de una previsión, contenida en el artículo 129 CP, que ha tenido una escasísima aplicación en la práctica de nuestros Tribunales”. CAMPANER MUÑOZ, J. “Notas críticas sobre la novedosa regulación del estatuto penal de las empresas en España”, *Revista de Derecho vLex*, núm. 89, 2011, pág.1. De la misma opinión es FARALDO CABANA que subraya que se mantienen los factores que provocaron que el artículo 129 CP no se aplicará en la práctica judicial: “en cualquier caso, de la nueva redacción del art.129 CP no cabe esperar una mayor aplicación de las consecuencias accesorias, pues se mantienen los factores que dieron lugar a su práctica inaplicación desde 1995 a 2010”, señalando como factores más importantes la de la indeterminación de los presupuestos de aplicación del artículo 129 CP así como de sus criterios de para imponer las consecuencias accesorias, además de la previsión de su aplicación sólo en algunos delitos concretos, al desarrollo del contenido de las medidas accesorias. FARALDO CABANA, C., “Irresponsabilidad penal...”, *op.cit*, pág.16.

Evidentemente lo más correcto sería que el legislador reformara las consecuencias accesorias del artículo 129 CP y dotara a su regulación de mayor certeza jurídica, integrándola aún más dentro del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica, o en caso contrario, completara su regulación de forma integral y autónoma para hacerla comprensible.

En todo caso, para finalizar este capítulo, vamos a recordar que la regulación del artículo 129 CP tiene como destinatarios, además de a las entidades sin personalidad jurídica, a personas jurídicas a través de la remisión que determinados tipos delictivos efectúan en el Código Penal. Estamos, a nuestro juicio, ante un tercer régimen de responsabilidad penal que estudiaremos en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO IX.

El tercer régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica: el régimen de consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal por remisión de determinados tipos delictivos.

1. Introducción.

Cuando hemos analizado el estudio de determinados tipos delictivos del Código Penal, hemos podido comprobar que contienen referencias directas al régimen de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP.

Estas remisiones no contemplan ni valoran la cualidad de la entidad que se ve referenciada, independientemente de tener o carecer de personalidad jurídica se les remite al art. 129 CP. Se rompe, por tanto, el esquema legislativo que establece una doble vía para afrontar la responsabilidad penal de las entidades en base a la personalidad jurídica: si la entidad posee personalidad jurídica se dirige a la vía del artículo 31 bis CP y si carece de la misma a la vía del artículo 129 CP.

No obstante, estas remisiones van a provocar que se rompa con este esquema. En ciertos tipos de delitos, las entidades con personalidad jurídica se van a ver avocadas a las disposiciones no previstas específicamente para ellas, y se les aplicará la regulación del art. 129 CP (las consecuencias accesorias).

2. Las remisiones específicas al régimen del artículo 129 CP.

En el estudio de los concretos tipos delictivos que la persona jurídica puede llegar a cometer, nos llamó poderosamente la atención³⁴⁶ la existencia de siete artículos del

³⁴⁶ También analiza el fenómeno FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Tratado de Responsabilidad...*, *op.cit.*, pág. 306-307.

Código Penal con una remisión explícita al artículo 129 CP. En concreto las remisiones de los tipos delictivos al artículo 129 CP que permanecían tras la LO 5/2010, en el elenco de los delitos previstos en el ordenamiento jurídico penal, son las siguientes:

- Los delitos de relativos a la manipulación genética, artículo 162 del Código Penal.
- Delitos relativos a la alteración de precios en concursos y subastas públicas, artículo 262 del Código Penal.
- Delitos societarios, artículo 294 del Código Penal.
- Delitos contra los derechos de los trabajadores, artículo 318 del Código Penal.
- Delitos de falsificación de moneda y efectos timbrados, artículo 386 del Código Penal
- Delitos de asociación ilícita, artículo 520 en relación al artículo 515, ambos del Código Penal.
- Delito de asociaciones o grupos criminales y delitos de terrorismo, artículo 570 quáter del Código Penal.

Todas estas remisiones que efectúan estos tipos delictivos consisten en una alusión directa al artículo 129 CP y no dejan lugar a ninguna duda, como podemos observar:

- a) El artículo 162 CP es el artículo de cierre de los delitos sobre la manipulación genética y prevé que en este tipo de delitos “la autoridad judicial podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”.
- b) El artículo 262 CP, sanciona a los que soliciten dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública; a los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; a los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o a los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la

adjudicación. Y en su apartado segundo se regula que “el juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 si el culpable perteneciere a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”. Es difícil interpretar el sentido del “carácter transitorio” al que se refiere el artículo, quizás quiera decir que se autoriza a aplicar las medidas del artículo 129 CP incluso como medidas cautelares, lo cual no tiene demasiado sentido porque el artículo 129 CP en su apartado tercero establece la posibilidad de adoptar las medidas cautelares por lo que una referencia genérica al artículo debería ser suficiente; o quizás tenga más sentido interpretar la transitoriedad como un adjetivo de la organización que cometa el delito³⁴⁷.

- c) También el artículo 294 CP, que contempla el supuesto en que se impidiese o negase la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, permite a “la autoridad judicial podrá decretar algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código”.
- d) En el caso de que se atribuyeran a las personas jurídica los delitos contra los derechos de los trabajadores también existe una remisión a las medidas accesorias, así el artículo 318 CP autoriza a la autoridad judicial a decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 CP³⁴⁸.
- e) También existe una remisión en los delitos de falsificación de moneda y efectos timbrados del artículo 386 CP, que en su apartado cuatro establece que “si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de

³⁴⁷ Esta segunda interpretación es la que la Fiscalía también viene a defender en su Circular 1/2011, al sostener que “la mención al eventual carácter transitorio de las mismas, parece apelar también a otras realidades de naturaleza más fáctica que jurídica”, Circular 1/2011, pág. 57.

³⁴⁸ El estudio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación a los delitos sobre los derechos de los trabajadores va a llevar FARALDO CABANA a abordar un profundo estudio sobre las consecuencias de la remisión que se realiza al artículo 129 CP y sus efectos. Si bien el estudio se centra en el contenido del artículo 318 CP, sus opiniones son extrapolables al resto de tipos delictivos que realizan la remisión al artículo 129 CP. FARALDO CABANA, C., “Irresponsabilidad penal...”, *op.cit.*, págs. 1-22.

carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código”.

Sin embargo, este artículo ha sufrido una modificación importante a raíz de la reforma del año 2015 del Código Penal. Al contenido del artículo 386 CP se le ha incorporado un nuevo apartado que realiza otra remisión. Desde la reforma de la LO 1/2015, el artículo 386 CP cuenta con un quinto apartado que establece también una remisión directa de la aplicabilidad del régimen del artículo 31 bis CP³⁴⁹.

Por tanto, en este artículo se han previsto dos remisiones, la primera, al artículo 129 CP y, la segunda, al artículo 31 bis CP. No entendemos el sentido de incorporar ambas remisiones, con la simple remisión al régimen del art. 31 bis CP si la entidad careciera de personalidad jurídica entraría en juego el régimen de las consecuencias accesorias, sin ninguna especialidad con respecto al sistema de dos vías que establece ordinariamente el legislador.

En el caso de que una persona cometa un delito de falsificación de moneda y efectos timbrados del artículo 386 CP, se le aplicará la regulación ordinaria prevista en el artículo 31 bis y en el artículo 33.7, ambos del Código Penal, con sus penas y sus medidas cautelares. En el caso de que la entidad no tenga personalidad jurídica, se le aplicará el régimen previsto en el artículo 129 CP, con sus sanciones y sus medidas cautelares.

³⁴⁹ Las remisiones del artículo 386 CP son las establecidas en los apartados 4 y 5, que establecen:

“4. Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código.

5. Cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los anteriores delitos, se le impondrá la pena de multa del triple al décuplo del valor aparente de la moneda”.

Por ello, el artículo 386 CP forma parte del catálogo de delitos que la persona jurídica puede cometer. Y, en tal caso, afrontará un proceso penal en el que se le exigirá la responsabilidad penal. Por lo que procede dejar de tratar a esta regulación como una especialidad e incluir la concreta conducta delictiva dentro del catálogo de los delitos que la persona jurídica puede cometer. Por tanto, procede excluir a este delito de este régimen que estamos estudiando y remitirlo o bien al régimen ordinario del artículo 31 bis CP o al régimen del 129 CP que hemos analizado.

Y, por último, queremos señalar que las dos últimas remisiones, las del artículo 520 y 570 quáter CP, relacionadas ambas con delitos gravísimos constituyen, en nuestra opinión, una normativa diferente a éste. Por lo que, vamos a estudiar sus disposiciones en el siguiente capítulo referente al cuarto régimen jurídico de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

3. El debate sobre el régimen jurídico aplicable a las remisiones del art. 129 CP.

Debemos recordar que estas remisiones directas al artículo 129 CP eran remisiones absolutamente coherentes antes de la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el año 2010. La antigua redacción del artículo 129 CP preveía sus consecuencias accesorias sobre todo tipo de personas extraindividuales con o sin personalidad jurídica.

Por tanto, el problema surge con la nueva redacción del artículo 129 CP. El nuevo diseño legislativo que se adoptó con la incorporación de la especial responsabilidad penal de la persona jurídica diferenció entre personas jurídicas válidamente constituidas y persona jurídica sin personalidad jurídica.

La introducción del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, nos lleva a preguntarnos si es posible interpretar que la remisión que se realiza en estos artículos es una referencia genérica a la responsabilidad penal. Y, por tanto, se puede

llegar a interpretar que cuando la persona jurídica implicada sea una entidad carente de personalidad jurídica se aplicará la remisión al artículo 129 CP, y, por el cambio, cuando se trate de una persona jurídica debemos entender que la remisión se realiza al artículo 31 bis CP. O, al contrario, también a las personas jurídicas se les va a aplicar la regulación del art. 129 CP, independientemente de su condición de persona jurídica, haciendo caso omiso al sistema ordinario de responsabilidad penal instaurado en el año 2010.

Las opciones interpretativas de las remisiones de estos artículos al artículo 129 CP nos llevan, inexorablemente, a un debate intenso, con una disyuntiva entre dos opciones distintas:

3.1 Las remisiones se reconducen al sistema ordinario de responsabilidad.

La primera opción que se nos plantea es la de considerar que la remisión no surte efecto alguno. El diseño de la responsabilidad penal de la persona jurídica ha anulado la virtualidad y la operatividad del artículo 129 CP y las remisiones que recibe son frutos de errores del legislador, quien olvidó que el contenido del artículo 129 CP había sufrido una modificación sustancial y, por ello, las remisiones tenían como destinatario el contenido del viejo artículo 129 CP del año 1995, que no existe en la actualidad.

La redacción de los tipos penales es anterior a la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica a través de la LO 5/2010, por lo que la remisión puede entenderse realizada al sistema ordinario de responsabilidad, así:

- Si la persona jurídica carece de personalidad jurídica se le aplica el régimen de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP.
- Si la persona jurídica tiene personalidad jurídica se le aplicaría el régimen del artículo 31 bis CP.

La ventaja de esta interpretación es que el régimen ordinario del artículo 31 bis CP ofrece mayores garantías para la persona jurídica por lo que en términos generales puede ser un régimen más favorable para la entidad. Reforzándose esta interpretación con la sentencia

154/2016 del Tribunal Supremo que permite a la persona jurídica eludir la responsabilidad penal con la adopción de los programas de cumplimiento.

Sin embargo, esta ventaja pudiera derivar en contrariedad en el plano hipotético, puesto que podría suceder que el régimen de las consecuencias accesorias fuera más favorable a la persona jurídica. En el proceso penal puede no llegar a condenarse a una persona física como responsable del delito y, en este caso, sería imposible que se impusiera a la persona jurídica alguna consecuencia accesoria. En cambio, en el régimen de la responsabilidad penal del artículo 31 bis CP la responsabilidad de la persona jurídica es autónoma e independiente de la persona física, por lo que en el mismo supuesto pudiera ser condenada penalmente, llegando a ser este último régimen más desfavorable para la persona jurídica. Además, no debemos olvidar que, independientemente de la condena de la persona física, las consecuencias accesorias son potestativas a diferencia de las penas del artículo 33.7 del CP, por la que pudiera suceder que no se impusieran a la persona jurídica. Por todo ello, no es evidente que la aplicación del régimen del art. 31 bis CP sea la interpretación más favorable para los intereses de la persona jurídica. En todo caso, el principio de legalidad imposibilita esta interpretación, la literalidad de la remisiones son absolutamente concretas y que no dan margen a esta interpretación.

Además, al no existir previsión normativa es imposible encauzar las remisiones expresas al art. 129 CP hacia el art. 31 bis CP, alegando la existencia de un error o intentado dotar de coherencia al sistema. No obstante, existe una argumentación que interpreta que las referencias que estos artículos del Código Penal realizan al artículo 129 CP no se aplican a las personas jurídicas, desplegando sus efectos exclusivamente sobre las entidades que carecen de personalidad. El planteamiento pasa por entender que las remisiones al art. 129 CP se han mantenido por un error material del legislador y, por ello, que las remisiones al actual contenido del 129 CP no tienen efectos prácticos. Es la posición que la mayoría de la doctrina defiende BACIGALUPO SAGGESE, DOPICO GÓMEZ-ALLER y FUENTE HONRUBIA, entre otros³⁵⁰.

³⁵⁰ BACIGALUPO SAGGESE, S., “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)”, *DLL* núm.7541, 5 de enero de 2011, págs.

Sin embargo, el problema de esta interpretación es que vaciamos por completo su contenido. Si la remisión a las consecuencias accesorias solo despliega sus efectos en relación a las entidades que carezcan de personalidad jurídica, es decir, no se aplica a las personas jurídicas, *stricto sensu*, no podemos interpretar que se aplica automáticamente el régimen del artículo 31 bis CP, porque sencillamente no se ha previsto legalmente. Si entendemos que no es un régimen especial, en aplicación del principio de legalidad, las personas jurídicas quedarían exentas de responsabilidad penal al no existir una previsión normativa concreta en estos tipos delitos se han incorporado al catálogo que permite la exigencia de la responsabilidad penal.

Está es también la posición que mantiene la Fiscalía General del Estado en su conocida Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del código penal efectuada por LO 5/2010. Las remisiones al art. 129 CP también sorprenden a la Fiscalía, que opina que después de la introducción en el año 2010 de la nueva normativa por coherencia deberían realizarse al artículo 31 bis CP. Y, “sin embargo remite únicamente a las medidas de imposición facultativa del 129” (Circular 1/2011).

Por ello, la Fiscalía constata que se produce “una antinomia normativa a resultas de la cual, es posible en estos casos soslayar la aplicación del artículo 31 bis del Código Penal – y por consiguiente, sus requisitos materiales- de modo que, si bien las respectivas normas sí contemplan la responsabilidad de las personas jurídicas, las medidas a imponer son las del artículo 129, sin que esté prevista su extensión concreta en cada supuesto y resultando su imposición facultativa” (Circular 1/2011).

27-28; DOPICO GÓMEZ-ALLER en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010, págs. 23-24; FUENTE HONRUBIA, F. de la, “Las consecuencias accesorias del art. 129 del código penal”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 164 y 166.; Como recoge FARALDO CABANA, C., “Irresponsabilidad penal de la empresa ..., *op.cit.*, págs. 8-9.

Para la Fiscalía la solución pasa porque el legislador aclare las dudas creadas corrigiendo estas remisiones por tratarse de un “problema de sistemática interna”. Con la reforma operada mediante la LO 1/2015 el legislador ha atendido la petición de la doctrina y la Fiscalía, aunque sea parcialmente, y ha incorporado los delitos de falsificación de moneda y efectos timbrados del artículo 386 CP en el elenco de delitos por los que se va a exigir la responsabilidad a la persona jurídica³⁵¹.

3.2. *Se trata de un régimen especial.*

La segunda opción es la de considerar que el legislador ha previsto en estos tipos delictivos concretos un régimen especial. El legislador conscientemente impone la regulación del artículo 129 CP, además de a las entidades carentes de personalidad jurídica, a ciertas personas jurídicas que han cometido estos delitos concretos.

El legislador por motivos que no ha explicitado ha preferido dirigir la punibilidad hacia el régimen del artículo 129 CP en vez de dirigirlo al artículo 31 bis y el 33.7 CP³⁵². Así, el régimen de las medidas accesorias se aplicaría a las entidades sin personalidad jurídica y también a las personas jurídicas válidamente constituidas que hubieran cometido estos delitos concretos.

Para FARALDO CABANA es posible mantener esta posición sobre la base de que la remisión del legislador no obedece a un error o descoordinación normativa sino a las especialidades propias de los tipos delictivos y, que por tanto, es una remisión consciente a la redacción actual del artículo 129 CP³⁵³. En otro caso, las remisiones serían inválidas y en aplicación del principio de legalidad no se podría exigir ninguna responsabilidad penal a las personas jurídicas por la comisión de estos delitos.

³⁵¹ Al haberse previsto expresamente en el apartado quinto del artículo 386 CP.

³⁵² Como señala GONZÁLEZ TAPIA “no se vislumbra el argumento político-criminal que justifique la remisión en estos supuestos al art. 129 y no al art. 31 bis”. GONZÁLEZ TAPIA, M.I., “Las consecuencias accesorias...”, en *Procedimientos operativos...*, *op.cit.*, pág. 59.

³⁵³ FARALDO CABANA, C., “Irresponsabilidad penal de la empresa...”, *op.cit.*, pág. 9.

Sin embargo, esta interpretación se enfrenta al diseño legislativo de la responsabilidad penal de la persona jurídica instaurada en el año 2010: el artículo 129 CP contempla la responsabilidad de las entidades que carecen de personalidad como un complemento de la responsabilidad penal instaurada en el artículo 31 bis y 33.7 del CP. Por ello, el sostener que se trata de un régimen especial conlleva un problema relacionado con la configuración del artículo 129 CP a partir del año 2010.

La cuestión es si la propia regulación del artículo 129 CP puede permitir albergar la remisión y aplicarse sobre las personas jurídicas. Parece que la oscura redacción del artículo 129 CP permite sostener que su regulación también se puede aplicar a las personas jurídicas³⁵⁴. En todo caso, la regulación del artículo 129 CP, en su apartado segundo, establece la aplicación de su contenido “cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas”, es decir, son dos las posibilidades de entrada: la primera, la previsión expresa de algún tipo delictivo y, la segunda, que el delito haya previsto su inclusión en el catálogo de los delitos que la persona jurídica puede cometer.

Por tanto, el legislador en el artículo 129 CP también ha previsto alternativamente la remisión directa del Código Penal a su regulación y, en nuestra opinión, es fruto de que es una decisión sistemática plenamente consciente de crear o mantener en el ordenamiento jurídico penal las remisiones al artículo 129 CP y a su régimen jurídico³⁵⁵.

³⁵⁴ FARALDO CABANA mantiene que la redacción del artículo 129 CP puede albergar este contenido “el confuso tenor literal de la redacción del art. 129.1 CP, pues no está claro si las “empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones” deben carecer de personalidad jurídica para que se les apliquen consecuencias accesorias o si, por el contrario, quien debe carecer de personalidad jurídica es únicamente “cualquier otra clase de entidades o agrupaciones”. FARALDO CABANA, C., “Irresponsabilidad penal de la empresa...”, *op.cit.*, pág. 9.

³⁵⁵ Quizás la motivación pueda venir de las remisiones al artículo 129 CP de los delitos del artículo 520 y 570 quáter CP (que abordaremos en el siguiente capítulo). Se trata de tipos delictivos muy graves y, por tanto, su régimen jurídico resulta esencial en la lucha contra la corrupción, narcotráfico, el terrorismo y, en general, contra la lucha contra la delincuencia organizada. Las especialidades de estos delitos y la necesidad de dotarse de herramientas ágiles contra estos fenómenos puede ser la razón del manteamiento de la remisión al régimen de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP. No debemos olvidar que, en el pasado, las consecuencias accesorias se desplegaron sobre todo contra los delitos de terrorismo. Sin

Ante las dos opciones que se nos presentan, en nuestra opinión, el legislador debería haber eliminado estas referencias al artículo 129 CP previendo simplemente la responsabilidad penal de las personas jurídicas en estos tipos delictivos concretos. El artículo 129 CP no se debería aplicar a las personas jurídicas (con personalidad jurídica) que cometen un delito, la normativa aplicable debe ser la del artículo 31 bis CP, obligatoriamente.

Para ello, es absolutamente necesario que el legislador corrija esta situación como también solicita la Fiscalía en su Circular 1/2011. Lamentablemente, se ha dejado pasar una buena oportunidad en la reforma del Código Penal que se ha realizado mediante la LO 1/2015, que además de enmendar la regulación prevista para los delitos de falsificación de monedas y efectos timbrados del artículo 386 CP, debería también incorporar a los restantes tipos delictivos al régimen ordinario de responsabilidad penal de la persona jurídica.

Sin embargo, el legislador no ha procedido a materializar tal petición. Y, existen unos datos significativos que nos hacen concluir que las remisiones conforman un régimen especial de responsabilidad que se va a aplicar a las personas jurídicas. Uno de estos datos es que en los delitos contra la salud pública, artículo 366 del Código Penal, el legislador del 2015 ha modificado la remisión al 129 CP para incorporar este tipo delictivo al catálogo de delitos que puede cometer la persona jurídica, por lo que el régimen será el ordinario previsto en el artículo 31 bis CP y solo en el caso que la entidad carezca de personalidad jurídica se le podrá aplicar el régimen del artículo 129 CP.

Este es un dato significativo, el texto original del artículo 366 CP decía:

“En el caso de los artículos anteriores, se podrá imponer la medida de clausura del establecimiento, fábrica, laboratorio o local por tiempo de hasta cinco años, y en los supuestos de extrema gravedad podrá decretarse el cierre definitivo conforme a lo previsto en el artículo 129”.

embargo, esa motivación no tiene sentido en las remisiones que estamos abordando en el presente capítulo de nuestro trabajo.

Y, el texto actual tras la reforma operada a través de la LO 1/2015 dice:

“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los artículos anteriores de este Capítulo, se le impondrá una pena de multa de uno a tres años, o del doble al quíntuplo del valor de las sustancias y productos a que se refieren los artículos 359 y siguientes, o del beneficio que se hubiera obtenido o podido obtener, aplicándose la cantidad que resulte más elevada. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

Esta modificación del artículo citado para incorporarlo al régimen ordinario de responsabilidad es, en nuestra opinión, un síntoma de que el legislador ha mantenido las remisiones señaladas siendo consciente de que remite a la persona jurídica a un régimen jurídico distinto al del artículo 31 bis CP.

Otro dato significativo es la incorporación del artículo 570 quáter CP, que estudiaremos en el siguiente capítulo, en el que se contiene también la remisión al régimen de las medidas accesorias del artículo 129 CP. La incorporación de este artículo con esta remisión se realiza a través de la misma ley que incorporó la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es decir, a través de la propia LO 5/2010, que previó en su sistema de responsabilidad esta especialidad³⁵⁶.

Además, el legislador ha tenido, y tiene, la posibilidad de enmendar y redirigir todas las remisiones al art. 129 CP. Y, sin embargo, sólo modifica este tipo penal y el artículo 386 CP, que hemos mencionado, lo que parece indicar que en lo relativo al resto de remisiones al art. 129 CP estamos ante un régimen especial para las personas jurídicas.

3.3. *El Tribunal Supremo establece el criterio.*

Afortunadamente disponemos de un criterio judicial claro en torno a esta cuestión, el Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, pudo pronunciarse en parte sobre esta

³⁵⁶ Por tanto, no todas las remisiones son fruto de las pasadas remisiones a la vieja regulación del art. 129 CP. El legislador conscientemente en el mismo momento y en la misma norma jurídica que aprobaba la responsabilidad penal de la persona jurídica establecía esta especialidad.

materia, en concreto en la sentencia 121/2017, de 23 de febrero de 2017, aclarando algunas dudas que se nos plantean.

El supuesto de hecho se encuadraba dentro de un delito contra los derechos de los trabajadores, por ello en el proceso penal participa como acusador particular la Tesorería General de la Seguridad Social. El procedimiento abreviado condenó al administrador de la persona jurídica por un delito contra los derechos de los trabajadores y a la persona jurídica como responsable civil subsidiaria. Esta responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica giraba sobre la obligación de indemnizar a la Tesorería General de la Seguridad Social en la cantidad que se determinase en la ejecución de la sentencia por el “importe de las cuotas dejadas de ingresar por el encausado en la Seguridad Social por las nueve trabajadoras a su servicio hasta la fecha de inspección”.

Se trata de un delito contra los trabajadores dentro del marco del artículo 318 CP donde se contempla una remisión explícita las medidas o consecuencias accesorias del artículo 129 CP.

El origen del procedimiento es una sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra que va a ser recurrida en casación por el acusado, y entre los motivos del recurso presentado, aduce que se ha producido un quebrantamiento de forma³⁵⁷ por cuanto que la mercantil (persona jurídica) condenada como responsable civil subsidiario “no ha sido acusada y cuando, ni siquiera ha sido citada ni traída al procedimiento”.

En cambio, el Ministerio Fiscal alegaba denunció a la persona jurídica y que en su escrito de acusación además de dirigirse al administrador físico precisó que se solicitaba la responsabilidad civil subsidiaria frente a la entidad. Por este motivo el Tribunal Supremo

³⁵⁷ El quebrantamiento de forma aludido por el acusado está previsto en el artículo 850.2 LECRim que establece que: “el recurso de casación podrá interponerse por quebrantamiento de forma: Cuando se haya omitido la citación del procesado, la del responsable civil subsidiario, la de la parte acusadora o la del actor civil para su comparecencia en el acto del juicio oral, a no ser que estas partes hubiesen comparecido en tiempo y forma, dándose por citadas”.

entiende que la persona jurídica de la que el acusado era administrador único sí compareció en el proceso confundiendo la figura del administrador único y la persona jurídica, actuando este último en nombre de las dos, rechazando el recurso presentado.

Además, el acusado formuló otro motivo de casación, por entender que en la sentencia no se había resuelto la circunstancia de que la persona jurídica “no haya sido acusada como entidad obligada a cursar el alta de las personas consideradas trabajadoras, los hechos y la responsabilidad por tal omisión. Y se llama la atención sobre que fue a dicha mercantil, y no al recurrente como administrador de la misma, a la que sancionó la inspección de trabajo por la falta de alta de las trabajadoras”. Es decir, el recurrente entiende que se ha condenado a la persona jurídica como si lo hubiera sido por “responsabilidad penal” y, sin embargo, no se ha aplicado el régimen de garantías del art. 31 bis del CP.

El Tribunal Supremo va a determinar que esta remisión no supone la aplicación en estos tipos delictivos de la responsabilidad penal de la persona jurídica, es decir, la persona jurídica no va a poder cometer delito alguno en referencia a los tipos delictivos señalados que realizan una remisión al artículo 129 CP. Es por ello imposible tratar sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica en este caso concreto, por tratarse de un delito no incluido en el catálogo puesto que exclusivamente incluye una remisión al art. 129 CP. Sin embargo, no quiere decir que estemos ante una situación en que la persona jurídica no tenga responsabilidad, como bien acredita esta sentencia su responsabilidad es patrimonial o civil.

Las conclusiones son taxativas: “la entidad (...) SL. no puede ser acusada por este delito a tenor del art. 31 bis CP . El art. 318 no se remite al art. 31 bis. Lo que hace - mediante una cláusula que está vigente desde la LO 11/2003 y por ello con anterioridad a que se implantase la responsabilidad penal de las personas jurídicas por LO 5/2010- es permitir la atribución de la pena en tales casos a los administradores”.

No obstante, para el Tribunal la existencia de una descoordinación legislativa sería la más razonable explicación de la remisión que realizan estos tipos delictivos al artículo 129. El Tribunal Supremo no comparte la posición de poder entender esta remisión como realizada a la instauración a la responsabilidad penal en estos supuestos concretos, y con

razón hace suya la crítica de la doctrina por no incluir estos delitos dentro del marco del artículo 31 bis CP³⁵⁸, lo cual debería hacerse mediante la oportuna reforma legislativa.

Por lo tanto, ha quedado claro que las remisiones al artículo 129 CP no van a permitir el proceso contra las personas jurídicas por responsabilidad penal, pero quedaría por aclarar el contenido de la remisión. Es decir, si la remisión efectuada va a permitir aplicar las consecuencias accesorias sobre la persona jurídica, en este caso una sociedad limitada válidamente constituida e inscrita en el Registro Mercantil, o en cambio estas remisiones están absolutamente vacías de contenido.

El Tribunal Supremo a pesar de que alude a que la remisión obedece al diseño legal anterior a la instauración de la responsabilidad penal de la persona jurídica, va a proclamar que es posible además de “la atribución de la pena en tales casos a los administradores” la imposición de “alguna de las medidas del art. 129 CP a la persona jurídica; pero ésta no puede ser acusada como responsable penal”. Es decir, a las personas jurídicas incurso en un proceso penal por algún delito concreto del Código Penal que realizan una remisión, tengan o carezcan de personalidad jurídica, van a verse sometidos al régimen de consecuencias accesorias del artículo 129 CP, que, por tanto, en estos supuestos deja de ser un régimen subsidiario y sólo para las entidades carentes de personalidad jurídica.

Esta decisión va a provocar todavía mayor inseguridad al sistema de la responsabilidad penal de la persona jurídica, puesto que permite que a la persona jurídica, en determinados y concretos tipos delictivos, se le va a aplicar el régimen de responsabilidad penal especial y su régimen de medidas cautelares al que nos hemos referido en el capítulo anterior.

³⁵⁸ El Tribunal Supremo en su sentencia núm. 121/2017, de 23 de febrero de 2017 alude directamente a que “de hecho, ha sido frecuente la crítica doctrinal sobre la no inclusión de los delitos contra los derechos de los trabajadores en el listado de delitos en los que cabe opere el art. 31 bis”.

4. Efectos de las remisiones al artículo 129 CP.

Las remisiones directas al artículo 129 CP configuran un régimen especial con respecto a las personas jurídicas que van a afrontar los efectos de un proceso penal distinto al diseñado en el art. 31 bis CP que ha instaurado la responsabilidad penal de las personas jurídicas y sus característicos programas de cumplimiento.

La premisa básica para activar este régimen por el que una persona jurídica válidamente constituida va a ser sometida a un proceso penal, parte de que, en primer lugar, el delito contemple una remisión de la persona jurídica a este régimen. Sucede lo mismo con los entes supraindividuales sin personalidad jurídica, habrá de estarse al mismo catálogo de delitos que realizan la remisión al art. 129 CP. Los únicos tipos delictivos que pueden hacer surtir los efectos previstos son³⁵⁹: los delitos de manipulación genética, los delitos de corrupción de una subasta o concurso, el delito de impedir la supervisión administrativa cuando sea una obligación administrativa y los delitos contra los trabajadores.

En segundo lugar, el régimen jurídico que se va a aplicar a todas las entidades, independientemente de tener o carecer de personalidad jurídica es el del artículo 129 CP.

En el proceso penal no va a exigirles una responsabilidad penal, puesto que estos tipos delictivos no están en el catálogo de delitos que las personas jurídicas pueden cometer. En realidad, como hemos comprobado en el capítulo anterior, van a afrontar unas consecuencias sancionadoras prácticamente idénticas pero en el marco del artículo 129 CP, independientemente de que el legislador haya reformado este último artículo y su regulación para encajarlo a la responsabilidad penal de las entidades sin personalidad jurídica.

³⁵⁹ Queremos recordar que existen otras dos remisiones al artículo 129 CP dentro de los tipos delictivos regulados en el Código Penal, pero por su especialidad la estudiaremos en el siguiente capítulo.

El régimen jurídico del art. 129 CP se aplicará íntegramente y, como hemos comprobado en el capítulo anterior, adolece de un régimen jurídico de garantías similar al art. 31 bis CP. Y, lo mismo sucede con respecto a las medidas cautelares.

Por ello, las remisiones al artículo 129 CP, se van a convertir, por aplicación de las normas propias de éste régimen, en otra vía por que la persona jurídica afronte las obligaciones y consecuencias de un proceso penal. Es decir, se amplía el catálogo de delitos por los que las personas jurídicas asumen responsabilidades en el marco penal. Además, esta situación provoca problemas específicos puesto que, en todo caso, existen dos posibilidades:

- a) Que la entidad carezca de personalidad jurídica, por lo tanto, sin absolutamente ningún problema ni incoherencia se le va a aplicar el régimen jurídico de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP; un régimen que en todo caso se le hubiera aplicado por su carencia de personalidad jurídica. Simplemente se ha ampliado el catálogo de delitos por los que pueden exigirse las consecuencias accesorias.
- b) En cambio si se trata de personas jurídicas, con personalidad jurídica, se van a ver sometidos al régimen del artículo 129 CP, y si bien no van a afrontar un proceso en el que se les exija la responsabilidad penal, puesto que estos tipos delictivos no están en el catálogo de delitos que las personas jurídicas pueden cometer, si una responsabilidad accesoria muy similar pero fuera de las reglas del juego del art. 31 bis CP:

En definitiva, el legislador instaura otro sendero en el espeso bosque de la responsabilidad penal, que además de estupefacción, provoca una inseguridad jurídica evidente³⁶⁰ debido a

³⁶⁰ GONZÁLEZ TAPIA que señala que la remisión al régimen del artículo 129 CP lo es a un régimen incompleto “resultando una clara antinomia normativa de difícil solución y explicación”. GONZÁLEZ TAPIA, M.I, “Las consecuencias accesorias...”, en *Procedimientos operativos...*, *op.cit*, pág. 59.

que el régimen jurídico del art. 129 CP no despliega las mismas garantías que las que ha previsto el art. 31 bis y siguientes del CP.

5. Las especialidades del régimen del art. 129 CP cuando se aplica a las personas jurídicas.

Como hemos podido comprobar, las remisiones de estos tipos delictivos implican que las disposiciones del artículo 129 CP además de servir para juzgar específicamente a las entidades sin personalidad jurídica también puede ser utilizado para encausar a todo tipo de personas jurídicas. En el supuesto de las entidades sin personalidad jurídica su régimen no presenta especialidades, que será el mismo que el que hemos expuesto en el capítulo anterior pero ampliado a estos tipos delictivos concretos.

En cambio, en lo que se refiere a la persona jurídica en sentido estricto, debemos estudiar el impacto que tiene aplicar las normas regulatorias del modelo diseñado en el artículo 129 CP de consecuencias o medidas accesorias sobre la persona jurídica. Puesto que, en un principio este régimen no ha previsto a partir del año 2010 que pudiera afectar a las personas jurídicas.

Ha de tenerse en cuenta que, en todo caso, la remisión que se realiza y que confirma el Tribunal Supremo en su sentencia 121/2017, de 23 de febrero de 2017, no es una remisión a la antigua redacción del artículo 129 CP. La referencia, en todo caso, se realiza con respecto al actual artículo 129 CP que regula las medidas accesorias. Es decir, al quedar renovado o sustancialmente reformado el contenido del artículo 129 CP desde el momento que se incorporó la responsabilidad penal de la persona jurídica, la referencia al régimen punitivo del artículo es muy similar al régimen establecido en el artículo 31 bis CP, y por ejemplo, no existe ninguna medida cautelar específica más allá de las previsiones ordinarias establecidas en el artículo 129.3 CP que son las que establecen las tres medidas consistentes en la de clausura temporal de local o establecimiento, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial.

Sin embargo, como elemento diferenciador principal debemos subrayar que en el caso de la persona jurídica, el régimen jurídico del art. 129 CP va a requerir la condena de, por lo menos, una persona física para poder imponer una consecuencia accesoria a la persona jurídica. Las sanciones que se podrán imponer, motivadamente, exigen en paralelo la condena de la persona física.

Además, en este régimen, las consecuencias accesorias que se pueden imponer a las personas jurídicas son facultativas. El juez tendrá la opción de imponer la sanción a la persona jurídica tras la condena de, por lo menos, una persona física, sin embargo, puede suceder que no impongan ninguna sanción, a diferencia de lo que sucede en el régimen del art. 31 bis CP.

En relación a las sanciones que pueden imponerse a la persona jurídica nos encontramos con que a diferencia del art. 33.7 CP, ni la sanción de disolución ni tampoco la sanción de la multa han sido previstas en el art. 129 CP y, por tanto, no pueden ser impuestas.

El mayor problema se deriva en relación a la pena de multa, porque, recordemos, es la sanción por excelencia que se debe aplicar a las personas jurídicas en el ámbito de la responsabilidad penal³⁶¹ y, además, es la más habitual porque, el resto de sanciones tienen un carácter preventivo penal. Sin embargo, al no estar prevista en el artículo 129 CP y, en base al principio de legalidad, no va a poder ser impuesta, por lo que habrá que plantearse la vía de la responsabilidad civil³⁶² si se pretende que exista algún tipo de responsabilidad económica sobre la persona jurídica, puesto que en la actualidad no existe la previsión del antiguo artículo 31 CP que, en su apartado segundo, estipulaba que si se imponía 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.

En relación a la disolución, tampoco se encuentra dentro del catálogo de sanciones previstos en el artículo 129 CP, sin embargo, su impacto no va ser tan intenso porque la regulación de las medidas accesorias estipulan la posibilidad de acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita, lo cual llevará

³⁶¹ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Las penas de las personas jurídicas”, *Diario La Ley*, núm. 7920, 2012, La Ley, págs. 2-3.

³⁶² DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias...*, *op.cit.*, págs. 281-301.

inexorablemente a la entidad a la disolución, primero de facto, y, posteriormente, jurídica en aplicación de las normas civiles y mercantiles que no permiten la inactividad sostenida.

Sin embargo, también existen rasgos comunes entre el régimen del art. 31 bis CP y el régimen del art. 129 CP, las sanciones previstas son similares, salvo la no previsión de la sanción de multa y disolución de la entidad, también se aplican las reglas y criterios establecidos en el artículo 66 bis del Código Penal. Y, ambas regulaciones, tienen las mismas disposiciones relativas a las medidas cautelares³⁶³.

En todo caso, se nos presentan dos grandes cuestiones a la vista de las diferencias básicas de ambos sistemas, ambas relativas a las entidades con personalidad jurídica. La primera, es la relativa al derecho a la defensa, en el proceso penal que va tener la persona jurídica en este régimen, y, en concreto, en el trámite de las medidas cautelares. Y, la segunda, es la relativa a los criterios de atribución que se van a utilizar frente a la persona jurídica, y, en concreto, que papel van a jugar los programas de cumplimiento previstos en el art. 31 bis.

5.1. *Estatus procesal de las entidades sometidas a este régimen.*

En relación a la primera cuestión, se nos plantea el problema del estatus que va a tener la persona jurídica en el proceso penal, puesto que en ningún caso, al no ser responsable penal, va a tener el estatus de encausado, investigado o imputado en el proceso penal.

El derecho a la defensa instaurado en el art. 24.2 CE, a nuestro entender, favorece que la persona jurídica pueda personarse y ejercer su defensa en relación a las consecuencias que hipotéticamente se le pueden imponer en aplicación del art. 129 CP³⁶⁴. Se podría plantear

³⁶³ OUBIÑA BARBOLLA, S., “Responsabilidad penal de la persona jurídica: penas y circunstancias modificativas” en MORENO CATENA, V. (dir.) *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal. 25 y 26 de abril de 2013*, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 341-342.

³⁶⁴ Hacemos nuestra la opinión de SERRANO ZARAGOZA: “el hecho de que una persona sea sujeto pasivo de un proceso penal le coloca en una relación muy singular con el poder público, que exige reconocerle justamente una serie de derechos y garantías sin las cuáles no estarían legitimados ni la persecución ni el posterior castigo”. SERRANO ZARAGOZA, O., “Contenido y límites del derecho a la no

que basta con permitir actuar a la entidad en la posición procesal del responsable civil. Sin embargo, su posición jurídica, a nuestro juicio, debe ser más firme y debe poder ejercer su defensa junto con la persona física encausada. No debemos olvidar que se pueden imponer sanciones a la entidad que obligan a permitirle a defenderse de tan graves consecuencias. El Tribunal Supremo en sentencia 480/2009, de 22 de mayo, confirmó, si bien referente a las medidas accesorias del año 1995, que la entidad afectada por los efectos del artículo 129 CP tiene el derecho a ejercer la defensa³⁶⁵ en el procedimiento penal, con respeto al principio de contradicción, aunque siempre limitada a la defensa de los derechos de la entidad y con la finalidad de defenderse de los argumentos de la acusación que pretenden que se le atribuyan de las medidas accesorias³⁶⁶.

En torno a las medidas cautelares, debemos decir que la persona jurídica tiene los mismos derechos que las entidades que carecen de personalidad a participar en la audiencia en donde se discutirá si procede acordar medidas en su contra. Todo ello, en nuestra opinión, con un procedimiento idéntico que el que se establece para la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el artículo 31 bis CP, con sus mismos problemas y garantías. Las medidas cautelares que se han previsto en el régimen de las consecuencias accesorias son idénticas y su régimen de imposición no presenta ninguna especialidad³⁶⁷.

5.2. *Los criterios de atribución de la responsabilidad.*

autoincriminación de las personas jurídicas en tanto sujetos pasivos del proceso penal”, Diario La Ley, núm. 8415, 2014, La Ley, pág. 1.

³⁶⁵ Para el Tribunal Supremo basta con que la entidad tenga la oportunidad de participar en el proceso. Por tanto, no es obligatorio que participe (basta con que tenga la opción de hacerlo), pero si decide hacerlo podrá ejercer su derecho a la defensa. DE LA FUENTE HONRUBIA, F, “Garantías materiales y procesales en la imposición de sanciones penales a personas jurídicas. Comentarios a la Sentencia del caso EKIN (Sentencia de 19 de diciembre de 2007, Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional)”, *Diario La Ley*, núm. 6888, 2008, La Ley, págs. 4-5.

³⁶⁶ FEIJOO SÁNCHEZ también opina que “en tales supuestos parece que, en la medida en que la imposición de las consecuencias ha de respetar las garantías procesales penales básicas, debe seguir siendo obligatoria la audiencia a los titulares o representantes legales para imponer las consecuencias o adoptarlas como medidas cautelares”. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Tratado de Responsabilidad...*, *op.cit.*, pág. 307-308.

³⁶⁷ Volvemos a traer a colación que las remisiones del artículos 520 y 570 quáter del Código Penal presentan especialidades propias.

En relación a la segunda cuestión, los criterios de atribución de responsabilidad a la persona jurídica no son idénticos que los que se plantean en el artículo 31 bis CP, la regulación de las consecuencias accesorias sólo establece que debe ser un delito cometido en el seno, con la colaboración, a través o por medio de las personas jurídicas. Sin embargo, los criterios de atribución del artículo 31 bis CP, como hemos podido comprobar, son más específicos.

En nuestra opinión y tratándose de personas jurídicas, creemos que los criterios de atribución tienen que ser idénticos a los establecidos para el artículo 31 bis CP, puesto que estamos ante una persona jurídica idéntica a las que se encausan para solicitar la responsabilidad penal en el marco del art. 31 bis CP.

Además la importante modificación realizada en el año 2015 sobre los pilares de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe tener también sus efectos sobre el régimen de consecuencias accesorias, puesto que este régimen conforma un todo con lo establecido en el artículo 31 bis CP. Ambas regulaciones participan de un mismo sistema en el que el artículo 129 CP actúa de cláusula de cierre.

Los programas de prevención establecidos en el seno de las personas jurídicas a los que se aplique el régimen de las consecuencias accesorias serán un punto clave en el proceso penal seguido frente a las mismas³⁶⁸. En nuestra opinión, los derechos y obligaciones que las personas jurídicas van a tener en el proceso penal tienen que ser idénticos a los establecidos en el marco del art. 31 bis CP. Las sanciones, sean penas o consecuencias accesorias, son similares y por tanto los derechos en el proceso también deben ser similares.

Ante la confusión y la inseguridad que genera la regulación del artículo 129 CP, los únicos criterios objetivos que podemos adoptar en la materia son los regulados en el art. 31 bis CP y siguientes del Código Penal. Por lo que, en nuestra opinión, procede utilizar los mismos criterios y, también en este caso, con plena eficacia de los programas de cumplimiento que permiten eludir la responsabilidad penal.

³⁶⁸ GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., “Sujetos sometidos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas” con BANACLOCHE PALAO, J y ZARZALEJOS NIETO, J., en *Responsabilidad penal...*, *op.cit.*, pág. 59.

Nuestra proposición sería establecer el mismo régimen de garantías para las entidades independientemente de ser sometidas al art. 129 o al art. 31 bis CP, aplicándose la regulación de esta última³⁶⁹. No obstante, este planteamiento hace que la propia remisión pierda sentido y, sin embargo, tiene previsión normativa. Por lo que, creemos que el legislador pretende utilizar este instrumento como una vía más ágil de actuación en el marco de estos delitos concretos por sus especificidades frente a la vía más garantista del art. 31 bis CP. Será la jurisprudencia y la práctica forense las que nos despejen las dudas.

En referencia a la experiencia procesal de las medidas accesorias del año 1995 debemos advertir que en muchos aspectos resulta imposible que sirvan de referencia. Puesto que el contenido del art. 129 ha sido sometido a una modificación sustancial y determinados criterios, como los programas de prevención, no estaban en ningún caso previstos.

6. Notas finales.

Hemos podido comprobar que las personas jurídicas se van a ver inmersas en ciertos delitos concretos al régimen regulatorio de las consecuencias accesorias del art. 129 CP y, por tanto, debemos concluir que:

- En el caso de las entidades que carezcan de personalidad jurídica su principal y único efecto es que se amplía el catálogo de delitos que pueden afectarles en relación a la exigencia de responsabilidad en el proceso penal.

³⁶⁹ Se trataría de aplicar el planteamiento que realiza GONZÁLEZ TAPIA que opina que dependiendo de los supuestos “parece que deba propiciarse una interpretación que trate de salvar en la medida de lo posible hacer de peor condición a unas personas jurídicas que a otras y respecto de una clase de delitos respecto de otras”. Para la autora para hallar la solución “podría pensarse que la remisión al art. 129 es exclusivamente a efectos de penalidad de la persona jurídica (aunque, ciertamente, la penalidad es esencialmente la misma) y no para el resto condiciones generales establecidas en el artículo 31 bis”. . GONZÁLEZ TAPIA, M.I, “Las consecuencias accesorias...” en *Procedimientos operativos...*, *op.cit*, págs. 59-60.

- En el caso de las personas jurídicas, se trata de un régimen especial que con el contenido de la actual regulación del art. 129 CP presenta gravísimas deficiencias y sombras que provocan una inseguridad jurídica.
- Dirigir las remisiones y sus efectos a lo establecido en los arts. 31 bis y siguientes del Código Penal sería lo más razonable, atribuyendo seguridad jurídicas al sistema integral de responsabilidad penal. Sin embargo, el legislador ha previsto o mantenido por algún motivo que no ha explicitado este régimen jurídico.
- En nuestra opinión se debe a pretender dotar de agilidad y de herramientas flexibles al juzgador para afrontar estos determinados tipos delictivos, alejándose de las garantías del art. 31 bis CP y de sus características, como pueden ser los programas de cumplimiento. Es absolutamente criticable, en nuestra opinión, el uso de esta técnica legislativa y debemos recordar que en todo caso las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales³⁷⁰.
- El régimen jurídico de garantías, en todo caso, debe ser idéntico al que planteamos para las entidades sometidas al art. 129 CP, intensificado por la existencia de personas jurídicas que no presentan ninguna dificultad para ser considerados parte de un proceso penal cuyos efectos puede afectar a su viabilidad.
- Este régimen va a tener repercusión en la práctica judicial, porque entre los delitos a los que afecta, se sitúan los delitos contra los derechos contra los trabajadores del art. 318 CP. Se trata de los delitos que más repercusión pueden tener en todo el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
- En nuestra opinión, procede reformar y modificar el sentido de las remisiones directas al régimen del art. 129 CP para integrarlos dentro del sistema ordinario de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

³⁷⁰ ECHARRI CASI, F.J., “Sanciones a Personas jurídicas...”, *op.cit.*, págs. 179-190.

Nos quedan por analizar el régimen de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP en relación a los tipos delictivos del artículo 520 y 570 quáter CP y el régimen de las sociedades instrumentales o pantallas, los últimos dos regímenes constituidos en torno a la responsabilidad de las personas jurídicas. Ambos regímenes serán analizado en los siguientes dos capítulos.

CAPÍTULO X.

El cuarto régimen de responsabilidad de la persona jurídica: la responsabilidad de las organizaciones o asociaciones criminales y terroristas.

1. Introducción.

En el capítulo anterior nos hemos referido a ciertos tipos delictivos que en sus regulaciones específicas, en vez de realizar una remisión a su inclusión en el catálogo de los delitos que la persona jurídica puede cometer, realizan una remisión directa a la regulación de las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal.

Tras analizar las dudas que se planteaban en torno a esta remisión, hemos podido observar que constituye un régimen especial de responsabilidad penal para las personas jurídicas. Y, por ello, estos dos artículos que ahora estudiamos también se deben incluir en ese régimen especial que hemos abordado en el capítulo anterior, de la que se deduce que ciertas personas jurídicas van a verse fuera del sistema del art. 31 bis CP para afrontar sus responsabilidades en el marco del art. 129 CP.

Los tipos delictivos que realizan las remisiones presentan para el legislador especialidades que así lo recomiendan, sin que sepamos explícitamente cuáles son los motivos por los que se ha adoptado esta decisión. En nuestra opinión, el legislador ha mantenido las remisiones a la regulación de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP porque considera que es el régimen más adecuado para la efectividad de estas dos remisiones que se relacionan con el terrorismo. Si en el caso de los tipos delictivos del capítulo anterior era difícil intuir las razones que obligaban al legislador a incluir las remisiones, e incluso podría tratarse de un error material sin corrección, en las remisiones que ahora tratamos, la decisión del legislador ha sido absolutamente consciente.

Además, ambos delitos, el artículo 520 y el 570 quáter CP, presentan especialidades que los separan de las remisiones que hemos estudiado en el capítulo anterior, puesto que

tanto como que el legislador ha establecido sanciones obligatoria y regulaciones especiales en la materia, la jurisprudencia ha profundizado en su especial tratamiento.

2. El delito de asociación ilícita.

La primera remisión a las consecuencias accesorias del art. 129 CP gira en torno al concepto de asociación ilícita, un concepto que viene recogido en el artículo 515 CP, que dispone que:

“Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

1º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas promuevan su comisión.

2º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.

3º Las organizaciones de carácter paramilitar.

4º Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad”.

La remisión al régimen del art. 129 CP viene contenida en el artículo 520 CP que establece que en el caso de la existencia de una asociación considerada ilícita en los términos descritos en el artículo 515 CP, deben acordar su disolución y la adopción de cualquier otra de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP.

El concepto de asociación ilícita del artículo 515 CP provoca dudas por sus términos vagos, en especial, su apartado primero que considera ilícitas las asociaciones que promuevan la comisión de algún delito; una interpretación amplia dejaría sin efecto la propia responsabilidad penal de las personas jurídicas. Debemos acudir por tanto a la jurisprudencia para definir el concepto de asociación ilícita.

2.1. *Delimitación del delito de asociación ilícita.*

En primer lugar, se delimita que el delito relacionado con la asociación ilícita se aplica en un ámbito de actuación específico.

El Tribunal Supremo en su sentencia 1075/2006, de 23 de octubre de 2006, también plantea el grave problema que suponen los términos abiertos de la norma jurídica. La literalidad del artículo 515 CP incluye un apartado primero que “incluye (...) de manera absolutamente inespecífica e indeterminada, «las que tengan por objeto cometer algún delito o después de constituidos promuevan su comisión».

El problema es gravísimo puesto que “con esta técnica descriptiva se podría llegar a la conclusión de que, absolutamente todos los delitos tipificados en el Código Penal, cometidos por una asociación de personas, sería automáticamente considerados como asociación ilícita”.

Por ello, el Tribunal proclama que “la rúbrica del capítulo correspondiente del Código Penal que recoge la asociación ilícita, se refiere a los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizada por la Constitución”.

Efectivamente, la regulación del art. 515 CP está incluida en el capítulo IV que recoge los delitos relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que su aplicación debe tener lugar exclusivamente en este ámbito³⁷¹, lo que circunscribe su eficacia y evita su aplicación a todo el ámbito de la personalidad penal de la persona jurídica.

³⁷¹ En caso contrario, los términos recogidos en el art. 515 CP permitirían interpretar que abarcaba a todo el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, “tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión”.

La aplicación de esta primera modalidad del art. 515 CP también es analizada por el Tribunal Supremo en la sentencia núm. 544/2012, de 2 de julio, que la circunscribe a su ámbito de actuación concreto, limitando su “interpretación ha de verse reconducida a su ámbito propio, es decir, como contrapartida al derecho de asociación, por lo que las características del mismo, condicionan la aplicación de dicho tipo penal, exigiéndose pluralidad de partícipes, estructura definida, distribución de funciones, órgano directivo y vocación de permanencia, en concordancia con el propio concepto constitucional de asociación”. No obstante, se advierte que ciertas agrupaciones son inherentes al delito, “o lo que es lo mismo, no podría haberse hecho de otro modo, cuando varios concurren a tal finalidad”, por lo tanto, limitando la calificación del concepto de asociación ilícita señala “no pueden ser castigados unos mismos hechos de dos maneras, sin atacar al principio *"non bis in idem"*, en la modalidad de prohibición de una doble valoración penal”.

2.2. *El impacto de las reformas legislativas sobre el delito de asociación ilícita.*

En segundo lugar, ha existido una reforma legislativa, que paralelamente a la incorporación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, ha introducido una nueva regulación de los artículos 570 bis al 570 quáter bajo la denominación de "las organizaciones y grupos criminales"³⁷² que tienen un impacto evidente en el contenido del delito de asociación ilícita.

Anteriormente, las reformas legislativas apartaron del contenido del art. 515 CP la referencia a las organizaciones y grupos terroristas³⁷³, que quedaron reubicadas en el art. 571 del Código Penal³⁷⁴.

³⁷² Se trata del capítulo VI del título XXII del libro II del Código Penal.

³⁷³ El concepto de asociación ilícita venía siendo restrictivamente interpretado por la jurisprudencia, limitándolo históricamente a los casos de terrorismo, como señala la sentencia del Tribunal Supremo núm. 855/2013, de 11 de noviembre, que entiende que con la introducción del concepto de organización criminal al Código Penal se supera el concepto de asociación ilícita, porque el primero constituye un concepto más detallado.

2.3. *Las características del delito de asociación ilícita.*

En tercer lugar, el contenido del art. 515 CP alberga referencias a cuatro clases de asociaciones ilícitas que, en concreto y en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sentencia núm. 544/2012, de 2 de julio, debe reunir los siguientes rasgos:

- Tener “consideración de agrupaciones estables”.
- Deben tratar de atentar contra el bien jurídico protegido que es el derecho de asociación.
- Las asociaciones ilícitas deben: a) tener por finalidad la comisión de algún delito o, que después de constituida, promover su comisión; b) deben emplearse medios violentos o en la perversión de la personalidad de los componentes, aunque tales asociaciones tuvieran fines lícitos; c) o bien constituir organizaciones de carácter paramilitar; y d) por último, promover que se atente contra valores constitucionales.

2.4. *Las asociaciones que tienen por objeto cometer algún delito.*

En cuarto lugar, como hemos señalado, es la primera modalidad de asociación ilícita³⁷⁵ es la que produce mayor inseguridad por su indefinición, por ello, además de restringir su calificación a los delitos contra el ejercicio de determinados derechos constitucionales, se ha venido exigiendo conforme proclama el Tribunal Supremo en la sentencia núm. 544/2012, ya citada, “una estructura, duración o permanencia, coordinación de funciones, reparto de roles, finalidades, jerarquía, etc. que se diferenciaban en gran medida de otras

³⁷⁴ La regulación del artículo 515 CP ha perdido a través de las reformas legislativas producidas su referencia a “las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas” que por lo que ha dejado de surtir efectos en ese apartado, que fue la que provocó el grueso de su aplicación casuística.

³⁷⁵ Nos referimos a las asociaciones que tienen por finalidad la comisión de algún delito o, que después de constituida, promover su comisión.

situaciones delictivas, que se juzgaban más propiamente en el ámbito del consorcio delictivo”.

3. Las organizaciones criminales y los grupos terroristas.

En relación al segundo tipo delictivo que nos remite a la regulación de las consecuencias accesorias del art. 129 CP, la remisión establecida en el art. 570 quáter del Código Penal es similar a la establecida en el art. 520 CP, que acabamos de exponer.

Curiosamente, y como muestra de la intencionalidad del legislador, la misma LO 5/2010 que reformó el Código Penal para introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico, también introdujo la tipificación penal de diversas formas de participación o integración en organizaciones y grupos criminales³⁷⁶.

El artículo 570 quáter CP afronta el fenómeno de las organizaciones o grupos criminales, con la siguiente disposición:

“Los jueces o tribunales, en los supuestos previstos en este Capítulo y el siguiente, acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias de los artículos 33.7 y 129 de este Código”.

Al desplegar sus efectos a los supuestos de dos capítulos del Código Penal, debemos definir exactamente a qué clase de organizaciones se refiere esta norma jurídica. Los capítulos a los que se refiere la norma son el relativo a las organizaciones y grupos criminales y a las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo. Por tanto, el art. 570 quáter CP nos remite a otros conceptos difíciles de definir. Por ello, también en esta ocasión ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que ha definido

³⁷⁶ Para profundizar al respecto *vid* FERNÁNDEZ DE PAIZ, R., “Los grupos criminales: la sinrazón de una reforma”, *Diario La Ley*, núm. 8060, 2013, La Ley, pág. 3.

en qué situaciones estamos ante una organización de este tipo, sobre la base de la nueva normativa de los arts. 570 bis y siguientes del Código Penal.

La nueva regulación sobre la materia ha influido notablemente sobre estos delitos que también obedecen a una intensa armonización del Derecho Penal que se plantea desde el plano internacional. La sentencia del Tribunal Supremo número 855/2013, de 11 de noviembre, recoge en su fundamentación³⁷⁷ algunas consideraciones sobre el fenómeno del crimen organizado, que nos van a servir para definir, establecer el ámbito del art. 570 quáter CP y conocer las características de la nueva regulación.

a) La Convención de Palermo, o Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000, fue aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/579/CE, de 29 de abril, firmada por España el 13 de diciembre de 2000 y ratificada mediante Instrumento de 1 de septiembre de 2003, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país.

El artículo 2º de este acuerdo internacional establece las siguientes definiciones, que constituyen el precedente de los conceptos de organización y grupo criminal introducidos que existen en la actualidad en el Código Penal.

- Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material³⁷⁸.

- Por “grupo estructurado” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a

³⁷⁷ En su fundamento jurídico vigésimo segundo la sentencia recoge estas consideraciones, conforme también a la sentencia 719/2013, de 9 de octubre.

³⁷⁸ Según señala el Tribunal Supremo sentencia núm. 855/2013, de 11 de noviembre, este grupo equivaldría, en nuestro ordenamiento jurídico, al concepto de organización criminal, del art. 570 bis CP.

sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada³⁷⁹.

b) La Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, del Consejo de la Unión Europea sobre la Lucha contra la Delincuencia Organizada, que persigue la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en la lucha contra la delincuencia transfronteriza, sigue básicamente los criterios de la Convención de Palermo, e impuso la reforma de nuestra Legislación Penal para adaptarnos a los criterios armonizados del Derecho Penal Europeo³⁸⁰.

c) Fruto de ese proceso de armonización y para afrontar la criminalidad organizada se ha incorporado paralelamente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas a nuestro ordenamiento a través de la LO 5/2.010, de 22 de junio, un nuevo capítulo en el Código Penal denominado "de las organizaciones y grupos criminales"³⁸¹ conformado por los artículos 570 bis , 570 ter y 570 quáter, y que según el Tribunal Supremo sentencia núm. 855/2013, de 11 de noviembre, obedece a:

- Introducir un concepto distinto al de la “asociación ilícita” para afrontar "todas las formas de criminalidad organizada". Debido a que el concepto de “asociación ilícita” era insuficiente e inadecuado, habiendo sido interpretado restrictivamente por “sus antecedentes históricos, al haberse utilizado en la época dictatorial como instrumento de represión política contra el derecho fundamental de asociación”.

- Responder a los compromisos internacionales, que se han expuesto, “asumidos por los Estados miembros de la Unión Europea en la lucha contra la

³⁷⁹ Vuelve a anotar el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 855/2013, de 11 de noviembre, que equivale, en nuestro ordenamiento jurídico, al concepto de grupo criminal previsto en el art. 570 ter CP.

³⁸⁰ Recientemente se ha aprobado la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo en fecha de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo. El impacto de la nueva Directiva será evidente en esta materia y debemos subrayar que su artículo 17 prevé la responsabilidad de las personas jurídicas.

³⁸¹ Capítulo VI en el Título XXII del Libro II del Código Penal.

llamada delincuencia organizada transfronteriza, tanto en materia de prevención como de represión penal”.

d) La jurisprudencia ha entendido, como señala la sentencia 51/2014, de 3 de noviembre, de la Audiencia Nacional, que para apreciar que estamos ante una organización criminal “no basta cualquier estructura distributiva de funciones entre sus miembros, que podría encontrarse naturalmente en cualquier unión o agrupación de varias personas para la comisión de delitos, sino que es preciso apreciar un reparto de responsabilidades y tareas entre sus miembros con la suficiente consistencia y rigidez, incluso temporal, para superar las posibilidades delictivas y los consiguientes riesgos para los bienes jurídicos apreciables en los casos de codeincuencia o, incluso, de grupos criminales”.

4. El régimen jurídico de las remisiones establecidas en el art. 520 y art. 570 quáter CP.

Las razones por las que hemos calificado esta regulación como específica con respecto al régimen del art. 129 CP se basan en la especialidad de la materia y su regulación. Vamos a comprobar estas razones para, posteriormente, determinar las reglas que se aplicarán en el marco del proceso penal. Estas son las características que presenta la normativa de los arts. 520 y 570 quáter CP:

a) En ambos artículos se dispone la obligación del juzgador de disolver a la persona jurídica, a diferencia del carácter facultativo de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP.

b) Al establecer la disolución este régimen jurídico el contenido de ambos artículos se dirige a todo tipo de entidades, independientemente de si carecen o no de personalidad jurídica, puesto que debemos recordar que las consecuencias accesorias del artículo 129 CP no prevén la sanción de disolución, debido a que su diseño legislativo venía entender que las entidades carentes de personalidad jurídica no precisan de disolución su carácter aformalista.

c) El legislador ha introducido la referencia al artículo 129 CP del art. 570 quáter CP cuando paralelamente introducía la responsabilidad penal de la persona jurídica, en el mismo texto de la LO 5/2010, lo que nos lleva la conclusión:

- que la referencia se realiza con absoluta conciencia por parte del legislador, excluyendo en estos tipos delictivos a la persona jurídica incurso de las vías ordinarias de responsabilidad,
- que la referencia que realiza el legislador no es a la vieja regulación del artículo 129 CP, porque acaba de reformarla para dar cabida a la clausula de cierre del art. 31 bis CP.

d) El Tribunal Supremo en su sentencia núm. 154/2016, de 29 de febrero, ha categorizado a las personas jurídicas y ha excluido a una determinada categoría de entidades de la responsabilidad penal, se trata de las denominadas sociedades instrumentales.

e) Con respecto a la penalidad, al establecerse la preceptiva disolución de las personas jurídicas y, además, la imposición de alguna de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP, la diferencia sobre las penas establecidas en el artículo 33.7 CP es exclusivamente a que no se podría aplicar la pena de multa³⁸².

Una vez conocidas sus especialidades, vamos a intentar definir el régimen jurídico que se va a aplicar en el caso de alguna entidad se encuentre en el marco delictivo de ambas normas jurídicas.

f) El régimen jurídico va estar determinado por el sustrato material de las entidades que han cometido los delitos que activan las remisiones del art. 520 y 570 quáter CP.

³⁸² Las diferencias entre las sanciones previstas en el artículo 33.7 y 129 CP es que esta última no prevé las penas de disolución y multa, sin embargo, como hemos descrito, en el caso de las asociaciones ilícitas la sanción de disolución viene obligatoriamente establecido en el propio enunciado del artículo 520 CP.

La cuestión que se plantea es si las remisiones efectuadas a la disolución y a la imposición de las consecuencias accesorias en ambos tipos delictivos (520 y 570 quáter CP) se refieren, por tanto, exclusivamente a que se las debe sancionar directamente por considerarlas en todo caso entidades instrumentales o la referencia es al régimen jurídico y las garantías del artículo 129 CP que regula las consecuencias accesorias.

A nuestro entender, después de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 154/2016, de 29 de febrero, que analizaremos en profundidad en el siguiente capítulo, lo realmente determinante será el sustrato material de estas asociaciones o organizaciones.

Si la entidad es un mero instrumento del delito o de la organización criminal, si carece de sustrato material será catalogada de instrumental y, por tanto, se le aplicará el régimen establecido para este tipo de personas jurídicas, que será el que abordaremos en el siguiente capítulo.

En cambio, si poseen un sustrato material, aunque lo ilícito sobresalga de la actividad legal³⁸³, se les dirigirá al régimen de las consecuencias accesorias del art. 129 del CP, con la especialidad que una de las sanciones que se le aplicará deberá ser obligatoriamente la de la disolución. En este caso, su régimen jurídico será idéntico al que hemos descrito en el capítulo anterior.

Esta posición se ha venido sosteniendo en la jurisprudencia anterior a la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico, así la sentencia del Tribunal Supremo número 480/2009, de 22 de mayo, distingue, en su fundamento tercero, dentro del marco normativo del artículo 520 CP, entre asociaciones ilícitas que pertenecían y estaban integradas dentro de una organización terrorista y la asociaciones que pudieran ver declaradas ilícitas sus actividades de colaboración con el terrorismo; siendo diferente el tratamiento que les otorgaba en la antigua regulación de las consecuencias accesorias.

³⁸³ Los términos empleados son irremediabilmente imprecisos.

En todo caso, debemos exigir al juez de instrucción que resuelva expresamente sobre el carácter instrumental o no de la sociedad o asociación involucrada. Esta resolución debe tener los mismos caracteres que van a exigirse en el régimen de las personas jurídicas instrumentales que veremos a continuación.

- a) En ninguna de las regulaciones (art. 570 quáter y art. 520 en conexión al art. 515, todos del Código Penal) establece ninguna distinción entre entidades que tengan o no personalidad jurídica, por tanto, todas serán, si procede, objeto de la regulación del artículo 129 CP.
- b) También en este régimen el trámite fundamental va a ser la adopción de las medidas cautelares, que va girar sobre la prevención penal o sobre evitar la continuidad delictiva³⁸⁴.

Las medidas cautelares serán determinantes para la persona jurídica, su adopción marcará definitivamente su futuro, en nuestra opinión, es prácticamente inimaginable que una sociedad sobreviva a la adopción de cualquier tipo de medida cautelar en el marco de un delito de asociación criminal o terrorista.

- c) Una vez que el juez de instrucción ha determinado sobre la instrumentalidad³⁸⁵ de la entidad, se le aplicará o bien el régimen de las sociedades instrumentales o bien el régimen de las consecuencias accesorias.
- d) En el caso de consideración de estas personas jurídicas como instrumentales se les aplicará, en nuestra opinión, existirá una especialidad notable en la fase cautelar, puesto que directamente se podrá aplicar la regulación prevista para el decomiso.

³⁸⁴ Sin descartarse los otros fines cautelares como el de salvaguardar el resultado del proceso penal.

³⁸⁵ Instrumentalidad no es un término recogido por la R.A.E., sin embargo es de uso frecuente en la doctrina y en la jurisprudencia.

CAPÍTULO XI.

El quinto régimen de responsabilidad de la persona jurídica: la responsabilidad de las sociedades denominadas instrumentales o pantalla.

1. Introducción.

Las sociedades instrumentales se relacionan generalmente con el mundo criminal y abordar su fenómeno es abordar también la criminalidad organizada. Dotarse de las herramientas jurídicas adecuadas para combatir a este fenómeno es uno de las necesidades constantes de los Estados. La búsqueda de la seguridad se ha constituido en uno de los mayores retos de los Estados de todo el mundo.

La seguridad es el principio que va imperando en las sociedades actuales, acrecentado tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 acaecidos en los Estados Unidos de América. Poco a poco, la eterna confrontación entre la libertad y la seguridad, ha girado a favor de esta última. La sensibilidad de la opinión pública y de los medios de comunicación sociales ha provocado una situación de alerta permanente, y cualquier suceso que se pueda calificar de criminalidad organizada requiere de una rápida respuesta policial y judicial. Es un tema complejo sobre el que se podría opinar larga y profundamente, incluso, quizás de la utilización de la inseguridad para conseguir otros fines espurios³⁸⁶, pero sería desviarnos en demasía del objeto de nuestra tesis.

³⁸⁶ La respuesta es compleja y detrás de la tematización de noticias nos encontramos con “la trilogía básica compuesta por opinión pública (ciudadanía), poder político y medios de comunicación, y por tanto quién determina los asuntos de interés nacional: ¿son los medios por sus propios intereses o dinámicas los que elevan el delito a primer plano, ello afecta a la opinión pública y los políticos meramente reaccionan ante la demanda popular?, ¿o son los políticos los que filtran sus intereses a los medios y éstos crean el clima de opinión para que aquéllos emprendan después las reformas o acciones pretendidas?, ¿o los medios únicamente recogen lo que genuinamente preocupa a la ciudadanía y lo que legítimamente ha de marcar entonces la agenda política?”. Para el autor “el problema es que cualquiera de las posibilidades anteriores es con seguridad demasiado simple como para captar la extraordinaria complejidad que rodea el entramado de relaciones existentes entre opinión pública, poder político y medios de comunicación, a los que además habría que añadir un sector difuso compuesto por variados —grupos de interés (asociaciones de diverso tipo) que también pugnan por elevar los asuntos que les interesan a la agenda pública”. VARONA GÓMEZ, D., “Medios de comunicación y punitivismo”, *InDret, Revista para el análisis del derecho*, www.indret.com, 2011, págs. 8-9. En: http://www.indret.com/pdf/791_1.pdf

Ante lo que se considera como crimen organizado los ordenamientos jurídicos han ido reforzándose constantemente, y castigando todos los espacios que puedan surgir a su alrededor, dotando a las fuerzas de seguridad de los mecanismos jurídicos e incluso interpretativos que faciliten su trabajo, además de aprobando normas, en todos los ámbitos pero especialmente en el ámbito penal, cada vez más duras, llegándose a interpretaciones de normas jurídicas que en el caso de nuestros tribunales, han llegado a ser corregido por los Tribunales internacionales. Sin profundizar en la cuestión, que puede ser fuente de eternas discusiones que se reproducen a lo largo de la historia simplemente queremos señalar la dificultad de encontrar el equilibrio entre la libertad y la seguridad.

Desde que la “era de la seguridad”³⁸⁷ domina nuestras vidas los ordenamientos jurídicos han sido interpretados por los tribunales buscando siempre que no existan espacios de impunidad por las descoordinaciones legislativas, olvidos o errores del legislador. El fenómeno se acrecienta sobremanera cuando tratamos la delincuencia organizada, la opinión pública y los medios de comunicación social no llegan a permitir ningún espacio impune, y, en nuestra opinión, esta presión generalizada se proyecta sobre el Poder Judicial.

En todo caso, la delincuencia organizada es un fenómeno de gran complejidad, adopta múltiples formas, algunas muy complejas, incluso con ramificaciones transnacionales, creando redes que utilizan a numerosas personas jurídicas.

En ese estado de cosas, la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha supuesto una novedad que, precisamente, no parte de la lucha contra la delincuencia organizada o contra el terrorismo. Las consecuencias o medidas accesorias del artículo 129 del CP, en su redacción anterior a la reforma del 2010, habían servido con

³⁸⁷ En nuestra opinión, la fecha de inicio ‘era de la seguridad’ es la de 11 de septiembre de 2001 coincidiendo con los atentados terroristas en los Estados Unidos de América.

gran eficacia para combatir estos fenómenos³⁸⁸, sobre todo por parte de la Audiencia Nacional.

El nuevo régimen de la responsabilidad penal de la persona jurídica debía afectar y garantizar, sin ningún tipo de problemas, que los delitos cometidos en el marco de las personas jurídicas no se dejaran en ningún modo impunes, sencillamente sustituyendo el viejo régimen regulatorio por el nuevo, siendo este último un paso más en la evolución de la cuestión de la responsabilidad penal. Sin embargo, la responsabilidad penal se introdujo con un diseño prematuro y no del todo integral, el legislador dejó vivo, aunque modificado, parte del contenido del artículo 129 CP y también las remisiones al mismo. Es decir, el viejo régimen regulatorio de la responsabilidad de las personas jurídicas no desapareció del todo, no fue sustituido del todo por el novísimo concepto de la responsabilidad penal autónoma e independiente de las personas jurídicas.

Sin embargo, la aplicación de las normas instauradas en el año 2010 es increíblemente escasa. Merecería la pena confeccionar un estudio estadístico del impacto real que ha tenido la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestros juzgados comparándola con la intensa discusión generada en la doctrina. Además, los problemas han ido surgiendo en todas las esferas. El considerar a una persona ficticia como culpable de un delito ha requerido dar un gran salto adelante y romper con una larga tradición jurídica que venía defendiendo la imposibilidad de tal responsabilidad. Los errores legislativos se han ido acumulando y la inseguridad jurídica ha ido *in crescendo*. Sin apenas experiencia forense se ha producido una nueva reforma legislativa, que ha provocado una modificación sustancial del estado de la cuestión. Y, sin embargo, las voces de gran parte de la doctrina siguen exigiendo que es preciso dar coherencia al sistema, dotándolo de seguridad.

³⁸⁸ GONZÁLEZ TAPIA, M.I, “Las consecuencias accesorias...”, en *Procedimientos operativos...*, *op.cit.*, págs. 49-50.

El Tribunal Supremo, quizás a la vista de este estado de la cuestión, marca el paso. Nos explicamos.

2. Las sociedades excluidas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Con la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídica se planteó la cuestión sobre si toda persona jurídica está sujeta a este régimen de responsabilidad penal o si su participación en un procedimiento penal puede obedecer a circunstancias ajenas a la responsabilidad penal.

En todo caso, la exclusión de la responsabilidad penal a una persona jurídica no significa que estas personas jurídicas excluidas no tengan ningún tipo de responsabilidad, lo que no van tener que afrontar es la responsabilidad penal prevista de nuestro ordenamiento jurídico penal. Sin embargo, todo el resto y clases de responsabilidades en el ámbito mercantil, civil, laboral, administrativo e, incluso, en determinados caso las consecuencias accesorias del artículo 129 CP pueden ser opuestos frente a estas personas jurídicas excluidas.

En este ámbito de irresponsabilidad penal, se plantean dos grandes tipos de personas jurídicas excluidas en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ambas absolutamente diferenciadas, y que van a requerir un estudio independiente:

- a) La primera exclusión se deriva la regulación específica prevista en el Código Penal que establece que a ciertas personas jurídicas no se les va a aplicar el régimen de responsabilidad penal del artículo 31 bis CP. Por tanto, es una exclusión legal.

b) La segunda exclusión se va a originar a través de la doctrina jurisprudencial, y va a determinar que a las entidades consideradas como instrumentales o pantallas no se les va a aplicar la responsabilidad penal.

3. Las personas jurídicas excluidas de la responsabilidad penal por el Código Penal.

El artículo 31 quinquies CP dispone que el régimen de responsabilidad penal no se va a aplicar a determinadas personas jurídicas³⁸⁹. El legislador pretende excluir de la responsabilidad penal en general al sector público. Sin embargo, el problema radica en que no se definen exactamente estas personas jurídicas y que muchas de las menciones pueden incluir, a su vez, a un gran número de organismos. Las personas excluidas de la responsabilidad penal, en concreto, son las siguientes:

- El Estado.
- Las Administraciones públicas territoriales e institucionales.
- Los Organismos Reguladores.
- Las Agencias y Entidades públicas Empresariales.
- Las organizaciones internacionales de derecho público.
- Las organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

La exclusión pretende abarcar íntegramente al sector público, que como señala la Fiscalía (Circular 1/2016) se conforma por el sector público administrativo, el sector público empresarial, y el sector público fundacional. Por lo que deben entenderse incluidos en la exclusión legal: los organismos autónomos, las entidades estatales de derecho público (entre ellas algunos de los llamados “organismos reguladores”) y los consorcios. Coincidimos también con la Fiscalía sobre que la referencia realizada a todo organismo

³⁸⁹ La exclusión de la responsabilidad penal no va a suponer que estas personas jurídicas estén excluidas de otro tipo de responsabilidad.

que “ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas” puede interpretarse en el sentido de englobar a todo el sector público administrativo, por lo que, las fundaciones públicas estatales, autonómicas y locales se sitúan fuera del ámbito de la responsabilidad penal.

La redacción original del art. 31 quinquies CP fue modificada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, que eliminó del listado de personas jurídicas exentas de responsabilidad penal a los partidos políticos y a los sindicatos³⁹⁰, aunque se entiende que no están excluidas de la responsabilidad penal las fundaciones y las entidades vinculadas a los partidos políticos y a los sindicatos. Tampoco se excluye de esta responsabilidad a los Colegios Profesionales y a las Cámaras de Comercio (Circular 1/2016).

En lo relativo a las exclusiones del sector público, el segundo apartado del artículo 31 quinquies CP, incluye expresamente a partir de la reforma de la LO 1/2015 dentro de la responsabilidad penal a las sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. Por lo que se deben incluir las sociedades mercantiles estatales, las autonómicas y las municipales que anteriormente se encontraban excluidas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El motivo de su inclusión proviene de la recomendación del informe de la OCDE, informe adoptado por el Grupo de Trabajo en 2012³⁹¹, si bien limita las penas a imponer a la multa y a la intervención judicial en caso de que estas sociedades mercantiles públicas ejecutan “políticas públicas o presten servicios de interés económico general”, en caso de que no fuera el supuesto, se enfrentarían ante todo el elenco punitivo previsto en el artículo 33.7 CP. Por último, la regulación legal señala como una excepción con respecto a la inclusión de las sociedades mercantiles públicas, que será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores

³⁹⁰ Por lo que a partir de esa reforma van a poder ser objeto de la responsabilidad penal prevista para las personas jurídicas.

³⁹¹ El informe se puede consultar en la siguiente dirección: <http://transparencia.org.es/informe-2012-convencion-ocde/>

o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal (Circular 1/2016).

4. La exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas instrumentales.

Esta cuestión que va a requerir nuestra atención en las siguientes páginas no es una cuestión totalmente novedosa, sin embargo, se va a articular formalmente en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tomando una consistencia jurídica que va a provocar una situación de inseguridad de un calibre enorme y puede suponer la necesaria actualización de muchas posiciones defendidas por la doctrina sobre la materia.

La cuestión de la irresponsabilidad penal afecta a las personas jurídicas constituidas formalmente y que, sin embargo, no realizan ninguna actividad o material real y legal. A estas personas jurídicas se las denomina sociedades instrumentales, de pantalla o de fachada.

La posición de la Fiscalía desde su primera circular sobre la materia, la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, apuntaba el problema. La Fiscalía sostenía, en su Circular 1/2011, que existían entidades sin responsabilidad penal “en los casos en los que se detecte la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación”, y se apuntaba a un ejemplo que se considera como clásico “las sociedades trucha de las tramas de defraudación del IVA”.

Tampoco oculta la Fiscalía su propuesta de solución jurídica para este problema. Se plantea que estas sociedades instrumentales tienen su origen en simulación contractual que les ha otorgado la personalidad jurídica y, por tanto, se debe aplicar la vieja teoría del levantamiento del velo “a los efectos de aflorar a las personas físicas amparadas por la ficción de independencia y alteridad de la sociedad pantalla” (Circular 1/2011). Sin embargo, la doctrina del levantamiento del velo no puede evitar que la persona jurídica

formalmente exista y que participe en el proceso penal. Para la Fiscalía no se deben buscar, en estas supuestos de hecho, responsabilidades penales para con estas sociedades instrumentales “se ajustarán más a la realidad las opciones apuntadas en la medida en que posibilitan la imputación directa de las personas físicas por los delitos cometidos tras el manto de opacidad que otorga la sociedad ficticia”.

La posición de la Fiscalía se sustenta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que avala la técnica del levantamiento del velo jurídico, muy anterior a la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Y, en una interpretación de la letra b) de la circunstancia 2ª del artículo 66 bis del Código Penal. Se trata de un criterio para la graduación de las penas a imponer a la persona jurídica, en concreto, una circunstancia que permite que alguna de las penas previstas para la persona jurídica se impongan en un plazo temporal mayor. La norma jurídica literalmente establece: “que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”.

Esta posición viene materializada en el auto de 14 de febrero de 2014 del Juzgado Central de Instrucción número 6 de la Audiencia Nacional que va a desencadenar la definitiva posición doctrinal del Tribunal Supremo.

4.1 La primera estación: el auto de 14 de febrero de 2014 del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

El origen del debate jurídico se plantea cuando el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional mediante auto de 25 de enero del año 2013 acordó las medidas cautelares “de bloqueo y embargo preventivo de los saldos (y los intereses que

devenguen) de las cuentas bancarias, depósitos, valores, títulos, acciones, deuda pública u otros activos financieros y cualquier otro producto” sobre varias personas jurídicas³⁹².

Las personas jurídicas afectadas por las medidas cautelares solicitaron al Juzgado Central de Instrucción núm. 6 que se les permitiera la personación en el proceso penal, puesto que las medidas se habían adoptado sin su participación. La solicitud concretamente pedía que se les permitiera su personación en calidad de responsables civiles.

Esta solicitud de personación fue desestimada por el Juzgado por providencia de 16 de enero de 2014, estimando que formaban parte “de la trama de blanqueo investigada”. Contra esta providencia se presentó primero un recurso de reforma, que fue desestimado por el auto de 14 de febrero de 2014 que ahora estudiamos.

Como veremos, el supuesto de hecho va a tener un recorrido judicial hasta llegar al Tribunal Supremo, sentencia 154/2016, de 29 de febrero, pasando por el auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014. Las consecuencias que va a provocar suponen la creación de la categoría de las sociedades instrumentales o pantalla, es decir, una categoría de personas jurídicas que no van a ser responsables penales.

El supuesto de hecho se trata de un supuesto de delincuencia organizada para el narcotráfico en la que las personas físicas controlan innumerables personas jurídicas que sirven de instrumentos para la comisión de delitos. En el auto se recogía que para la perpetración de los delitos se utilizaban “empresas de diverso calado que van desde las meramente instrumentales que no se conciben ni tienen otro cometido que el blanqueo, así como empresas en decadencia que se aprovechan para blanquear y otras que, en mala coyuntura económica y con actividad real, «pagan» los favores de liquidez y solvencia de deudas y sacada de apuros, con puntuales actuaciones blanqueadoras”. Es decir, el juez instructor apuntaba a la existencia, entre otras, de las sociedades instrumentales.

En el auto se adoptan determinadas medidas cautelares frente a algunas personas jurídicas³⁹³ y su motivación es la de “evitar la perpetuación de la situación permanente

³⁹² Para profundizar en el supuesto de hecho *vid* HORMAZÁBAL MALARÉE, H., “Personas jurídicas penalmente responsables y medidas cautelares. El auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014”, *Diario La Ley*, núm. 8368, 2014, La Ley, pág. 2.

³⁹³ El Juzgado Central de Instrucción número 6 de la Audiencia Nacional a pesar de impedirseles la personación en el proceso penal ha acordado unas medidas cautelares sobre el argumento que la persona jurídica “forma parte de la trama de blanqueo investigada”. Por ello, sin acordarlo expresamente, el juez

delictiva que pretende poner a recaudo ilícitas ganancias del narcotráfico, usando testafierros que imponen barreras jurídicas aparentes a una situación ficticia creada con la connivencia del testafierro para evitar su necesario decomiso, debiendo por esas mismas razones continuar el embargo de maquinaria, cuentas bancarias y el resto de las medidas reales ordinarias (bloqueos, anotaciones preventivas, embargos...) ya adoptadas sobre las personas físicas y las personas jurídicas ahora imputadas solicitadas o informadas favorablemente por el Ministerio Fiscal”.

El Juzgado de Instrucción una vez descartada la vía de exigir la responsabilidad penal, por considerar a estas personas jurídicas instrumentales, va a aplicarles un régimen jurídico en el que haciendo caso omiso de las prescripciones del artículo 544 quáter LECRim o las emanadas directamente de los mandatos constitucionales del artículo 24 CE en relación al derecho de la defensa y a la tutela judicial efectiva, va adoptar medidas cautelares frente ellas, “intensas medidas cautelares reales de carácter general contenidas en la ley de enjuiciamiento civil (LEC) que pueden impedir de facto la continuidad su funcionamiento en el ámbito mercantil”.

4.2. Segunda estación: El auto de la Sala de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014.

La desestimación del recurso presentado por las personas jurídicas afectadas las lleva a presentar un recurso de apelación, que da lugar a este auto de 19 de mayo de 2014 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Por tanto, el debate en la Sala se planteaba en los mismos términos, fundamentalmente sobre la desestimación en el auto recurrido de la petición que la persona jurídica realizaba de personarse en el procedimiento penal.

instructor ha considerado a estas personas jurídicas como sociedades instrumentales, negándoles el tratamiento y la imputación previstas en el artículo 31 bis CP para afrontar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así lo confirma la Sala de la Audiencia Nacional “no se han seguido las pautas ordenadas en los artículos 118 -119 de la ley procesal, referidos a la imputación de las personas jurídicas, por aparentemente considerar que serían entidades puramente instrumentales o pantalla para la comisión de hechos delictivos”.

La persona jurídica entendía que se vulneraba su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) al serle rechazada la personación en el proceso penal. Sin embargo, la persona jurídica se ve afectada por las medidas cautelares y por los efectos del proceso penal sin que pueda ni tan siquiera conocer directamente la causa y, mucho menos, ejercer su defensa. La adopción de las medidas cautelares se había producido sin que hubiera podido participar, ni siquiera habiendo sido oída, en ninguna audiencia o pieza incidental sobre la adopción de medidas cautelares.

Por ello, la persona jurídica en su escrito inicial, solicita que se le admita en concepto de actor civil y, posteriormente, “alega su en todo caso derecho a estar presente en el procedimiento, en el marco del ejercicio del derecho de defensa y de ser parte procesal como tercero que ha sido objeto de una medida cautelar real, que ha sido adoptada sin ser oído, sin respetarse el derecho a la contradicción, privándosele de forma injustificada de su derecho de acceso al proceso”. Es decir, en el debate jurídico se aborda la cuestión que a nosotros interesa, que nos es otra que el estatuto procesal, con qué derechos y obligaciones, que van a tener las consideradas como sociedades instrumentales por los jueces de instrucción y, en concreto, en relación a las medidas cautelares.

Esta resolución judicial, el auto de 19 de mayo de 2014 va a ser la génesis de la posterior clasificación de las personas jurídicas y de la existencia de la categoría de las sociedades instrumentales. Las bases teóricas del modelo jurisprudencial que expone la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional adolecen de la falta de un presupuesto normativo o mandato legislativo sobre el que se asientan y, sin embargo, practican una distinción o categorización entre las personas jurídicas³⁹⁴, por la que, se va a distinguir³⁹⁵ entre:

- a) Las personas jurídicas que no son meros instrumentos para delinquir o pantallas para ocultar tras ellas actividades delictivas.

³⁹⁴ Y por supuesto que no nos referimos a la distinción entre personas jurídicas con personalidad jurídica y entidades sin personalidad jurídica, se trata en este caso de una distinción transversal que va a afectar a todas las personas jurídicas independientemente de si ostentan personalidad jurídica.

³⁹⁵ Esta categorización será modificada y afinada por el Tribunal Supremo en la sentencia núm. 154/2016, de 29 de febrero.

- b) Y las personas jurídicas que son meras proyecciones de las actividades delictivas de las personas físicas que delinquen a través de ellas u ocultándose detrás de ellas.

Para las primeras se ha previsto, según la Audiencia Nacional, la responsabilidad penal de las personas jurídicas con sus garantías procesales. Para las segundas, que considera que son sociedades instrumentales o pantallas, “procedería únicamente el "levantamiento del velo" para poner al descubierto su verdadero estatus instrumental, como tal no susceptible ni merecedor en principio de ningún sistema de garantías para su disolución y el comiso de sus bienes enteramente afectos a la actividad delictiva”.

Es decir, independientemente del caso concreto que trata la resolución judicial, se materializa una distinción entre personas jurídicas que va a ser posteriormente ratificada y consolidada por el Tribunal Supremo en su sentencia 154/2016, de 29 de febrero, sobre unas bases legislativas absolutamente inexistentes. El artículo 66 bis constituye la única referencia, tal y como señaló la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2011, y así lo reconoce la resolución judicial: “los únicos elementos que por momento sirven de referencia jurídica son las menciones que se contienen en el art 66 bis 2 del CP, aunque referidas a la graduación de las penas imponibles a las personas jurídicas, para lo que, dicen, habrá de tenerse en cuenta "que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales" y "que se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal". En nuestra opinión, el empuje de la Fiscalía y la necesidad de dotarse de instrumentos ágiles contra la lucha contra el crimen organizado, como hemos señalado, son los grandes impulsores de la construcción de un nuevo régimen jurídico que, si bien es cierto que es un instrumento eficiente, no está previsto en el ordenamiento jurídico y, por ello, introduce gravísimas dosis de inseguridad en el sistema.

El criterio normativo de la categorización de las personas jurídicas en este ámbito se fundamenta en el artículo 66 bis del Código Penal, en concreto en su apartado segundo, que incorpora un criterio de graduación de las sanciones en base a la actividad de la

persona jurídica³⁹⁶ y, por tanto, su finalidad es absolutamente distinta y nada tiene que ver con este cometido.

El nuevo régimen para determinadas personas jurídicas es tan gaseoso que hasta la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional prevé problemas, porque distinguir entre sociedades instrumentales y las que no lo son no es tarea fácil: “no es una situación que sea siempre tan nítida y evidente fáctica y jurídicamente, ni que tampoco se dé fácilmente en estado puro”³⁹⁷.

Los problemas no van a dejar de surgir y puesto que en los criterios para la clasificación no existe ningún dato objetivo en ninguna norma. Más allá de los términos genéricos para la graduación de las penas utilizado en una regla del artículo 66 bis CP y no precisamente para esta finalidad. En nuestra opinión, no se llega a comprender que una regla de graduación de la pena sirva de sustento para sostener que las sociedades instrumentales no tienen responsabilidad penal. Sencillamente nos parece un despropósito, al tratar de encontrar en cualquier norma jurídica una base o un resquicio para construir una argumentación previa.

Por ello, a nuestro entender, la categorización está cargada de una gran subjetividad que va a provocar situaciones de absoluta inseguridad y, lamentablemente, indefensión. Así lo reconoce implícitamente la propia Sala de la Audiencia Nacional: “como se ha puesto de

³⁹⁶ El artículo 66 bis del Código Penal establece las reglas de aplicación de las penas que se van a imponer a la persona jurídica en el proceso criminal. Así en la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas, entre otras reglas, se establece que cuando algunas de las penas previstas en el artículo 33 del Código Penal por un plazo superior a dos años serán necesarias que o bien la persona jurídica sea reincidente o “que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”.

³⁹⁷ En nuestra opinión en la duda se debe apostar por otorgar el régimen con mayores garantías, coincidiendo con NEIRA PENA existen dos razones para que se impute a la persona jurídica, la primera es porque “el juicio de imputación es un juicio de mera posibilidad o probabilidad”, si existe alguna posibilidad de que la persona jurídica puede tener que afrontar una responsabilidad penal, lo lógico es que se plantee su imputación. La segunda, señala la autora es que con esta imputación se garantiza el derecho a la defensa de la persona jurídica “CP no establece criterios de imputación específicos para la persona jurídica, sino que su responsabilidad se deriva del juicio de imputación consistente en una valoración circunstanciada de la actuación de una concreta persona física. De no seguirse tal interpretación, e imputar únicamente a la persona física, se podría llegar a una situación de indefensión para la persona jurídica, que estaría siendo privada de su derecho a defenderse”. NEIRA PENA, A., “Primer auto de procesamiento contra personas jurídicas. Comentario del auto de 11 de octubre de 2011 del Juzgado Central de Instrucción 6 de la AN”, *Diario La Ley*, número 7768. 2012, La Ley, pág.4.

manifiesto por la doctrina, el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente, irá variando a lo largo del tiempo”. En nuestra opinión, es difícil sugerir un límite normativo cuando no existe ni tan siquiera norma de referencia real en la cuestión.

Además, la decisión judicial de la Sala supone traspasar el problema al Juzgado de instrucción, es decir, va a depender totalmente de los criterios fácticos de los jueces de instrucción, exigiéndose la valoración previa sobre si la persona jurídica puede ser imputada en el procedimiento penal³⁹⁸.

En todo caso, la rotundidad y las consecuencias de la incorporación de este nuevo régimen para las personas jurídicas instrumentales provocaron dudas en la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y quizás por ello, se incorporó un matiz a la cuestión. Este nuevo régimen no se va a aplicar en el caso de que la “persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales” se va a requerir un elemento más intenso. “Sin embargo, lo que dejan a nuestro juicio claro es que incluso en el caso de “que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales” es penalmente imputable como persona jurídica y debe ostentar el estatus jurídico penal correspondiente. Razonando por exclusión debemos de concluir, que solo cuando su carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos, estaremos ante personas jurídicas puramente simuladas, es decir, no reales, y que por ello no resultan imputables”. Frase a su vez, cargada de subjetividad, y que es difícilmente interpretable.

³⁹⁸ Como acertadamente describe HORMAZÁBAL MALARÉE la Sala exige directamente al Juzgado Central de la Audiencia Nacional “quién debe decidir sobre la procedencia de la administración judicial solicitada previo pronunciamiento expreso sobre si son imputables o que por el contrario constituyen personas jurídicas instrumentos del delito” y además señala la complejidad del asunto porque “no es siempre tan nítida y evidente fáctica y jurídicamente, ni que tampoco se dé fácilmente en estado puro”. El autor concluye que el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional “deja condicionada la decisión del Juzgado instructor sobre la procedencia de la administración judicial a la decisión, tras un proceso valorativo, de si la persona jurídica de la que se trate puede ser comprendida en la categoría de las que son procesalmente imputables”. HORMAZÁBAL MALARÉE, H., “Personas jurídicas...”, *op.cit*, págs. 2 y ss.

Por ello, la Audiencia Nacional, vuelve a intentar definir a las sociedades o personas jurídicas instrumentales señalando que “solo cuando su carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos, estaremos ante personas jurídicas puramente simuladas, es decir, no reales”. Es a estas últimas a las que va a considerar fuera de la cobertura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y frente a ellas se podrán adoptar todo tipo de medidas cautelares que van a decidir su pervivencia, sin que nos quede claro si van a poder ejercer su derecho a la defensa frente a las medidas cautelares, puesto que su derecho a la defensa tal y como se ha configurado jurisprudencialmente, puede circunscribirse exclusivamente frente a considerarla excluida de la responsabilidad penal de las personas jurídica y del estatus procesal que la misma acarrea.

A *sensu contrario*, la Audiencia Nacional entiende que las personas jurídicas que sí van a poder ser imputadas son las que no son “meros instrumentos para delinquir o pantallas para ocultar tras ellas actividades delictivas, es decir, evidentes meras proyecciones de las actividades delictivas de las personas físicas que delinquen a través de ellas u ocultándose detrás de ellas, y respecto de las que procedería únicamente el levantamiento del velo para poner al descubierto su verdadero estatus instrumental”.

No obstante, GÓMEZ-JARA DÍEZ valora y aplaude la tesis jurídica sostenida en el Auto de la Sala de la Audiencia Nacional, el autor señala que la tesis sostenida por el Tribunal coincide con su propia tesis. Ciertamente, el autor expuso en un trabajo de 2005³⁹⁹ que ciertas personas jurídicas no eran imputables en un proceso penal. Su tesis fue acogida por NIETO MARTÍN⁴⁰⁰ y se inició un debate en torno a la cuestión, debate que pasaba por entender que ciertas personas jurídicas eran imputables y otras no lo eran. GÓMEZ-JARA se felicita por ello y sostiene que la decisión era sencilla: “la lógica era sencilla: de la misma manera que el Derecho penal individual distingue entre personas físicas imputables e inimputables, el Derecho penal empresarial debe distinguir entre personas jurídicas

³⁹⁹ Su planteamiento viene recogido en dos trabajos GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “¿Imputabilidad de las personas jurídicas?”, con BAJO FERNÁNDEZ, M, JORGE BARREIRO, A., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., en *Libro Homenaje a D. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, 2005, págs. 163-182; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, 2005, págs. 241 y ss.

⁴⁰⁰ NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, Iustel, 2008, págs. 169 y ss.

imputables e inimputables. Pues bien, casi una década después los tribunales españoles parecen haber adoptado dicha distinción, y, lo que es más importante, la han desarrollado para el futuro comportando importantes consecuencias teóricas y prácticas”⁴⁰¹. Para el autor la doctrina que sostenía que todas las personas jurídicas eran imputables, independientemente de sus circunstancias, ha quedado totalmente descartada por este auto de la Audiencia Nacional⁴⁰².

Por tanto, la categorización afronta los supuestos en los que las personas jurídicas son simples pantallas o instrumentos que no tienen ningún tipo de actividad o realidad material y concluye que “sólo pueden considerarse penalmente responsables aquellas personas jurídicas que tienen un sustrato material suficiente, constituyendo las sociedades pantalla o instrumentales un supuesto de personas jurídicas no imputables”⁴⁰³.

La Sala de la Audiencia Nacional interpreta que el juez instructor se ha decantado por la opción de considerar no imputable a la persona jurídica que ha interpuesto el recurso de apelación. Y, lo hace a pesar de que el juez instructor no lo haya exteriorizado o lo haya proclamado de forma expresa. Sin embargo, la deducción surge del dato que indica que “claramente no se han seguido las pautas ordenadas en los artículos 118 y 119 de la ley procesal, referidos a la imputación de las personas jurídicas, por aparentemente considerar que serían entidades puramente instrumentales o pantalla para la comisión de hechos delictivos, procediendo directamente a aplicarles a todas las entidades relacionadas intensas medidas cautelares reales de carácter general contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)”.

⁴⁰¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014”, *Diario La Ley*, núm. 8342, La Ley, 2014, págs.1-8.

⁴⁰² El autor sostiene que en la propia LO 5/2010, de 23 de junio, existen artículos que apuntan a que el legislador apostaba por distinguir entre personas jurídicas imputables y las personas jurídicas inimputables y que aunque “algún sector doctrinal minoritario se mostraba recalcitrante a admitir esa distinción, indicando que todas las personas jurídicas, con independencia del sustrato material, eran imputables penalmente. El auto de la Sala de lo Penal de la AN de 19 de mayo de 2014 niega dicho planteamiento minoritario y confirma la necesidad de la distinción”. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La imputabilidad organizativa ...”, *op.cit.*, págs.2-5.

⁴⁰³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La imputabilidad organizativa ...”, *op.cit.*, págs. 2-5.

El impacto del contenido del auto es enorme y sus efectos se vislumbran profundos, HORMAZÁBAL MALARÉE⁴⁰⁴ llega a afirmar que la Audiencia Nacional “tuvo que poner en acción una serie de preceptos sobre los cuáles se ha escrito mucho en ámbitos académicos pero, sin embargo, en lo que respecta a su aplicación con pocos precedentes. Con el auto de 19 de mayo de 2014 la *law in books* se ha transformado en *law in action*”.

4.3. *La tercera y ¿última estación?: la sentencia núm. 154/2016, de 29 de febrero del Tribunal Supremo.*

La cuestión se planteó en concreto a raíz del citado auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha de 19 de mayo de 2014, que ha provocado una polémica enorme.

La cuestión va a ser tratada por el Tribunal Supremo en una resolución judicial que también va a provocar un gran impacto en la doctrina tratando de forma amplia sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero en lo que a nosotros interesa abordando la cuestión de la imputabilidad o no de determinadas personas jurídicas⁴⁰⁵.

La Sentencia pretende fijar los criterios de interpretación sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica y, por este motivo, el debate se produce en el Pleno. En todo caso, la sentencia va a contar con un voto particular discrepante respecto de los criterios aprobados por la mayoría, suscrito por siete Magistrados. Lo que va a darnos idea de la complejidad y diferentes opiniones que surgen sobre esta materia. Va a ser la primera vez que la más alta instancia judicial se va a pronunciar en profundidad sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, apreciando su existencia.

⁴⁰⁴ Como señala HORMAZÁBAL MALARÉE con estas cuestiones se “pone de manifiesto que, en el derecho penal empresarial, al contrario de lo que sucede en el derecho penal de las personas naturales en la que después de muchos años hay relativamente ya ciertos acuerdos doctrinales, la seguridad jurídica, tan anhelada como difícil de encontrar, está lejos de alcanzarse”. HORMAZÁBAL MALARÉE, H., “Personas jurídicas penalmente...”, *op.cit*, pág. 1 y ss.

⁴⁰⁵ Para profundizar en torno al modelo penal establecido *vid* VILLEGAS GARCÍA, M.A., “Hacia un modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas. La STS (Pleno de la Sala de lo Penal) 154/2016, de 29 de febrero”, *Diario La Ley*, núm. 8721, 2016, La Ley, pág. 4.

En lo que ahora interesa, el Tribunal va a aceptar la diferenciación, previamente realizada por el Auto de la Sala de la Audiencia Nacional, entre las personas jurídicas que tienen una actividad real y las que no tienen ninguna actividad lícita o que han sido creadas exclusivamente para cometer delitos.

En su fundamento jurídico decimoprimerero tiene la ocasión de abordar el recurso de la persona jurídica que es considerada “estrictamente instrumental o pantalla, carente por tanto de cualquier actividad lícita y creada, exclusivamente, para la comisión de hechos delictivos”. En relación al recurso de esta persona jurídica el Pleno del Tribunal Supremo va a establecer su criterio “lo cierto es que ahora nos hallamos, efectivamente y según el relato de hechos de la recurrida, ante una persona jurídica estrictamente instrumental o «pantalla», carente por tanto de cualquier actividad lícita y creada, exclusivamente, para la comisión de hechos delictivos”. Es decir, los Magistrados no tienen duda ninguna de que se trata de una sociedad instrumental sin actividad real.

Se afirma tajantemente que a las sociedades meramente instrumentales, o “pantalla”, no se les aplica el régimen de responsabilidad penal previsto contra la persona jurídica y las define como sociedades creadas “exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física”. Estas personas jurídicas deben quedar “al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia”.

El Tribunal que va a confirmar la pena de disolución que se dictó frente a esta persona jurídica va más allá y sostiene que, dada la evidencia de su carácter instrumental, “quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del art. 129 CP, que contemplaba la aplicación de semejante «consecuencia accesoria» a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico o, en su caso, la mera declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento”.

El planteamiento además de ratificar la división entre personas jurídicas imputables y las no imputables, parece dirigir su persecución a las previsiones del artículo 129 del Código Penal, sin embargo, al aludir a la disolución nos percatamos que, utiliza el verbo contemplar en su forma pasada y que esta sanción no se encuentra en el actual elenco de sanciones del régimen accesorio. El Tribunal, incluso, abre la vía de extinguir simplemente la personalidad jurídica anulando la inscripción de su correspondiente Registro.

La sentencia alude a la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado⁴⁰⁶ y hace suya la doctrina expuesta por la Fiscalía, que viene a ser la siguiente: "Junto a las sociedades que operan con normalidad en el tráfico jurídico mercantil y en cuyo seno se pueden producir comportamientos delictivos, existen otras estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal es precisamente la comisión de delitos. El régimen de responsabilidad de las personas jurídicas no está realmente diseñado para ellas (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes...) de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales. Se entiende así que las sociedades instrumentales aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación el art. 31 bis, especialmente tras la completa regulación de los programas de cumplimiento normativo".

⁴⁰⁶ La nueva Circular de la Fiscalía se elabora tanto para complementar las dudas provocadas por la anterior Circular 1/2011 como para detallar los problemas derivados en la responsabilidad penal de la persona jurídica provocada por la evolución jurisprudencial y las reformas acometida tras su entrada en vigor en el año 2010. La Fiscalía expone que "ya desde su introducción en 2010, el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica fue criticado por un amplio sector doctrinal, que lo consideró incompleto y confuso en muchos de sus aspectos esenciales". La Fiscalía subraya la importante reforma acometida a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo, "Quizá por ello, escasamente cinco años después, con un escaso número de procedimientos dirigidos contra personas jurídicas y sin apenas tiempo para haber evaluado la eficacia de tan novedosa normativa, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, acomete una importante modificación del art. 31 bis, reforma parcialmente el art. 66 bis e introduce tres nuevos artículos, 31 ter, 31 quáter y 31 quinquies que, con la única novedad de extender en este último el régimen de responsabilidad a las sociedades mercantiles públicas, reproducen el contenido de los apartados 2º, 3º, 4º y 5º del art. 31 bis original". Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, pág. 2.

Por tanto, la base fundamental de esta opción se sostiene en las tesis de la Fiscalía que ya venía defendiendo la misma posición desde la inicial configuración de la responsabilidad penal de la persona jurídica: “con anterioridad a la introducción de estos programas, ya advertía la Circular 1/2011 que no se precisaba imputar necesariamente a la persona jurídica en aquellos casos en los que se detectara la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación. Nada impide -se dice en esta Circular- el recurso a la figura de la simulación contractual o a la doctrina del levantamiento del velo” (Circular 1/2016).

Todo ello para llegar a una conclusión que el Tribunal Supremo va a hacer suya y que significa que jurídicamente va a consolidarse un cambio profundo en la configuración de la responsabilidad penal de la persona jurídica y, por ende, de las medidas cautelares que se van a poder adoptar frente a las mismas.

5. La clasificación de las personas jurídicas del Tribunal Supremo.

En aplicación a la doctrina jurisprudencial que hemos expuesto, en la actualidad debemos distinguir entre tres categorías de personas jurídicas en relación a la responsabilidad penal. Las sanciones previstas frente a ellas, sus derechos y garantías procesales, las medidas cautelares que se van a poder adoptar frente a ellas, dependerán de la categoría en la que se encuentren. Puesto que cada categoría de personas jurídicas a recibir un distinto tratamiento penal y procesal. La clasificación de las personas jurídicas a los efectos de la responsabilidad penal de las entidades que consolida el Tribunal Supremo es la siguiente:

5.1. Las personas jurídicas sometidas al régimen ordinario de responsabilidad penal.

La primera categoría la conforman las personas jurídicas que teniendo personalidad jurídica tienen una actividad real y “operan con normalidad en el mercado”. Esta primera

categoría de personas jurídicas van a estar sometidas a la responsabilidad penal prevista en nuestro ordenamiento jurídico y que se ha visto modulada por la reforma operada a través de la LO 1/2015⁴⁰⁷, el sistema diseñado sobre esta nueva responsabilidad penal y todas las cuestiones relacionadas con ella, medidas cautelares incluidas, se van a aplicar sobre ellas.

5.2. *Las personas jurídicas fronterizas.*

La segunda categoría la constituyen las personas jurídicas que si bien tienen una actividad real la mayor parte de su actividad se puede considerar ilegal. Esta segunda categoría está a caballo entre las otras dos, son personas jurídicas que si bien desarrollan cierta actividad real o legal, la mayor parte de su actividad es ilegal. El auto de 19 de mayo de 2014 señala que "el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente irá variando a lo largo del tiempo". Es decir, que es una categoría que supuestamente va a evolucionar y dependiendo de las circunstancias concretas de cada caso estaríamos ante una persona jurídica de la primera categoría o en otro caso de la última categoría. La Fiscalía menciona a modo de ejemplo que "este tipo de sociedades son las utilizadas habitualmente en esquemas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo como instrumento para colocar fondos al socaire de la actividad legal de la sociedad, simulando que es mayor de la que realmente tiene. En la mayoría de los casos se mezclan fondos de origen lícito e ilícito, normalmente incrementando de manera gradual los fondos de origen ilícito" (Circular 1/2016).

El Tribunal Supremo y la Fiscalía en su Circular 1/2016 apuestan sobre la base de la regla segunda del artículo 66 bis del Código Penal que quedan dentro del "círculo de responsabilidad de las personas jurídicas y, en la medida en que tienen un mínimo desarrollo organizativo y cierta actividad, aunque en su mayor parte ilegal, son también

⁴⁰⁷ En este régimen, la previsión de los conocidos como programas de cumplimiento viene a permitir que la responsabilidad penal de las personas jurídicas sea eludida con un programa administrativo en el marco interno de la organización de la persona jurídica.

imputables". Por ello, a esta categoría también se aplicará con todas las garantías el régimen de responsabilidad penal previsto frente a las personas jurídicas.

5.3. *Las personas jurídicas instrumentales.*

La última categoría la constituyen las personas jurídicas instrumentales y que son exclusivamente constituidas para cometer los hechos delictivos, se denominan personas jurídicas instrumentales, sociedades instrumentales o también sociedades "pantalla".

La última categoría de personas jurídicas resulta claramente excluida de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no van a poder ser imputadas, y estas personas jurídicas no van a tener las garantías procesales ni penales que se derivan de la imputación penal. La aproximación jurídica acentúa su carácter instrumental en relación al delito "que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos" (auto de 19 de mayo de 2014, cit.). La Fiscalía en su Circular también manifiesta que "frecuentemente, este tipo de sociedades suele emplearse para un uso único. Por ejemplo, como instrumento para la obtención de una plusvalía simulada mediante la compra y posterior venta de un mismo activo, normalmente un bien inmueble (por su elevado valor) o activos financieros (por su dificultad para conocer su valor real). En esta categoría se incluyen también aquellas sociedades utilizadas para un uso finalista, como mero instrumento para la tenencia o titularidad de los fondos o activos a nombre de la entidad, a modo de velo que oculta a la persona física que realmente posee los fondos o disfruta del activo" (Circular 1/2016).

En relación a esta última categoría, el Tribunal Supremo deja abierta la imposición de la vía del artículo 129 CP y sus medidas accesorias o la vía de una extinción directa acordada por el Juzgador. Pudiera entenderse que, independientemente de las medidas cautelares que se hayan previsto legalmente contra las personas jurídicas en el ámbito de la responsabilidad penal, pudieran adoptarse otras distintas, puesto que en todo caso se sitúan fuera de este ámbito y, por tanto, de las previsiones que se establezcan para la

responsabilidad penal de la persona jurídica. En realidad, esta categoría de personas jurídicas queda excluida de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su normativa específica no les va a ser aplicada en ningún aspecto.

6. El régimen jurídico de las sociedades instrumentales.

6.1. Introducción.

Conforme a la interpretación jurisprudencial, podemos extraer ciertas conclusiones sobre estas personas jurídicas calificadas como estrictamente instrumentales o pantallas, definidas como carentes de cualquier actividad lícita y habiendo sido creadas, exclusivamente, para la comisión de hechos delictivos.

Estas son las bases sobre las que se va cimentar el régimen jurídico que se plantea frente a las personas jurídicas instrumentales:

6.2. Las personas jurídicas instrumentales están excluidas del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas del artículo 31 bis CP.

Las personas jurídicas que son clasificadas como instrumentales están fuera del régimen de responsabilidad penal del artículo 31 bis del Código Penal y, por tanto, no se les va aplicar ninguna regulación jurídica prevista en este régimen.

El motivo es su falta de contenido real, porque se considera que sólo sirven para el delito que es la única razón de su existencia y, por ello, resulta imposible realizar valoraciones como las que establece el artículo 31 bis CP por ejemplo sobre los programas de control internos porque están vacías de contenido lícito.

Para la Fiscalía “las sociedades instrumentales aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación el art. 31 bis, especialmente tras la completa regulación de los programas de

cumplimiento normativo”⁴⁰⁸, que establece un régimen de responsabilidad más benévolo que las regulaciones anteriores.

6.3. *La exclusiva responsabilidad de las personas físicas.*

Al considerarse a estas sociedades como simples instrumentos el régimen punitivo se aplicará exclusivamente frente a las personas físicas, en concreto frente a las personas físicas que dirigen a estas personas jurídicas instrumentales. Es la vuelta a la clásica teoría del levantamiento del velo societario, construida jurisprudencialmente.

6.4. *La doctrina del levantamiento del velo societario.*

La técnica jurídica que utiliza la jurisprudencia no es otra que la conocida como la teoría del levantamiento del velo societario. Se trata de una técnica por la que retira la protección de la personalidad jurídica y, desechándola, se centra en el individuo que esconde en su interior para, posteriormente, cargar sobre este individuo las responsabilidades y las obligaciones. Es decir, justamente lo que se pretende con las sociedades instrumentales en el ámbito penal.

Por ello, la creación de esta categoría jurídica de sociedades instrumentales en cierto modo es retroceder a los antiguos instrumentos de combatir el fraude y el abuso de la personalidad jurídica. Después de evoluciones constantes en nuestro ordenamiento jurídico penal, introduciendo en cada estadio regulaciones específicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las más reseñables las consecuencias accesorias introducidas en el año 1995, el reforzamiento de la responsabilidad a través de la modificación del artículo 31 CP en el año 2003, la introducción de la responsabilidad penal autónoma en el año 2010, la reforma de la normativa en el año 2015, volvemos a utilizar un instrumento que es del pasado, es la vuelta de la teoría del levantamiento del velo societario, una doctrina que aferrándose a la prohibición general del fraude de ley y del abuso del derecho establecidos en los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil, la

⁴⁰⁸ Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, pág. 27.

jurisprudencia construyó para frenar el abuso de la utilización de las formas que otorga la personalidad jurídica, es decir, mediante la aplicación de esta doctrina deja sin efecto la personalidad jurídica, la propia persona jurídica, descubriendo y responsabilizando a la persona real que permanece oculta tras el manto societario.

La doctrina fue consciente de la posibilidad de que se abusase de la personalidad jurídica con el objetivo primordial de esquivar la regulación nuclear del artículo 1991 del Código Civil que estipula una responsabilidad patrimonial universal y extendida al futuro. Como señala RESCIGNO no vale oponer la personalidad jurídica “cuando a la persona jurídica se le haya de aplicar una norma referente a cualidades, situaciones o planteamientos típicamente humanos; y cuando el instrumento de la persona jurídica sirva de medio para violar deberes impuestos por la ley o por un contrato”⁴⁰⁹.

En estos casos, se quiere sacar a relucir los intereses de los individuos que se esconden detrás del manto de la personalidad jurídica, se trata de levantar el velo societario y trasladar al individuo las obligaciones y responsabilidades que trata de eludir. En todo caso, al haber sido esta doctrina construida por la doctrina jurisprudencial y, es preciso acudir a la jurisprudencia para conocer su finalidad, característica y efectos.

La doctrina del levantamiento del velo jurídico fue creada por el Tribunal Supremo en el año 1984, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 1196/1984, de 28 de mayo, formuló en base a este argumentos “que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución Española (artículos 1.1 y 9.3) se ha decidido prudencialmente, y según los casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (artículo 7.1 del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (artículo 6.4 del Código Civil)

⁴⁰⁹ La referencia se incluye en LACRUZ BERDEJO, J.L. (dir) *Parte General del Derecho Civil, volumen segundo personas*, 1990, Bosch, pág. 256.

admitiéndose la posibilidad de que los Jueces puedan penetrar (levantar el velo jurídico) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo 7.2 del Código Civil) en daño ajeno o de los derechos de los demás (artículo 10 CE) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho”.

El fundamento de la doctrina la recoge el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 2887/1991, de 3 de junio, cimentándola en el fraude de la ley y el perjuicio que se ocasiona al tercero, “la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica, acogido por esta Sala en abundantes sentencias, (que) proscribe la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete fraude de ley o se perjudican derechos de terceros, escudándose en que el ente social es algo distinto a sus elementos personales constitutivos”.

En definitiva, se prohíbe que la personalidad jurídica prevalezca si la creación de esta personalidad jurídica tiene como objeto cometer un fraude de ley o perjudicar derechos de terceros. La consecuencia jurídica de la doctrina es levantar o apartar la personalidad jurídica que proporciona el ordenamiento jurídico a las personas jurídicas y dejarla sin efectos⁴¹⁰, cargando las consecuencias jurídicas sobre las personas, físicas o jurídicas, que conforman el sustrato personal de la persona jurídica y que han simulado fraudulentamente la ficción al amparo de la ley, para reponer en sus justos límites la situación patrimonial alterada y menoscabada o, en este caso, la carga de la responsabilidad penal.

El efecto de la utilización de la técnica de esta doctrina supone abandonar las cuestiones formales que otorga la personalidad jurídica y buscar a los titulares reales para endosarles las obligaciones jurídicas que les correspondan. Se trata de una doctrina consolidada en nuestro más alto tribunal, así en la STS núm. 1019/1998, de 9 de noviembre, se recuerda la doctrina consolidada por la que “en cierto casos, y circunstancias es permisible penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma

⁴¹⁰ La expresión levantar el velo se acogió de la voz inglesa 'lifting the veil'.

legal -de respeto obligado, por supuesto,- se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos, o bien ser utilizada como vehículo de fraude”.

En cuanto a su ámbito de aplicación, la STS núm. 967/2000, de 17 de octubre, establece su aplicación “cuando consta probado que la sociedad, en cuestión, carece de funcionamiento real e independiente respecto de la otra persona que la controla, con lo que se convierte en simple instrumento de otra u otros para actuar en el tráfico mercantil sin voluntad , ni personalidad propia”, reiterando la sentencia que “la citada doctrina jurisprudencial tiene aplicación limitada, pues lo normal es el obligado respeto a la forma legal, aunque excepcionalmente, cuando se evidencia que la forma esconde una ficción, quepa penetrar en sustrato personal de dichas entidades o sociedades, para evitar el perjuicio a terceros y su utilización como vehículo de fraude”.

Ante la doctrina del levantamiento del velo societario no cabe alegar la separación de patrimonios que otorga la personalidad jurídica, al entenderse que existe un uso fraudulento de ésta para esquivar las obligaciones que hubieran correspondido contractual o extracontractualmente. Así, la STS núm. 630/2010, de 14 de octubre, proclama que “la doctrina del levantamiento del velo es un instrumento jurídico que se pone al servicio de una persona, física o jurídica, para hacer efectiva una legitimación pasiva distinta de la que resulta de la relación, contractual o extracontractual, mantenida con una determinada entidad o sociedad a la que la ley confiere personalidad jurídica propia, convirtiendo a los que serían terceros, -los socios o la sociedad- en parte responsable a partir de una aplicación, ponderada y restrictiva de la misma, que permita constatar una situación de abuso de la personalidad jurídica societaria perjudicial a los intereses públicos o privados”.

No obstante, la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo jurídico requiere de cautela. El uso generalizado de la doctrina podría vaciar por completo todas las instituciones societarias basadas en la personalidad jurídica y no debemos olvidar que el tráfico mercantil está basado en el derecho societario. Por tanto, ante la ausencia de una regulación el Tribunal Supremo ha señalado el carácter excepcional de esta doctrina en numerosas ocasiones “... ni la titularidad de una pluralidad de sociedades, ni la identidad de intereses entre ellas, es suficiente por sí sola para invocar la doctrina del levantamiento

del velo, la cual, por lo demás debe ser objeto de aplicación excepcional (SSTS núm. 911/2002, 4 de octubre, núm. 845/2003, 11 de septiembre, núm. 1105/2007, 29 de octubre, núm. 475/2008, 26 de mayo). Las advertencias sobre la excepcionalidad de la doctrina en el Tribunal Supremo son constantes y su uso es restrictivo limitándose en un autentico uso antisocial del Derecho, en su sentencia núm. 324/2008, de 12 de mayo, que ”la personalidad jurídica de las sociedades es un instrumento crucial en el tráfico jurídico, en un sistema que admite incluso la sociedad unipersonal, y han de ser excepcionales, y bien fundadas, en la existencia de perjuicio o fraude, las posibilidades de desconocerla o de prescindir de ella cuando, en principio, haya de ser tenida como centro de imputación o sujeto de derechos y obligaciones”.

En el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo núm. 326/2012, de 30 de mayo, y núm. 796/2012, de 3 de enero, proclaman el uso restrictivo de la doctrina del levantamiento del velo jurídico y, subrayan, su excepcionalidad. “siendo la norma general la de ser respetar la personalidad de las sociedades de capital y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones asumidas por dichas entidades, que no afecta a sus socios ni administradores, salvo en los supuestos expresamente previstos en la Ley, conllevando dicho carácter excepcional que se acrediten aquellas circunstancias que ponen en evidencia de forma clara el abuso de la personalidad de la sociedad”.

6.5. La posibilidad de aplicar el régimen de las consecuencias accesorias del art. 129 CP a las sociedades instrumentales.

En relación al régimen jurídico que se va a aplicar a las personas jurídicas instrumentales sabemos que la misma no se va a encauzar a través del art. 31 bis CP al entenderse que no reúnen la capacidad para ser imputadas penalmente. Sin embargo, las personas jurídicas van a encontrarse en el marco de un procedimiento penal que va a arrojar efectos jurídicos que la van a afectar de lleno. Evidentemente estamos ante un régimen de responsabilidad de las personas jurídicas del ámbito penal que, sin embargo, al no tener un régimen regulatorio normativo está cargada de grandes dosis de inseguridad. Tendremos que esperar a la jurisprudencia, a salvo que el legislador quiera regular esta figura, la que afinará el régimen jurídico de las sociedades instrumentales.

La primera cuestión que se nos plantea es la posibilidad de dirigir el régimen jurídico de las sociedades instrumentales al régimen jurídico de las consecuencias accesorias del art. 129 CP. Al estudiar los regímenes jurídicos del art. 129 CP hemos comprobado que se aplican a las entidades que carecen de personalidad jurídica. Por tanto, podría considerarse que también las sociedades instrumentales se despojan de su personalidad jurídica y se podría aplicar directamente el régimen accesorio. La gran ventaja que nos proporcionaría esta solución es tener una normativa de derechos y obligaciones concreto de referencia, a pesar de todas las inseguridades que también nos provoca el marco del art. 129 CP.

El Tribunal Supremo, en su sentencia 154/2016, de 29 de febrero, parece apuntar a esa posibilidad cuando sostiene que “quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del art. 129 CP, que contemplaba la aplicación de semejante «consecuencia accesoria» a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico”.

El problema de la alusión que se efectúa proviene en primer lugar, de que se utiliza un tiempo pasado en el verbo contemplar al referirse al art. 129 CP y que, además, en la actual regulación del art. 129 no existe ninguna sanción de disolución. Por lo que, concluimos, que el Tribunal Supremo se dirige a la antigua redacción del art. 129 CP, es decir, a las consecuencias accesorias del año 1995.

Además, la sentencia del Tribunal Supremo, núm. 154/2016, de 29 de febrero, nos proporciona algún dato sobre el régimen jurídico que se pretende aplicar. Así, las consecuencias de que la persona jurídica resulte no imputable tendrán “una indiscutible trascendencia procesal pues esta resulta privada de los derechos y garantías que, a semejanza de la imputada persona física, fueron introducidos en la LECRim por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal”.

El descartar la aplicación de las normas procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas supone también descartar la aplicación del régimen regulatorio de las

consecuencias accesorias del art. 129 CP⁴¹¹, puesto que a este régimen se le aplican estas normas procesales al forma parte de esta especial responsabilidad penal.

Por lo tanto, podemos concluir, que la referencia del Tribunal Supremo a las disposiciones del art. 129 CP no se realiza por entender que las sociedades instrumentales se deben recibir el tratamiento de las entidades que engloba su régimen. Se alude a las consecuencias accesorias exclusivamente para referirse a la punibilidad que se debe aplicar sobre las personas instrumentales y para remarcar que en ningún caso estamos ante las garantías de separación de patrimonio y autonomía que otorga la personalidad jurídica.

6.6. *Posibles alternativas para las sociedades instrumentales.*

Ante el vacío normativo y descartada la aplicación de las disposiciones de las consecuencias accesorias del art. 129 CP, la única guía que nos proporciona el Tribunal Supremo, en su sentencia 54/2016, de 29 de febrero, sobre la posible encauzamiento procesal de las sociedades instrumentales es la más expeditiva: “la mera declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento”. A este mismo efecto se refiere, en nuestra opinión, cuando apunta a la disolución que se preveía en la antigua regulación del art. 129 CP.

Esta es la vía por la que parece optar la Fiscalía que, en la Circular 1/2016, propone con respecto a las sociedades mercantiles que “el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas no está realmente diseñado para ellas (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes...) de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales”.

⁴¹¹ Para MARTIN SAGRADO no es posible que el régimen de las consecuencias accesorias del art. 129 CP puedan aplicarse sobre la base de que las sociedades instrumentales tienen personalidad jurídica y que su ámbito no incluye a éstas. MARTÍN SAGRADO, O., “El decomiso de las sociedades pantallas”, *Diario La Ley*, núm. 8768, 2016, La Ley, pág. 6. Argumento que no compartimos puesto que el art. 129 CP se aplica también a personas jurídicas por las remisiones directas de determinados tipos delictivos al art. 129 CP.

La Fiscalía apunta al alejamiento de las sociedades instrumentales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y apunta a la aplicación de medidas cautelares contundentes para ellas, sin concretar el régimen jurídico. Es decir, la propuesta parece ser la de aplicar la extinción directa de la persona jurídica directamente. Sin ni siquiera esperar al pronunciamiento condenatorio firme de la sentencia.

6.7. *El decomiso.*

Al apostar por la extinción directa e inmediata de las sociedades instrumentales, la solución que se plantea para éstas pasa por la aplicación de la normativa del decomiso⁴¹². El decomiso ha también ha sufrido una modificación sustancial a raíz de la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europeo ha sido traspuesto en el ordenamiento jurídico español por la LO 1/2015, de 30 de marzo⁴¹³.

La regulación básica del decomiso se contiene en el art. 127 CP que dispone que:

“1. Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el juez o tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias

⁴¹² Como hemos señalado la Fiscalía propone esta aplicación en su Circular 1/2016, págs. 26-27; Y, también NEIRA PENA propone que “la solución, ante la comisión de delitos en el seno de las denominadas sociedades pantalla, debe consistir, tal y como ya señalara la FGE en su Circular 1/2011, y como ha reiterado en su reciente Circular 1/2016, en aplicar la doctrina del levantamiento del velo, imputando únicamente a las personas físicas y acordando la disolución y el decomiso de los bienes de las personas jurídicas instrumentales”. NEIRA PENA, A.M., “La aplicación jurisprudencial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Reflexiones sobre la STS 154/2016, de 29 de febrero, primera sentencia de condena del TS frente a una persona jurídica”, *Diario La Ley*, núm. 8736, 2016, La Ley, pág. 2.

⁴¹³ CACHÓN CADENAS, M., “El procedimiento de decomiso autónomo” en *El nuevo proceso penal tras la reforma de 2015*, AA.VV. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (dir.), 2016, Atelier, pág. 351.

provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición”.

Como podemos observar se trata de un concepto muy impreciso⁴¹⁴ y, además, la nueva regulación a través del art. 127 ter CP desarrolla la posibilidad de acordar el decomiso aunque no medie sentencia condenatoria y, por tanto, pena⁴¹⁵.

El nuevo procedimiento se ha introducido en la LECRim a través de la Ley 41/2015, de 5 de octubre y se denomina procedimiento de decomiso autónomo y su regulación permite inclusive dirigir la acción de decomiso contra terceros ajenos⁴¹⁶ al proceso penal (art. 127 quáter CP)⁴¹⁷.

Se trata de un procedimiento que por enésima vez se guía por las normas procesales civiles y, por ello, se pretende acomodar a las previsiones procesales del juicio verbal con las especialidades del ámbito penal (art. 803 ter g) LECRim)⁴¹⁸. Por tanto, nos

⁴¹⁴ FRANCO ARIAS tiene la impresión “de que, prácticamente, se permite decomisarlo todo, con o sin sentencia penal de por medio. Es suficiente con que, mínimamente, haya algún indicio que permita «olerse» que los hechos pueden tener alguna vinculación con algunos de la larga lista de delitos que se recogen en el art. 127 CP”. FRANCO ARIAS, J., “Una pincelada sobre el procedimiento de decomiso autónomo” en *El nuevo proceso penal tras la reforma de 2015*, AA.VV. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (dir), 2016, Atelier, pág. 366.

⁴¹⁵ Desarrolla y complementa la previsión normativa que existía en el antiguo contenido del apartado 4 del art. 127 CP.

⁴¹⁶ DÍAZ CABIALE, J.A., “El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-10, 2016, pág. 63.

⁴¹⁷ En esta clasificación profundiza DOLZ LAGO, M.J., “Los decomisos: aproximación a sus aspectos sustantivos y procesales tras las reformas del 2015”, *La Ley Penal*, núm. 124, 2017, Wolters Kluwer, págs. 11-15.

⁴¹⁸ *Vid* al respecto, entre otros, CACHÓN CADENAS, M., “El procedimiento de...”, en *El nuevo proceso ...*, *op.cit.*, págs. 359-360. No obstante, para FRANCO ARIAS, se trata de un procedimiento híbrido entre

encontraremos con un procedimiento en que existirá una demanda y la posibilidad de contestar la misma⁴¹⁹. Y, la sentencia se ajustará a los efectos de los recursos a lo previsto para el procedimiento penal abreviado (art. 803 ter r) LECrim)⁴²⁰.

La potencial aplicación al régimen de las sociedades instrumentales vendría del contenido de la regulación del art. 129 octies del CP, que permite con la finalidad de garantizar la efectividad del decomiso⁴²¹, que los bienes, medios, instrumentos y ganancias⁴²² puedan “ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias”.

6.8. *La declaración de la instrumentalidad como garantía jurídica.*

El régimen jurídico de las sociedades instrumentales tiene un momento procesal fundamental que es el de la decisión judicial de considerar a una entidad como instrumental. Por ello, esta decisión trascendental debe constituir la primera garantía procesal de este nuevo régimen jurídico.

Los filtros jurídicos que pueden desencadenar la calificación de una sociedad como instrumental provocan una gran inseguridad jurídica como hemos comprobado al referirnos a su contenido. Por ello, podemos establecer los siguientes filtros jurídicos⁴²³

el juicio verbal civil y el proceso penal abreviado. FRANCO ARIAS, J., “Una pincelada sobre...” en *El nuevo proceso...*, *op.cit.*, págs. 368-372.

⁴¹⁹ En relación a la prueba y los indicios para aplicar este procedimiento resulta interesante la opinión de MUÑOZ SABATE, LL., “La prueba del decomiso: el artículo 127 del Código Penal o del mal saber y redactar la leyes” en *El nuevo proceso penal tras la reforma de 2015*, AA.VV. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (dir), 2016, Atelier, págs. 381-385..

⁴²⁰ Para profundizar más en la cuestión recientemente ha publicado una obra sobre la materia: GONZÁLEZ CANO, M.I, *El decomiso como instrumento de la cooperación judicial en la Unión Europea y su incorporación al proceso penal español*, Tirant lo Blanch, 2016.

⁴²¹ MARTÍN SAGRADO, O., “El decomiso de las sociedades pantallas”, *Diario La Ley*, núm. 8768, 2016, La Ley, pág. 8.

⁴²² ARMENTA DEU llega a calificar a la modalidad de decomiso regulada en este art. 127 octies CP como un decomiso cautelar. ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 2015, Marcial Pons, pág. 239.

⁴²³ HORMAZÁBAL MALARÉE, H., “Personas jurídicas penalmente...”, *op.cit.*, págs. 3-5.

hasta llegar a la posible calificación de instrumental⁴²⁴ de la persona jurídica en el proceso penal:

En primer lugar, debemos situarnos obligatoriamente ante la comisión de un delito y que este delito debe pertenecer al catálogo de los delitos que se pueden atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, lo son los tipos delictivos que han incluido esta posibilidad en su regulación y las remisiones directas al contenido del art. 129 CP.

En segundo lugar, y actuando como un segundo filtro jurídico, se va a tener que decidir si la entidad concreta va poder ser imputada o no. Y, la cuestión nuclear para superar este filtro va a ser la actividad que desarrolla la entidad supraindividual, el análisis de su actividad y su legalidad proporcionará al juez instructor los elementos para esta decisión procesal. HORMAZÁBAL MALARÉE sostiene que “no basta, en consecuencia, que formalmente se les haya reconocido la personalidad jurídica, sino que materialmente la tengan y la ejerzan actuando en el tráfico jurídico. Solo éstas son susceptibles de que les puedan ser imputados alguno de los delitos que se contemplan en el CP como de posible responsabilidad de las personas jurídicas. Por el contrario, las personas jurídicas meramente ficticias que no tiene otro propósito que delinquir o encubrir actividades ilegales, están al margen del sistema penal para las personas jurídicas y, por lo tanto, de las garantías que el mismo ofrece”⁴²⁵. El filtro jurídico opera considerando que algunas personas jurídicas no son tal, en realidad son simples instrumentos o pantallas. El problema radica en aplicar criterios objetivos en esta cuestión sin caer en el ámbito de la absoluta discrecionalidad y la inseguridad jurídica, puesto que las personas jurídicas que son simples instrumentos van a resultar inimputables.

⁴²⁴ Volvemos a subrayar que todo ello a pesar de la previsión normativa prevista con la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de la responsabilidad penal de la persona jurídica. La superación de los filtros jurídicos abriría la posibilidad de imputar a la persona jurídica conforme a las previsiones del artículo 119 LECRim.

⁴²⁵ El autor acude a GÓMEZ-JARA DÍEZ y apuesta por considerar “el modelo de responsabilidad de las personas jurídicas es una construcción social de carácter normativo completamente diferente del de la responsabilidad de las personas naturales en la que se constata que hay personas jurídicas que normativamente quedan al margen del sistema, es decir de personas que no están comprendidas dentro del círculo de las personas jurídicas que son penalmente responsables”. HORMAZÁBAL MALARÉE, H., “Personas jurídicas penalmente...”, *op.cit.*, pág. 3.

6.9. *Las medidas cautelares y las sociedades instrumentales.*

La proyección de estos problemas se despliega con toda su nitidez y crudeza, en las medidas cautelares, una vez que los Tribunales han permitido o avalado la exclusión de determinadas personas jurídicas de la responsabilidad penal y, sobre todo, del estatus de garantías procesales que ésta lleva acarreada, nos encontramos que sobre ellas se van a poder adoptar medidas cautelares de todo tipo, bien las previstas para las personas jurídicas dentro del marco de su responsabilidad penal bien las previstas en la LECRim o en la LEC.

Las medidas cautelares que se prevén en el ordenamiento jurídico, independientemente del debate de si para las personas jurídicas se pueden adoptar algunas concretas o en cambio se pueden adoptar cualesquiera previstas sin restricción, son de una altísima intensidad y la mayoría de las previstas acarrea, como hemos señalado en más de una ocasión, la muerte o el final real de la persona jurídica a la que le son impuestas. Lo único necesario, dicho sea con simpleza, para la adopción de las mismas, además de los criterios formalistas, es la existencia de una solicitud de unas medidas en concreto, la motivación del juez de instrucción y el permitir el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa, de la persona jurídica. Pues bien, en el caso de que la sociedad sea catalogada como instrumental no va a tener derecho a un proceso penal con todas las garantías. Su defensa recaerá en la persona física que rige sus destinos, y sin embargo, la entidad recibirá las consecuencias de las medidas restrictivas de sus derechos fundamentales, provocando, seguramente, su extinción de facto.

Las consecuencias del régimen de las personas jurídicas instrumentales son tan intensas que no va quedar otro remedio que incluir una medida garantista que, además, permita el ejercicio del derecho a la defensa de la persona jurídica afectada.

Mucho nos tememos que este último es el planteamiento jurisprudencial, puesto que no es otra la finalidad que motiva la creación del régimen jurídico de la categoría de entidades

instrumentales: que se adopten cualquier tipo de medidas cautelares de forma más amplia e informal. Sólo en el caso, de que la persona jurídica no sea considerada instrumental, y por consiguiente, se le pueda exigir la responsabilidad penal se le podrán aplicar las disposiciones del art. 31 bis CP y entonces “en puridad cabrá, a tenor de lo previsto en el referido artículo 33.7 del CP y con las formalidades previstas en el art. 544 quáter de la LECRim, en el curso del pronunciamiento sobre la procedencia de medidas cautelares, tener en consideración alguna de carácter conservativo”.

En todo caso, existen antecedentes sobre los que no se ha pronunciado el Tribunal Supremo y la Sala de la Audiencia Nacional como, por ejemplo, el auto de 11 de octubre de 2011 del Juzgado Central de Instrucción número 6 de la Audiencia Nacional.

Este auto que curiosamente se trata del primer auto de procesamiento contra las personas jurídicas y fue dictado el mismo día de la publicación de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal que introdujo en el ordenamiento jurídico la reforma procesal del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas aprobado por la LO 5/2010, de 22 de junio. Es decir, en el primer auto de procesamiento no se pudieron aplicar las normas procesales de la reforma procesal puesto que todavía no estaban vigentes.

La cuestión de las medidas cautelares y los sociedades instrumentales es lo más llamativo también del auto de 11 de octubre de 2011 del Juzgado Central de Instrucción número 6 de la Audiencia Nacional. Una vez realizado el acto de imputación formal en base al artículo 384 LECRim, la decisión del juez instructor va a ser considerar instrumentales a las personas jurídicas y aplicará los efectos que considera inherentes a esta declaración.

Por ello, nos llama poderosamente la atención, la adopción de las medidas cautelares sin tan siquiera permitir que las personas jurídicas se personasen en la causa y sin que tuvieran derecho a defenderse. Así, previamente al auto de procesamiento y la consideración de las personas jurídicas como instrumentales, se han adoptado unas medidas cautelares intensísimas. Curiosamente el auto de procesamiento posterior a la adopción de medidas cautelares se dirige contra todas las personas jurídicas involucrados

en el proceso, en cambio en la adopción de las medidas cautelares se les ha considerado de facto⁴²⁶ fuera de los supuestos de la responsabilidad penal y, por tanto, no se les considera ni con derecho a ejercer la defensa de sus derechos e intereses⁴²⁷.

El auto de procesamiento que, además de a las personas físicas, incluye a cinco personas jurídicas por un delito contra la salud pública tipificado en el artículo 386 CP, sorprende por sus medidas cautelares. También el análisis que realiza NEIRA PENA⁴²⁸ subraya este hecho “al referirse el Juez a la ratificación pone de manifiesto que no se trata de una adopción *ex novo* de medidas cautelares, sino que las mismas han sido adoptadas con anterioridad”.

La consideración de las personas jurídicas instrumentales surte sus efectos en las medidas cautelares, que como venimos recordando es el núcleo esencial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y coincidimos plenamente con NEIRA PENA⁴²⁹ en que es lo más relevante. La adopción de las medidas cautelares de clausura y suspensión cautelar de actividades frente a las personas jurídicas involucradas adolece de falta de fundamentación en el citado auto. En opinión de la autora no se conoce ni la finalidad que persigue el juez instructor con las medidas cautelares adoptadas, no se sabe si la motivación de las medidas es asegurar las futuras responsabilidades pecuniarias, para lo cual podrían existir medidas más adecuadas que las adoptadas que provocan la “muerte mercantil” de las personas jurídicas, o si la motivación es prevenir la reiteración delictiva,

⁴²⁶ No existe ninguna resolución del juez instructor declarando que las personas jurídicas fueran sociedades instrumentales o pantallas y, por tanto, estuvieran exentas de responsabilidad penal.

⁴²⁷ Coincidimos plenamente con FRAGO AMADA que prevé la posibilidad de la anulación de este tipo de resoluciones por parte del Tribunal Constitucional, citando expresamente la sentencia del Tribunal Constitucional 266/2015 “que anuló dos Sentencias de la jurisdicción ordinaria por anular unas escrituras sin haber personado como responsable civil al afectado por dicho pronunciamiento”. FRAGO AMADA, J.A., “La recuperación de activos descapitalizados en las insolvencias concursales, con especial referencia a la nueva responsabilidad penal de la persona jurídica”, *La Ley Penal*, núm.124, 2017, Wolters Kluwer, pág. 4.

⁴²⁸ Los comentarios de la autora sobre al primer auto de procesamiento contra personas jurídicas también ponen el acento en la cuestión de la instrumentalización de las sociedades involucradas en el proceso penal. NEIRA PENA, A., “Primer auto de procesamiento contra personas jurídicas. Comentario del auto de 11 de octubre de 2011 del Juzgado Central de Instrucción 6 de la AN”, *Diario La Ley*, número 7768. 2012, La Ley, pág.1 y ss.

⁴²⁹ NEIRA PENA, A., “Primer auto de procesamiento...”, *op.cit.*, pág. 4.

en cuyo caso las medidas adoptadas pudieran ser adecuadas, siempre que se motiven adecuadamente.

En todo caso, la cualidad de las medidas cautelares, sin restar un ápice a la gravedad de los hechos que se investigan, deja en evidencia que a pesar de la intención del anuncio del legislador⁴³⁰ sobre la prevalencia de la pena de multa en el apartado de las sanciones a aplicar en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el primer asunto se aplican las medidas cautelares más intensas como son los de la clausura y la suspensión de actividades por el periodo de dos años.

Por último, a pesar de que la tardía reforma procesal que acompaña a la responsabilidad de las personas jurídicas no se encontraba en vigor⁴³¹, el juez instructor adopta su resolución teniendo en cuenta la regulación procesal que se acababa de introducir en nuestro ordenamiento jurídico y aplica parte de sus normas regulatorias en este supuesto concreto. Así, aplica en el supuesto de hecho ciertas previsiones normativas que se establecen en la normativa procesal como la declaración de las personas jurídicas como imputadas. No obstante, la dirección que parecía apuntar este auto sobre el otorgamiento de ciertas garantías procesales se interrumpió y se pasó a la creación de la figura de las sociedades instrumentales, como hemos podido estudiar. Porque fue este mismo Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional el que mediante la resolución judicial de 14 de febrero de 2014 provocó la creación del concepto de las entidades instrumentales.

⁴³⁰ Exposición de Motivos al introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la LO 5/2010, de 23 de diciembre.

⁴³¹ La Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, entró en vigor el día 31 de octubre de 2011 y el auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional es de 11 de octubre de 2011.

6.10. *El trámite procesal de la calificación de la entidad como instrumental.*

Por ello, se va a exigir un trámite en los procedimientos penales en la fase de instrucción, un trámite que a pesar de no existir normativamente, va a ser necesario a raíz y como consecuencia de este nuevo régimen. El juez de instrucción va a tener que decidir sobre la clasificación de la persona jurídica incurso en el proceso penal y determinar su estatus procesal; debe concretarse “cuál ha de ser la situación y pronunciarse fundada y motivadamente sobre el estatus jurídico procesal de las personas jurídicas incursas en el procedimiento y en su caso efectuar la imputación a que se refieren los arts. 118 y 119 de la LECRim”.

La exigencia al juez de instrucción es la de una decisión expresa, sin que se señale la forma que debe tener tal decisión, que, en nuestra opinión, debe tener la forma de auto por la especial trascendencia que tiene la decisión y su exigencia de motivación.

La categorización establecida va a suponer en la práctica forense que las personas jurídicas que están siendo investigadas en cualquier procedimiento penal van a tener que ser clasificadas⁴³². El juez de instrucción va a tener que señalar a qué categoría, de las tres establecidas, pertenece la persona jurídica y si es imputable o, en caso contrario, es inimputable. Esta decisión judicial va a resultar fundamental para conocer el régimen de responsabilidades, y las concretas medidas cautelares, que va a afrontar la persona jurídica.

La importancia de que esta clasificación sea conocida y puede ser recurrida por la persona jurídica es fundamental, y por ello, y en aras de permitir que las personas jurídicas catalogadas de instrumentales o pantallas puedan ejercer su derecho constitucional a la defensa, debiéndose en todo caso permitirse su personación en el procedimiento, conforme al criterio de la Sala de la Audiencia Nacional en el citado auto de 19 de mayo de 2014, “para que pueda ejercitar adecuadamente su derecho de defensa una vez haya

⁴³² Van a ser tres las categorías establecidas definitivamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo conforme a la sentencia núm. 154/2016.

tenido suficiente acceso al resultado de la investigación y pueda instar lo que a su derecho convenga en su defensa, incluso para que se le impute formalmente llegado el caso”.

6.11. *La forma de la resolución judicial que califica a la entidad como instrumental.*

La resolución judicial adoptada debería tener la forma de auto, en nuestra opinión, para permitir su recurso. Debemos recordar que el artículo 141 LECRim establece que los autos se dictarán “cuando decidan incidentes o puntos esenciales que afecten de una manera directa a los investigados o encausados, responsables civiles, acusadores particulares o actores civiles; cuando decidan la competencia del Juzgado o Tribunal, la procedencia o improcedencia de la recusación, cuando decidan recursos contra providencias o decretos, la prisión o libertad provisional, la admisión o denegación de prueba o del derecho de justicia gratuita o afecten a un derecho fundamental y, finalmente, los demás que según las Leyes deben fundarse”. Creemos que la adopción de la forma de auto es importante, puesto que esta decisión puede ser esencial en el devenir procesal penal y es el que más garantías ofrece para las entidades encausadas.

En el caso de que la resolución adopte la forma de providencia (que es conforme al artículo 141 LECRim puede ser utilizada para “cuando resuelvan cuestiones procesales reservadas al Juez y que no requieran legalmente la forma de auto”) se puede llegar a hurtar a la persona jurídica de la posibilidad de recurrir la decisión judicial. También el artículo 245 LOPJ establece que se denominan providencia las resoluciones judiciales que tengan por objeto la ordenación material del proceso. El problema puede surgir, en el procedimiento abreviado penal⁴³³, porque el artículo 766.1 LECRim permite la interposición de los recursos de reforma y de apelación contra los autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal que no estén exceptuados de recurso, es decir, estos recursos se pueden interponer frente a los autos y no frente a las providencias. Por ello, si la resolución judicial del juez de instrucción adoptase la forma de providencia podríamos

⁴³³ Estadísticamente se trata del procedimiento más habitual de nuestro sistema judicial penal.

encontrarnos con la imposibilidad de recurrir, en el caso del procedimiento abreviado, en reforma o en apelación dicha decisión.

De todos modos, dada la importancia de la resolución judicial en torno a esta cuestión no debe olvidarse que aunque el juez de instrucción pueda adoptar la forma de providencia, el Tribunal Constitucional ha establecido, en su sentencia 349/1993, de 22 de noviembre, que procede la admisión del recurso de reforma puesto que de lo contrario supondría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 24 CE; así con el consiguiente derecho a acceder a los recursos, puesto que la providencia del juez de instrucción, clasificando a la persona jurídica, supera el carácter instrumental y exige una motivación y fundamento expreso.

El problema surge por cuanto la resolución de clasificación de la persona jurídica no tiene ninguna previsión normativa y, como hemos señalado, se sustenta en los criterios de interpretación que establece el Tribunal Supremo. Lo más habitual en la práctica forense puede ser la denegación de la personación de la persona jurídica que está siendo investigada. Por entender que, conforme a las circunstancias, no puede ser imputada y, por tanto, quedar fuera del régimen de responsabilidad penal diseñado para las personas jurídicas.

En todo caso, se debe exigir que esta resolución judicial debe ser anterior a la adopción de las medidas cautelares⁴³⁴, ser expresa, y permitir, en ejercicio del derecho a la defensa, el poder entablar los recursos pertinentes, en caso de desacuerdo de la persona jurídica afectada.

6.12. El derecho a la defensa y las sociedades instrumentales.

Hemos podido observar en la práctica forense, conforme a los autos que hemos analizado, que la calificación de una sociedad instrumental ha posibilitado incluso su personación en

⁴³⁴ Como señala la Sala de la Audiencia Nacional en el auto de 19 de mayo de 2014, el juzgado se debe pronunciar de forma expresa y motivada el juzgado con carácter previo a la adopción de medidas cautelares por los artículos que fueron invocados por el instructor.

la causa penal. En nuestra opinión, el derecho a conocer la resolución por la que se califica de instrumental a una persona jurídica no es obstáculo para que pueda ejercer su derecho a la defensa con toda la amplitud que le otorga nuestro ordenamiento jurídico⁴³⁵.

Se puede desprender de la jurisprudencia que estamos citando, que no se va a permitir a estas personas jurídicas ser partícipes, en calidad de encausadas, investigadas o imputadas, en el procedimiento penal. Por entenderse que es inútil dotar a estas personas jurídicas de defensa y garantías en el proceso penal porque las sociedades instrumentales aunque dotadas formalmente de personalidad jurídica no tienen contenido real excepto para la comisión de delitos.

Por tanto, estas personas jurídicas cuando reciban el calificativo de sociedades instrumentales o pantallas van a dejar de tener derechos propios en el proceso penal, no van poder ejercer su defensa, van a ser tratados como simples instrumentos del delito y por no ser no serán ni siquiera responsables penales.

Sin embargo, en nuestra opinión, podríamos partir de que el otorgamiento de la personalidad jurídica transmite la titularidad de los derechos fundamentales a la persona jurídica y que es necesario un proceso formal para retirar estos derechos fundamentales. Y, ese proceso formal debe estar rodeado de las mayores garantías si se trata del marco jurídico penal.

Y, aún en el supuesto de que se entienda que no existe ninguna personalidad, porque la personalidad de la sociedad instrumental es fraudulenta, no debemos olvidar que el derecho a la defensa consagrada en el artículo 24.2 CE se permite a todo tipo de entidades.

La imposición de medidas que tengan esta grave afección y limitación de derechos fundamentales tiene que ir en todo caso rodeado de todas las garantías del Derecho Penal. El art. 24 CE posibilita la defensa ante cualquier acusación que se formule y, por ello, la

⁴³⁵ No obstante, GÓMEZ-JARA DÍEZ defiende que la posición de la persona jurídica instrumental sería la de un tercero responsable civil, “han de reconocérsele los Derechos que ostenta el demandado en el proceso civil”, limitándose sus derechos a la defensa de los aspectos económicos, y “desde el punto de vista material, como es sabido, el tercero responsable civil sólo puede cuestionar los pronunciamientos estrictamente civiles que se efectúan en el procedimiento penal”. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014”, *Diario La Ley*, núm. 8342, La Ley, 2014, págs. 5-7.

persona jurídica calificada como instrumental debe tener la posibilidad de comparecer en el proceso penal, ejercitando su derecho de defensa.

En nuestra opinión, también las sociedades instrumentales tienen derecho a contradecir la acusación y ejercitar la defensa, interviniendo en todos los aspectos del procedimiento, inclusive en el trámite de adopción de medidas cautelares.

Por ello, en todo caso se debe permitir la personación de la persona jurídica en el proceso penal, y una vez admitida esta personación se debe resolver si la persona jurídica resulta imputable o no, “solo recién con la personación de la persona jurídica comenzará un *íter* procesal que, después de un debate contradictorio, debe terminar con una resolución judicial que defina el estatus procesal de la persona jurídica y, con ello, la validez de las medidas posteriores. Esa personación, es el punto de partida para una resolución que resulta básica en un procedimiento penal que persiga hacer efectiva la responsabilidad penal de una persona jurídica”⁴³⁶.

Por tanto, el juez de instrucción definirá el estatus procesal de la persona jurídica y como señala se debe “abrir un debate procesal que habrá de culminar con la resolución judicial que definirá si le corresponde o no el estatus de imputada en el correspondiente proceso”⁴³⁷. Y una vez definido, nos vamos a encontrar en dos situaciones absolutamente diferenciadas:

- a) Se admite la imputación de la persona jurídica, aplicándose las garantías y las consecuencias previstas en el marco de la responsabilidad penal de la persona jurídica, previsiones normativas de los artículos 31 bis y 129 del Código Penal, dependiendo de si tiene o no personalidad jurídica. Entre ellas, las medidas cautelares previstas para estos regímenes.

⁴³⁶ HORMAZÁBAL MALARÉE subraya que este argumento consta en el contenido del Auto de 19 de mayo de 2014 de la Sala de la Audiencia Nacional, cuando la resolución indica que para la categorización de la persona jurídica “resulta consustancial con las garantías básicas del procedimiento dar entrada, o permitir que esta se produzca si lo solicitan, a las personas jurídicas afectadas, en la forma prevista legalmente, a los efectos de que, dependiendo de las diferentes situaciones procesales que se produzcan puedan ejercer adecuadamente su derecho de defensa”. HORMAZÁBAL MALARÉE, H., “Personas jurídicas penalmente...”, *op.cit*, pág. 4.

⁴³⁷ HORMAZÁBAL MALARÉE, H., “Personas jurídicas penalmente...”, *op.cit*, pág. 6.

- b) No se admite la imputación de la persona jurídica, y no se le aplica el régimen de responsabilidad penal previsto para las personas jurídicas, ni sus garantías ni sus consecuencias en todos sus extremos, incluyendo la cuestión de las medidas cautelares. En este punto, volvemos a insistir, el derecho a la defensa debe extenderse más allá de la intervención en el trámite de la declaración de la calificación de instrumental de las personas jurídicas y prolongarse a lo largo de todo el proceso penal.

7. Notas finales.

El Tribunal Supremo en su sentencia número 154/2016, de 29 de febrero, va a tener la ocasión de pronunciarse por primera vez sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, y lo va a hacer a los seis años de su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico para, entre otras cuestiones, abrir un agujero en el sistema excluyendo del mismo a determinados personas jurídicas calificándolas de instrumentales.

El calificativo y la categorización de una persona jurídica como instrumental va a suponer que resulte privada de los derechos y garantías que tendría como imputada en el proceso penal. Esta decisión judicial es absolutamente criticable por la grave inseguridad jurídica que se producen sus efectos. El problema de fondo se origina porque el contenido y definición de los criterios que van a permitir clasificar a las personas jurídicas adolece de criterios objetivos y supone dejar prácticamente al libre arbitrio del juez de instrucción el destino de las personas jurídicas que se van a ver inmersas en cualquier procedimiento penal. Por ello, llama poderosamente la atención la enorme subjetividad que arrojan las tres clasificaciones realizadas por la doctrina jurisprudencial, la categorización en una u otra categoría queda absolutamente ligada a una apreciación libre del juez de instrucción, quién decidirá el futuro de la persona jurídica en esta clasificación.

Con la agravante que supone que, sin ningún género de dudas, el futuro de la persona jurídica va a ser decidida en la fase de instrucción y en concreto en la adopción de las

medidas cautelares. El trámite de la fase cautelar es vital para las personas jurídicas, porque la adopción de cualquier medida que impida la continuación de su actividad va a dirigirla a su extinción real, independientemente de que el fallo de la posterior sentencia sea en cualquier otro sentido. Imaginemos las consecuencias, si frente a la persona jurídica se adoptan medidas cautelares como la extinción o liquidación directas como las que sugiere el Tribunal Supremo para esta categoría de personas jurídicas.

Estamos ante situaciones que son de imposible reversión real, la categorización por el juez de instrucción y la adopción inmediata de medidas cautelares van a tener, en la práctica, un resultado irreversible para la persona jurídica. Y, el diseño normativo jurídico en vez de poner cautelas a esas posibles consecuencias abre la vía para aplicar vías expeditivas frente a ellas. Seguramente, y no quisiéramos abrir un debate de mucha profundidad, previniendo que los retos de seguridad interna o externa que se han planteado y las que se plantean van a exigir una actuación inmediata por parte del Poder Judicial, y la respuesta frente al crimen organizado como es el narcotráfico o el terrorismo va a precisar soluciones jurídicas ágiles y veloces. Evidentemente, el crimen organizado incluye y va a incluir a las personas jurídicas en sus organizaciones criminales, y evidentemente el Derecho va a tener que afrontar este fenómeno criminológico dotándose de las herramientas adecuadas. Sin embargo, en el ámbito de la persona jurídica, tratándose de una nueva regulación que se acaba de incorporar es posible articular un diseño normativo que afronte cualquier fenómeno criminal con garantías, pero exige de coherencia y sinceridad. Es absolutamente criticable que se incorpore una nueva responsabilidad penal, reventando las costuras y principios aplicados durante decenios en el ámbito jurídico español y que a los seis años se planteen por la propia Fiscalía y el Tribunal Supremo nuevas interpretaciones de una novísima legislación no parece, a todas luces, la mejor de las técnicas para afrontar con credibilidad, coherencia y seguridad los supuestos de utilización de las personas jurídicas en los hechos delictivos.

Resulta a todas luces impropio de un ordenamiento jurídico hacer planteamientos con tanta falta de consistencia aun reconociendo la dificultad y la complejidad de la materia. La evolución histórica en torno a la responsabilidad penal de la persona jurídica ha ido evolucionando paso a paso sin descanso, desde el levantamiento del velo a las medidas accesorias, y ha culminado en la incorporación a nuestro ordenamiento de la auténtica

responsabilidad penal de la persona jurídica en el año 2010. Y esta novedad legislativa provoca un terremoto en la doctrina, que la estudia y la analiza desde todos los puntos de vista, gira e intenta encajar toda una tradición contraria a esta responsabilidad, la justifica y ofrece planteamiento de mejora en todos los aspectos el diseño originario. Sin embargo, a los escasos cuatro años de la incorporación de esta novedosa responsabilidad es reformada sustancialmente por una Sentencia del Tribunal Supremo, en consonancia a lo que la propia Fiscalía General de Estado demanda, dotando a la responsabilidad penal de la persona jurídica de una inseguridad jurídica impropia de un ordenamiento jurídico como el nuestro y excluyendo a un número indeterminado de personas jurídicas de dicha responsabilidad penal. Estas últimas van a ser teóricamente tratadas por un régimen de responsabilidad anterior a la reforma operada en el año 2010, sin embargo, irónicamente el viejo régimen de responsabilidad ha dejado de existir, puesto que ha sido sustancialmente modificado para acoger a la nueva responsabilidad penal de la persona jurídica, y por tanto, se va a tener que aplicar con graves problemas jurídicos.

El Tribunal Supremo al aprobar una clasificación que en ninguna norma del ordenamiento jurídico encontramos, y provoca todavía una mayor inseguridad jurídica en un ámbito de profundas complejidades. Su clasificación excluye a determinadas personas jurídicas del ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas al clasificarlas de instrumentales. En nuestra opinión, la finalidad que se persigue es el preservar una herramienta útil y eficaz contra la delincuencia organizada, narcotráfico y el terrorismo, que en manos de los juzgados especializados, en este caso, de la Audiencia Nacional va a permitir la flexibilidad suficiente para adoptar medidas veloces y potentísimas frente a estos fenómenos.

También debemos destacar que la creación judicial de la categoría de las sociedades instrumentales provoca el efecto de apartar su estatus procesal de cualquier evolución garantista del régimen ordinario de la responsabilidad penal de las entidades jurídicas. La ausencia de tratamiento procesal acorde a su personalidad jurídica simplemente no va a existir y van a ser tratadas como simples instrumentos del crimen.

Curiosamente, en el mismo instante procesal que se crea este nuevo régimen para las sociedades instrumentales, el Tribunal Supremo establece unos criterios más que laxos que van a permitir que la responsabilidad penal para las personas jurídicas sea eludida a través de procesos burocráticos de prevención.

La ausencia de base normativa y la exagerada subjetivización que tiene la clasificación en orden a la imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que, prescindiendo de cuestiones formales como si la persona jurídica tiene o no personalidad jurídica, se acude a cuestiones de contenido, de la actividad de la propia persona jurídica, sin establecer ni un solo parámetro objetivo ni objetivizable.

No queremos pasar la ocasión para poner el acento del extraordinario poder que se ha otorgado, extra-legislativamente, a los juzgados de instrucción, quienes van a poder decidir sobre si la persona jurídica es considerada instrumental. Para que, en su caso, declararla inimputable y poder acordar todo tipo de medidas cautelares sin restricción alguna y sin condicionamiento formales. Decidiéndose la viabilidad de la entidad en esta fase cautelar.

En nuestra opinión, la categoría de sociedades instrumentales no presenta ninguna base normativa sólida que la justifique y sus consecuencias es la de introducir una gran dosis de inseguridad al sistema. Además, es criticable, que el origen de la decisión sea judicial, porque entendemos que se exceden los cometidos y los límites de la función jurisdiccional. En todo caso, corresponde al legislador construir y regular el concepto de sociedades instrumentales, y no es pertinente que desde los juzgados se construyan complejos instrumentos normativos.

El Tribunal Supremo, en nuestra opinión, ha querido preservar⁴³⁸ una vía procesal para el enjuiciamiento sin cortapisas de la delincuencia organizada y el terrorismo; alejándose del presente y el devenir de la novedosa y controvertida responsabilidad penal de las personas jurídicas evita riesgos que hagan perder agilidad en la respuesta de los juzgados y

⁴³⁸ Independientemente de la normativa que en el año 2010 incorpora la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico.

tribunales ante estos fenómenos que tanto preocupan a todos los estamentos de nuestra sociedad.

Para finalizar, queremos traer a colación que nada impide abordar la problemática de las sociedades instrumentales o las necesidades que se pueden observar de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la cuestión es cómo se abordan esos problemas, y la única vía para hacerlo es con regulaciones concretas y específicas en base a las previsiones y principios constitucionales. El legislador sabía mucho antes de la introducción de la responsabilidad penal en este ámbito de esta problemática, valgan como ilustrativas las dos preguntas que NIETO MARTÍN⁴³⁹ plantea: la primera, en torno a si podría existir una categoría de personas jurídicas inimputables⁴⁴⁰, y la segunda, sobre las empresas fachadas creadas *ad hoc* para la comisión de hechos delictivos⁴⁴¹. Ambas cuestiones son evidentemente problemáticas en la práctica, e independientemente de compartir o no los criterios del autor, debemos abordar las respuestas a las preguntas en forma de regulaciones concretas y detalladas, dotando al sistema de la necesaria seguridad jurídica. Así lo hace NIETO MARTÍN en sus propuestas, en torno a las sociedades instrumentales o fachadas, de un posible modelo de responsabilidad penal. En el apartado cuarto del artículo 2 de su propuesta establece que: “No existe responsabilidad penal cuando la persona jurídica no realiza ningún tipo de actividad comercial y tiene como única finalidad la comisión de hechos delictivos. En estos caso el juez ordenará la

⁴³⁹ NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, Iustel, 2008, págs. 322 y ss.

⁴⁴⁰ NIETO MARTÍN se pregunta la siguiente cuestión: “¿al igual que existen personas físicas inimputables o menores de edad, existe un equivalente a esta categoría en derecho penal de personas jurídicas?” La respuesta del autor, es la de considerar inimputables a las pequeñas sociedades (las menores de 50 empleados), por no tener “el grado de complejidad organizativa suficiente como para poder distinguir entre sus *out put* y los de las personas individuales que hay tras ellas”. Teniendo en cuenta que las empresas de menos de 50 trabajadores constituirán el 90 por ciento de las sociedades del país supone dejar fuera del sistema de responsabilidad penal a la mayoría de las personas jurídicas. NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, Iustel, 2008, págs. 322 y ss.

⁴⁴¹ En relación a las sociedades instrumentales el autor propone el régimen jurídico de las consecuencias accesorias. NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, Iustel, 2008, págs. 322 y ss.

disolución de la empresa, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales”⁴⁴².

⁴⁴² El modelo que propone NIETO MARTIN es una regulación de cuatro niveles de responsabilidad diferentes: Un primer nivel para las empresas sin ningún tipo de responsabilidad, son las empresas con menos de 50 trabajadores. Un segundo nivel para las sociedades instrumentales a las que se les aplicarían las consecuencias accesorias. Un tercer nivel para las empresas medianas, de menos de 250 trabajadores, “donde es posible la compensación de sanciones entre personas físicas y jurídicas”. Un último nivel, de las empresas de más de 250 trabajadores para las que se aplica la responsabilidad penal de las personas jurídicas. NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, Iustel, 2008, págs. 322 y ss.

**TERCERA PARTE.- LA RESPONSABILIDAD
PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LAS
MEDIDAS CAUTELARES EN EL ÁMBITO PENAL.**

CAPÍTULO XII.

La evolución de las medidas cautelares.

1. Introducción.

El encaje de la tutela cautelar en la teoría del proceso ha planteado intensos debates en la doctrina. Las posiciones han variado desde autores que la han considerado un incidente de un proceso principal, de declaración o de ejecución, y otros autores que han defendido que se trata de un proceso autónomo diferenciado del proceso declarativo y del proceso ejecutivo.

Siguiendo a BARONA VILAR el proceso cautelar es un proceso propio que junto al proceso declarativo y el proceso de ejecución conforman un proceso integral con la finalidad de encauzar el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).⁴⁴³

El proceso cautelar sirve como instrumento al proceso declarativo y al proceso ejecutivo con la finalidad de evitar los riesgos generados por el paso del tiempo que transcurre durante la tramitación del proceso. La finalidad principal del proceso cautelar es evitar que la tutela judicial efectiva decaiga y se convierta en derecho vacío de contenido. En cierta manera sucede lo mismo con el proceso ejecutivo con respecto al proceso declarativo, sirviendo la primera a la segunda en la función de hacer cumplir lo declarado, sin que, por ello, la consideremos un incidente vinculado al proceso principal que sería el proceso declarativo. Tan fundamental es, desde el punto de vista procesal, que se haga cumplir lo declarado como que se garantice que se pueda declarar el derecho y,

⁴⁴³ Al abordar la naturaleza del proceso cautelar, frente a las posiciones que defienden que se trata de un incidente del proceso principal, BARONA VILAR defiende que se trata de un verdadero proceso. Las razones que esgrime son: a) *Prima facie*, que conecta la adopción de las medidas cautelares con la función jurisdiccional, b) la acción de una de las partes para que se active la función jurisdiccional, y c) la propia regulación legal que lo configura como un proceso (LEC). BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares en el arbitraje*, Thomson-Civitas, 2006, Aranzadi, págs. 73-77.

posteriormente, ejecutar lo declarado. Los tres procesos, cautelar, declarativo y ejecutivo, integran el contenido del proceso en todos los ámbitos jurisdiccionales⁴⁴⁴.

El proceso cautelar tiene como objetivo según BARONA VILAR la de “facilitar otro proceso principal asegurando la efectividad de su resultado, permitiendo que pueda evitarse la posible frustración de la protección del derecho por demora del proceso”.⁴⁴⁵

Siguiendo el hilo de la función que cumple el proceso cautelar observamos su evolución histórica⁴⁴⁶ que ha pasado de la finalidad de aseguramiento para llegar a la función actual que llega a situarse en el adelantamiento del contenido de la sentencia.

La institución de las medidas cautelares tiene como mayor exponente a la prisión provisional y esta medida cautelar ha venido marcando el paso al resto medidas previstas en el ordenamiento jurídico. La libertad personal de las personas físicas es la que más atención ha recibido por su impacto evidente sobre la restricción del mayor de los derechos fundamentales y ha sido la punta de lanza de todo el sistema cautelar.

Por ello, también las medidas cautelares para las entidades vienen siendo guiadas por los criterios que se han impuesto en la medida cautelar de la prisión provisional previsto para las personas físicas.

Salvando la enorme distancia que impide la encarcelación de la entidad jurídica, se han venido trasladando las finalidades y motivos que posibilitan la adopción de la medida

⁴⁴⁴ En todos los ámbitos jurisdiccionales civil, penal, social o laboral y en la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁴⁴⁵ La autora además nos trae a colación la definición establecida en el propio procedimiento civil, en concreto en el artículo 721.1 LEC, que señala que el proceso cautelar tiene la finalidad de “asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse”. BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares...*, *op.cit.*, pág. 75.

⁴⁴⁶ Recorrido que BARONA VILAR nos muestra partiendo de las premisas establecidas de vincular las medidas cautelares exclusivamente con las situaciones procesales que puedan llegar a ser de condena, pasando a que las medidas cautelares garantizan la efectividad de las resoluciones del proceso. BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares...*, *op.cit.*, págs.78-88.

cautelar de prisión provisional a la esfera que representa nuestro estudio. Además, no debemos olvidar que en el ámbito cautelar referente a las personas jurídicas, históricamente se ha impuesto otra finalidad absolutamente distinta a la del aseguramiento.

La aplicación de las antiguas consecuencias accesorias del art. 129 CP del año 1995 estaba prevista en situaciones graves distintas a las que se podían afrontar con la responsabilidad económica, en consecuencia, la finalidad que expresamente establece el legislador es interdictiva o preventiva. Se trata de inmovilizar a la persona jurídica.

En la regulación actual de la responsabilidad penal de las personas jurídica todas las sanciones penales previstas en el artículo 33.7 CP, salvo la multa, tienen una finalidad preventiva⁴⁴⁷. También las tres medidas cautelares previstas expresamente de clausura de local o establecimiento, suspensión de actividades e intervención judicial tienen una finalidad preventiva⁴⁴⁸.

El proceso cautelar de las personas jurídicas también ha superado la propia naturaleza cautelar⁴⁴⁹ incorporando la finalidad del aseguramiento de la efectividad de las

⁴⁴⁷ Hasta se plantea un debate doctrinal en torno a la finalidad de las sanciones penales previstas para la persona jurídica, es decir, si las penas que se imponen a las personas jurídicas “cumplen los fines propios de las penas”. Para ECHARRI CASI estas penas cumplen una función de prevención que sirve “de admonición para las demás personas jurídicas, que se plantearan la posibilidad de si conviene o no llevar a cabo determinado tipo de operaciones o actividades; como de prevención especial, pues la persona jurídica que haya sufrido la sanción, deberá adoptar las medidas correctivas necesarias para evitar la reiteración de situaciones delictivas”. ECHARRI CASI, F.J., “Las personas jurídicas...”, *op.cit.*, pág. 5.

⁴⁴⁸ BACIGALUPO SAGESSE afirma que “una prevención general positiva, según la cual la función de la pena no puede limitarse a un reproche a un sujeto individual o a su reinserción, sino a satisfacer la vigencia de una norma y garantizar la identidad normativa de la sociedad, lo cual permite un cambio de paradigma en el que tiene sentido replantear el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. BACIGALUPO SAGESSE, S., “La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma del Código Penal de 2006 (Art. 31 bis)”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 115, CGPJ, Madrid, págs.199-234.

⁴⁴⁹ Según la Real Academia Española proviene de cauto: “precaución y reserva con que se procede”.

resoluciones del proceso⁴⁵⁰, a pesar de que en ocasiones el aseguramiento pueda provocar el adelantamiento de la condena⁴⁵¹.

No obstante, nuestra posición puede ser absolutamente discutible, porque formal y doctrinalmente nuestro Tribunal Constitucional ha prohibido estas finalidades a las medidas cautelares, así la sentencia número 191/2004, de 2 de noviembre de 2004 (FJ 4), nos recuerda la doctrina sentada en la materia referencial que es la prisión provisional:

“se trata de una medida de naturaleza cautelar y excepcional que en ningún caso puede transformarse en una pena privativa de libertad anticipada, no estando su imposición justificada sino cuando se trata con ella de alcanzar fines constitucionalmente legítimos. Tales fines se circunscriben a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo que pudieran partir del imputado, a saber: su sustracción de la acción de la Justicia (o riesgo de fuga), la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva”.

El propio Tribunal Constitucional considera prohibidas algunas finalidades de la prisión provisional, para evitar tentaciones en la fase de instrucción penal, señalando que:

“lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena, o fines de impulso de la instrucción sumarial, propiciando la obtención de pruebas consistentes en la declaración de los imputados u otras (vid., entre otras muchas: SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; 147/2000, de 29 de mayo, FJ 3; 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; 28/2001, de 29 de enero, FJ 3; 8/2002, de 14 de enero, FJ 4; 98/2002, de 29 de abril, FJ 3)”.

⁴⁵⁰ Para BARONA VILAR las medidas cautelares pueden dirigirse a tres finalidades: “a) asegurar la ejecución; b) conservar el estado tal cual estaba al inicio del proceso principal; y c) garantizar la efectividad de la sentencia”. BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares...*, *op.cit.*, pág. 82.

⁴⁵¹ Como sucede en el ámbito penal con la prisión provisional, que a pesar de que en nuestro ordenamiento se encuentre absolutamente vedada esta finalidad, en muchas ocasiones cumple, en nuestra opinión, con una función ejemplarizante y actúa como un adelantamiento de la pena, y lo decimos guiándonos por lo que sucede en la práctica diaria, a pesar de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que hemos citado, y la regulación del artículo 34 CP, estableciendo que no se reputarán como penas ni la detención y prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal.

A pesar de esta prohibición formal, en nuestra opinión, en la práctica forense, aunque encubiertamente se está utilizando la prisión provisional para conseguir alguno de estos fines vedados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o por el contenido del artículo 34 CP. Muchos de los autos de adopción de las medidas cautelares penales contra las personas jurídicas más intensas esconden, a nuestro juicio, finalidades incompatibles con las garantías constitucionales. La única posibilidad de poner coto a esta práctica es dotarnos de una regulación procesal más exacta y nítida y adecuar los medios materiales y humanos a los juzgados de instrucción para acelerar la instrucción de los casos más complejos, haciéndolos compatibles con la presunción de inocencia.

Se trata de una cuestión de gran complejidad, en la que no es fácil establecer un límite a la imposición de las medidas cautelares, porque, como nos recuerda MAGRO SERVET “el propio Tribunal Constitucional tiene proclamado, que la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso (STC 14/1992, de 10 de febrero)”.⁴⁵²

2. El binomio libertad-seguridad.

Abordar el estado de la cuestión de las medidas cautelares no es fácil, porque, en realidad, supone abordar la problemática del propio Estado de Derecho ante la realidad social y

⁴⁵² Para el autor esta finalidad de asegurar la tutela judicial efectiva viene recogido por la jurisprudencia del TJCE, y citando la STJCE de 26 de marzo de 1992 realiza esta definición de las medidas cautelares “son medidas provisionales o cautelares aquellas que están destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho para salvaguardar derechos cuyo reconocimiento se solicita, además, al Juez que conoce del fondo del asunto»; y que los requisitos de estas medidas son los siguientes:

- Aptitud para combatir un *periculum in mora*, o en su versión moderna, de infructuosidad del proceso o demora judicial en la tutela efectiva de los derechos.
- Dependencia o subordinación respecto del proceso sobre el fondo.
- Provisionalidad en el tiempo como derivación de la seguridad jurídica.
- Instrumentalidad de su contenido”.

MAGRO SERVET, V., “La medida cautelar de Administración Judicial. Supuestos prácticos”, *Práctica de Tribunales*, número 78, 2011, Wolters Kluwer, págs.2 y ss.

política. El binomio entre la libertad y la seguridad, el interés individual frente al interés colectivo, siempre se ha planteado como esencial en la conformación de las leyes y, por ello, de las propias normas fundamentales de los ordenamientos jurídicos, así como en la aplicación práctica e interpretación de las normas jurídicas.

Entrar en el debate sería profundizar en exceso, y los puntos de vista y los matices pueden hacernos desviar del objeto de nuestra tesis. Sin embargo, queremos manifestar que, en nuestra opinión, el impacto de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos de América nos han situado, sin disimulo, en una era que puede ser definida como la «era de la seguridad».

La seguridad está primando ante cualquier bien jurídico y, además, está siendo impulsada a niveles desconocidos en el mundo gracias a las nuevas tecnologías. Las normas fundamentales que rigen en los países occidentales basadas en la defensa de los derechos humanos, se ven forzadas hasta los límites de los Estados de Derecho y son barridos por la necesidad de la seguridad. Ante la primacía de la seguridad no existe norma jurídica que se le pueda oponer. El equilibrio entre libertad y seguridad, si alguna vez ha existido, ha tomado el camino de la prevalencia de la seguridad.

Además, la búsqueda de la seguridad frente a determinados fenómenos se ha acelerado obligando a legislar restringiendo la libertad personal y a interpretar las normas jurídicas conforme a este principio que preside nuestra vida social. La proliferación de normas que han restringido la libertad individual y colectiva es incesante, y nos encontramos con una realidad, que aunque requiere un estudio muchísimo más profundo, se puede simplificar de la siguiente manera:

- Las normas fundamentales y los principios basados en los sacrosantos derechos humanos siguen formalmente vigentes, e incluso están integrados en el discurso en todos los ámbitos sociales.

- La creación o modificación de las nuevas normativas basadas en la seguridad llevan a los límites las interpretaciones de estas normas fundamentales y de los derechos fundamentales que cobijan.
- Los tribunales vienen interpretando las nuevas leyes y las aplicaciones prácticas forenses de las viejas y nuevas normativas bajo la irradiación del principio absoluto de la seguridad.

La práctica jurídica real se está alejando de los principios basados en los derechos humanos, sin abandonarlos, mediante interpretaciones cada vez más restringidas de estos principios al objeto de combatir los crímenes que afectan sobremanera a la seguridad. La práctica judicial en los delitos relacionados con el terrorismo, la criminalidad organizada y la corrupción política o la económica evidencia esta tendencia imparable en todo el ordenamiento jurídico europeo.

Además, en nuestro país, la prevalencia de la seguridad viene de lejos, las especiales circunstancias históricas y el fenómeno del terrorismo ha provocado que estemos inmersos en una era de seguridad, incluso con la aplicación de lo que alguna doctrina jurídica ha denominada derecho penal del enemigo⁴⁵³.

La crisis del estado de bienestar⁴⁵⁴, el empuje de los medios de comunicación social a través de la técnicas denominadas como «agenda-setting» y «framing» que tan profundamente ha analizado VARONA GÓMEZ⁴⁵⁵ han elevado la presión sobre el Poder Judicial, empujándolo a tomar decisiones rápidas y contundentes. Se podría recurrir también a la vieja frase de “la razón del Estado” pero, a nuestro entender, la instauración de la seguridad es más profunda, se instala en la sociedad ante un panorama globalizador

⁴⁵³ En nuestro país las cuestiones relacionadas con la seguridad colectiva tienen, por desgracia, un recorrido bastante más temprano e intenso. Para profundizar en la materia *vid* JAKOBS Günther y CANCIO MELÍA, M., *Derecho Penal del Enemigo*, Thomson-Civitas, 2003, Civitas, págs. 19 y siguientes.

⁴⁵⁴ PERES NETO, L., “El populismo punitivo en España: del estado social al estado Penal”, 2009, en <http://www2.pucpr.br/reol/index.php/SSSCLA?dd1=2674&dd99=pdf> (fecha consulta: 24 de noviembre de 2016).

⁴⁵⁵ VARONA GOMÉZ, D., “Medios de comunicación y punitivismo”, *InDret, Revista para el análisis del derecho*, núm. 1, 2011, págs. 13-15.

que ha roto las distancias con las nuevas tecnologías, los riesgos que se ciernen en el mundo perturban y colonizan nuestros miedos. La exigencia de eficacia al sistema penal es muy alta e inmediata.

Tampoco queremos obviar que la exigencia de la seguridad es indispensable para la libertad, y así está recogido en innumerables normas fundamentales. Evidentemente la seguridad es una exigencia básica para el desarrollo de los derechos humanos. Por ello, la cuestión de los límites de los derechos humanos reviste de una enorme complejidad.

Sin profundizar en esta cuestión, debemos señalar que las medidas cautelares constituyen una de las cuestiones más estratégicas que tiene el ordenamiento jurídico para garantizar la seguridad y para dar una inmediata respuesta a la misma. Es una vieja historia y muy conocida, la opinión pública exige celeridad y rotundidad frente al crimen. Los poderes estatales necesitan ser ejemplarizantes y contundentes, y se ven impulsados a actuar, en cuanto que también estos mismos poderes son los garantes del orden público que les mantiene en su estatus. Se exige una solución inmediata, y lo más inmediato y más contundente es la aplicación de las medidas cautelares. En este mecanismo el juez de instrucción es una parte débil frente a los posibles intereses dirigidos por los grupos de comunicación social o por los grandes poderes del Estado.

Sucede en todos los ámbitos que afectan a los fenómenos que nos provocan mayor inseguridad o alarmas sociales, casos muy mediáticos, sobre todo con el terrorismo, la corrupción política o económica y la delincuencia organizada. Los medios de comunicación han desentrañado interioridades que difícilmente se pueden conocer en otros casos menos mediáticos, en los que no parece descabellado concluir que existe una utilización abusiva de la prisión provisional para impulsar tanto la propia instrucción o mostrar ante la opinión pública al detenido como culpable⁴⁵⁶ sin que medie el proceso

⁴⁵⁶ Recientemente hemos conocido la siguiente noticia periodística, en relación a un caso de corrupción económica y política, en el marco de una operación judicial se detuvo recientemente al ex-presidente de la Comunidad de Madrid, al Sr. Ignacio González. Mientras permanecía detenido, el diario “El País” publicó, en fecha de 21 de abril de 2017, una noticia bajo el titular “Anticorrupción solicitará cárcel para Ignacio González y su principal testaferro”. En la noticia explicaba que la Fiscalía “se plantea pedir solo fianza y

penal con todas sus garantías y el principio rector del derecho a la presunción de inocencia.

Un análisis casuístico evidencia una utilización muy severa de medidas cautelares de consecuencias tan graves y muchas veces incompatible con la presunción de la inocencia. La senda del uso abusivo de las medidas cautelares provoca preocupación y atenta, en muchas ocasiones, contra la presunción de inocencia. Sin embargo, las necesidades de la era de la seguridad pueden provocar que las medidas cautelares sean una autentica pena adelantada y el proceso de su adopción un juicio penal sumarísimo.

3. La evolución de la normativa del proceso cautelar en el ámbito penal.

La normativa y la aplicación de las medidas cautelares ha ido evolucionando y ajustándose a las necesidades de esta era de la seguridad. La transformación prácticamente las hace irreconocibles para los fines por las que se introdujeron inicialmente en nuestro ordenamiento jurídico. Aunque nuestro ordenamiento jurídico históricamente arrastra la guía de este principio de seguridad y, por ello, incluyó hasta el año 2003 un motivo que justificaba la adopción de la medida de prisión provisional en base a la alarma social generada por los hechos criminales investigados⁴⁵⁷.

otras medidas si ambos imputados se arrepienten y colaboran activamente con la investigación”. En otro caso, la noticia señalaba que la Fiscalía (...) tiene previsto pedir el ingreso en prisión y que la única posibilidad de modificar esta solicitud pasaba por el arrepentimiento y la colaboración activa con la investigación que desarrolla el juez, todo ello “según fuentes cercanas a la investigación”. Queremos matizar dos cuestiones: la primera, que existen muchísimos más casos similares, basta tirar de hemeroteca; efectivamente no se trata de realizar una defensa de estos hechos, lo que sucede, simplemente, es que en los hechos de mayor transcendencia pública es donde se desentrañan las cuestiones más internas del sistema judicial, son los casos más conocidos los que nos permiten obtener una información extra-jurídica relevante. Y, en segundo lugar, que evidentemente la solicitud de prisión provisional y la medida acordada no se ha fundamentado en la falta de colaboración y el arrepentimiento, puesto que, como sabe el lector, son causas sobre las que no se puede fundamentar la medida cautelar.

⁴⁵⁷ El problema de nuestro ordenamiento jurídico venía de lejos, incluso se tildaba de que no se ajustaba a modelos penales democráticos, puesto que establecía criterios generales que en base a circunstancias objetivas tendían a automatizar la adopción de las medidas cautelares, es decir, no se preveían riesgos concretos y determinados de cada supuesto de hecho. Por lo que la reforma, modificó la normativa de las medidas cautelares ajustándola a los cánones europeos e internacionales, que en ese momento se encontraban imbuidos de una creciente necesidad de incrementar la seguridad.

No obstante, la jurisprudencia constitucional restringió la aplicación de la medida cautelar personal de prisión provisional basada en la alarma social, y el legislador no tuvo más remedio que suprimir este motivo. El Tribunal Constitucional establece en sentencia número 191/2004, de 2 de noviembre de 2004, la doctrina al respecto:

“este Tribunal también ha declarado que la alarma social no es un criterio válido a los efectos de apreciar la necesidad de la prisión provisional. Así, en la STC 47/2000, de 17 de febrero, procedimos a autoplantearnos una cuestión de inconstitucionalidad acerca de la compatibilidad de los arts. 503 y 504 de la Ley de enjuiciamiento criminal -en su redacción anterior a la reforma operada en los mismos por la Ley Orgánica 13/2003- (...) únicamente se aludía en dicho precepto a la «alarma social producida» por el delito, criterio que la citada STC 47/2000 consideró que no podía erigirse en un fin constitucionalmente válido en el que basar la prisión provisional, toda vez que «la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena la prevención general y (so pena de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales) presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa»”.

Para observar la evolución de los criterios sobre las medidas cautelares que se van a aplicar en nuestro ordenamiento jurídico, resulta necesario analizar la medida cautelar que sirve de guía al resto de medidas cautelares, es decir, la medida cautelar personal de prisión provisional. Su actual diseño obedece a una profunda modificación que se produjo a través de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, en la que se incorporaron otros motivos que permitían adoptar tal medida.

El modelo actual tiene la peculiaridad de que en parte fue demandado por la jurisprudencia constitucional. Esta jurisprudencia⁴⁵⁸ introdujo como motivo para la

⁴⁵⁸ Las sentencias del Tribunal Constitucional números 62/1996, de 15 de abril, 44/1997, de 10 de marzo, y 47/2000, de 17 de febrero.

adopción de la prisión cautelar la finalidad preventiva y, posteriormente, ese modelo es recogido por la LO 13/2003.

Mediante la reforma de la LECRim se incluyeron otros dos motivos que permiten la adopción de la medida cautelar de prisión provisional:

- La primera es la de incorporar la finalidad preventiva de evitar la reiteración delictiva, el evitar que el encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, con su especial cualificación en el ámbito de la violencia de género⁴⁵⁹.
- La segunda es la finalidad de poner en riesgo las pruebas, en concreto, la de evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el proceso penal, requiriéndose la existencia de un peligro fundado y concreto⁴⁶⁰.

A estas dos finalidades incorporadas en el año 2003, tenemos que unir la finalidad original de evitar el riesgo de fuga que es regulado por el artículo 503.1.3. a) señalando que, puede adoptarse la medida de prisión provisional, para asegurar la presencia del imputado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ En el caso de la violencia de género se puede aplicar la medida cautelar de prisión provisional independientemente de que la pena que se infiera del delito se igual o inferior a dos años, exigiéndose que la víctima sea una persona quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, todo ello conforme a lo establecido en el artículo 530.1.3. c) LECRim.

⁴⁶⁰ Conforme a lo establecido en el artículo 503.1.3.b) LECRim prohíbe adoptar la medida cautelar por esta finalidad cuando este peligro provenga del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del encausado en el curso de la investigación. Estableciendo, por tanto, un límite difícilísimo de valorar en la práctica forense. En todo caso, la regulación exige atender a la capacidad del encausado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros encausados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo.

⁴⁶¹ Según la regulación establecida para la valoración del riesgo de fuga se tiene que atender, conjuntamente, a: 1/ La naturaleza del hecho, 2/ La gravedad de la pena que pudiera imponerse al encausado, 3/ La situación familiar, laboral y económica del encausado, 4/ La inminencia de la celebración

La finalidad preventiva de las medidas cautelares se traslada a todos los ámbitos y prevalece también en el ámbito de las personas jurídicas, fusionada con las necesidades de seguridad, y va a constituir la guía de todas las medidas cautelares personales. Además, en el ámbito de las personas jurídicas su antigua regulación, las consecuencias accesorias del artículo 129 CP, manifestaba expresamente esta finalidad preventiva⁴⁶².

En conclusión, se ha pasado de una concepción de las medidas cautelares, que debemos denominar ya como clásica, cuyo objetivo era exclusivamente garantizar que el imputado no se hurtará de afrontar el proceso penal y de sus consecuencias⁴⁶³, a otras finalidades totalmente diferentes.

4. Las medidas cautelares que no lo son.

La evolución en las finalidades que han sufrido las medidas cautelares, ha posicionado a parte de la doctrina en la afirmación de que dentro del término cautelar no se encuentren verdaderas medidas cautelares: “es curioso que el legislador haya venido intitulado bajo “medidas cautelares”, medidas que, desde nuestra concepción jurídica, no lo son” afirma BARONA VILAR⁴⁶⁴.

También para GIMENO SENDRA estamos ante un concepto absolutamente distinto de la medida cautelar. El autor que observa que los actos procesales penales “eran y siguen

del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento especial para el enjuiciamiento rápido. Sin embargo, se establece también una condición objetiva que supondrá el ingreso en prisión provisional cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias frente al encausado por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores, sin que éste los hubiese atendido. Y ello, independientemente de la pena estipulada para el delito que se hubiera podido cometer sea igual o inferior a dos años de prisión.

⁴⁶² Artículo 129.3 CP: “Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma”.

⁴⁶³ Estamos tratando las medidas cautelares personales y no las medidas cautelares patrimoniales o reales que tienen la finalidad de asegurar, sobre todo, la responsabilidad pecuniaria.

⁴⁶⁴ BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares... ,op.cit.*, pág. 84.

siendo fundamentalmente de tres clases: de investigación, de prueba y las medidas cautelares”, manifiesta que ha surgido una nueva categoría de actos procesales penales que “limitando ciertos derechos fundamentales del imputado, poco tienen que ver ya con las medidas cautelares y nada con los actos de investigación y prueba”.⁴⁶⁵

Insiste BARONA VILAR en que estas medidas cautelares del proceso penal aun cuando se denominan cautelares se dirigen a otros fines no cautelares. Siendo los fines cautelares los de garantizar que se cumpla la sentencia penal estas nuevas medidas cautelares persiguen “la satisfacción de un sentimiento colectivo de indignación, venganza o inseguridad (medida de prevención general, en el sentido de pretender dar ejemplo para tranquilizar a la sociedad o amedrentar a los posibles delincuentes) o de prevención de futuros delitos por el inculcado (prevención especial), o incluso medidas específicas destinadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida o a su familia (preventivas personales)”. Advirtiéndonos del grave problema que se genera de confundir estas medidas, a las que denomina medidas coercitivas no cautelares, con la función cautelar del proceso penal.⁴⁶⁶

En relación a la cuestión nominativa del concepto de medida cautelar, en nuestra opinión, estamos ante una evolución del concepto al objeto de atender las nuevas necesidades y exigencias que hemos expuesto. Por lo tanto, sostenemos que debemos conformar una

⁴⁶⁵ GIMENO SENDRA en su ponencia impartida el 2 de septiembre de 2009 en el 30 Congreso Colombiano de Derecho Procesal celebrado en la ciudad de Cali y recogido bajo el título de “Crisis de las medidas cautelares penales y auge de las resoluciones provisionales”, observa la existencia de una nueva categoría procesal en las siguientes manifestaciones: “la proliferación de los otrora denominados delitos de «violencia doméstica», hoy de «violencia de género», y, con ella, la necesidad de proteger inmediatamente a la víctima, la aparición de nuevas modalidades de delincuencia, tales como la económica o de «guante blanco», la de los delitos de «corrupción política» y los relacionados con el narcotráfico han ocasionado la necesidad de otorgar una mayor protección a las víctimas y de incrementar la eficacia de la justicia penal”. GIMENO SENDRA, V., “Crisis de las medidas cautelares penales y auge de las resoluciones provisionales”, *Diario La Ley*, núm. 7249, 2009, La Ley, págs. 3 y ss.

⁴⁶⁶ BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, MONTERO AROCA, J. y AA.VV., Edic. 24, Tirant lo Blanch, 2016, pág. 272 y ss.

categoría jurídica que englobe a todas dentro del marco del proceso cautelar independientemente de su finalidad y de la clase de estos actos procesales⁴⁶⁷.

Sin embargo, es indudable que el nuevo diseño de las medidas cautelares penales abre una nueva etapa en el derecho punitivo penal que, anunciamos, va a seguir la senda de convertir aún más la fase de adopción de medidas cautelares en un auténtico juicio penal, con consecuencias gravísimas para los encausados⁴⁶⁸.

5. Una nueva etapa en el proceso cautelar.

Estas nuevas finalidades que se incorporan al proceso cautelar son los que van a iniciar una nueva etapa en la concepción de las medidas cautelares en nuestro ordenamiento jurídico. Se pasa de tener como finalidad exclusiva la de asegurar la presencia del acusado al juicio oral y el cumplimiento de la posible sentencia que se dicte frente a él, a unas finalidades totalmente diferentes: la finalidad de prevenir el delito⁴⁶⁹ y la de garantizar las fuentes de prueba⁴⁷⁰.

El ordenamiento jurídico también se ha dotado de otras medidas cautelares de esta especial naturaleza, en concreto, en lo referente a las personas jurídicas la suspensión de actividades, la intervención judicial y la clausura de locales o establecimientos participan de estas nuevas finalidades de la función cautelar.

⁴⁶⁷ GIMENO SENDRA llega incluso a proponer una denominación: “resoluciones procesales”. GIMENO SENDRA, V., “Crisis de las medidas cautelares...”, *op.cit.*, pág. 1 y ss.

⁴⁶⁸ Resulta curioso que cuanto menos medios se destinan al Poder Judicial surgen estas herramientas tan veloces que aceleran y dejan sin efecto discusiones doctrinales por lo menos en un primer instante.

⁴⁶⁹ El primero de los motivos, el de reiteración delictiva, tiene la finalidad de garantizar la integridad de las víctimas frente a la comisión de un delito presente o futuro, y fue reconocido, como hemos señalado, por el Tribunal Constitucional y la normativa legal recoge un supuesto general y un supuesto cualificado en el ámbito de la violencia de género.

⁴⁷⁰ El segundo de los motivos, también fue reconocido previamente por la jurisprudencia, y se utiliza sobre todo como indica GIMENO SENDRA “en la lucha contra la delincuencia económica y la corrupción política”. GIMENO SENDRA, V., “Crisis de las medidas cautelares...”. *op.cit.*, pág. 1 y ss.

Una de las notas esenciales de estas nuevas medidas cautelares es que limitan, el derecho fundamental a la defensa. Lo podemos observar en la adopción de la medida cautelar de intervención judicial contra una persona jurídica. Formalmente el interventor no puede impedir el derecho a defensa, pero el acceso a toda la información y control de la gestión de la persona jurídica afecta indudablemente a la estrategia de la defensa, limitándola en el sentido de que toda la fuente de la prueba disponible va a quedar en manos del juez de instrucción. En ese aspecto, nos preguntamos, dónde queda el derecho a no declarar contra sí mismo o el derecho al silencio.

En nuestra opinión, se aventuran tiempos en que el proceso cautelar va a evolucionar hasta convertirse en un juicio sumario, proporcionando una satisfacción inmediata en el ámbito penal a costa de una limitación en el derecho a la defensa de los encausados, puesto que además de la utilización perversa de la prisión provisional para limitarla, el debate cautelar es ligero y con las pruebas limitadas. Caracterizándose la evolución en una contundencia sobre la que no se puede anteponer prácticamente ningún derecho fundamental y un adelantamiento de las penas que destruye la presunción de inocencia.

CAPÍTULO XIII.

Las medidas cautelares.

1. Introducción.

El proceso cautelar se relaciona con el concepto de tiempo que transcurre en los procesos para la obtención de la tutela judicial efectiva. La lentitud de la justicia es un grave problema en el ámbito penal y la exigencia de una justicia en un tiempo razonable ha sido incluida dentro de los derechos fundamentales⁴⁷¹. Sin embargo, somos conscientes de que el proceso no puede ser instantáneo, y que los procedimientos requieren de plazos y formas que garanticen la efectividad de los derechos fundamentales inherentes a las personas. Precisamente para que por el transcurso del tiempo no imposibilite que se frustre la ejecución de la sentencia condenatoria tiene su razón de ser la institución cautelar⁴⁷².

Podemos definir, acudiendo a nuestro ordenamiento, como medida cautelar a las medidas que tienen la finalidad de hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia de condena (proceso penal) o de estimación (proceso civil, social o laboral y contencioso-administrativo), de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente⁴⁷³.

La evolución de las necesidades de política-criminal está transformando a las medidas cautelares, como hemos podido observar en el capítulo anterior, por ello dentro de una denominación clásica de medidas cautelares nos encontramos con medidas que han

⁴⁷¹ VAZQUEZ SOTELO, J.L., “Los plazos máximos para la instrucción penal” en *El nuevo proceso penal tras la reformas de 2015*, AA.VV. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (dir.), Atelier, 2016, págs. 75-76.

⁴⁷² CALAMANDREI, P., *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, traducción de Santiago Sentís Melando, Bibliográfica Argentina 1945, pág. 34.

⁴⁷³ La definición la hemos extraído del artículo 726.1 LEC. En todo caso, debemos referirnos al capítulo de nuestro trabajo correspondiente a la evolución de las medidas cautelares.

incorporado necesidades preventivas o protectoras, por lo que la definición de las medidas cautelares se está abriendo para albergar a todas las medidas que tienen estas finalidades.

2. Las características de las medidas cautelares en el ámbito penal.

Al abordar los características de las medidas cautelares en el ámbito penal, debemos acudir curiosamente a la normativa procesal civil que en su artículo 726.2 LEC detalla los caracteres de las medidas cautelares, señalando el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento. Independientemente de la aplicación de los principios procesales civiles en parte de las medidas cautelares penales, por la remisión que la LE CRim realiza a la LEC⁴⁷⁴, estas características vienen a ser complementados por los principios procesales penales. Estas son las características que deben reunir las medidas cautelares en el ámbito penal:

2.1. El principio de legalidad.

El principio de legalidad es uno de los pilares básicos del Estado de Derecho y el ámbito del *ius puniendi* del Estado debemos interpretarlo de forma que mayor garantía proporciona en la colisión que se puede producir con los derechos fundamentales. Hemos analizado su fundamento y la aplicación de este principio también a las personas jurídicas a lo largo de nuestro trabajo.

La adopción de las medidas cautelares contra las entidades deben cumplir estrictamente con el contenido de este principio y, en este apartado concreto, interesa destacar la garantía de la tipicidad sobre las medidas cautelares. En todo caso, integrando el principio de legalidad penal y en el derecho fundamental del artículo 25.1 de la CE, se debe situar la garantía de tipicidad que impide que los órganos judiciales acuerden fuera de los supuestos y de los límites que determinan las normas jurídicas.

⁴⁷⁴ Se trata de la regulación de las medidas cautelares patrimoniales o reales.

2.2. *Jurisdicción.*

Las medidas cautelares deben ser acordadas por los órganos jurisdiccionales dotados de jurisdicción. Por ello, todas las medidas cautelares en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas deben ser acordadas por un juez. La norma reguladora del proceso de adopción de las medidas cautelares a las personas jurídicas, el artículo 544 quáter LECRim, señala expresamente al juez instrucción, no previendo que las medidas cautelares puedan ser adoptadas en otra fase del proceso penal, ya sea en la fase de juicio oral o en la fase de impugnación del primer pronunciamiento en la sentencia penal.

A nuestro entender, ello se debe a un simple olvido del legislador que ha obviado la posibilidad de acordar las medidas cautelares en otras fases del proceso penal y, en todo caso, se debe exigir que cualquier tipo de medida cautelar que se pueda adoptar frente a la persona jurídica sea acordada por un juez o por un tribunal, mediante una resolución judicial motivada y tras la correspondiente audiencia a las partes del proceso penal, con la consiguiente posibilidad de ejercer la defensa y la contradicción.

En este ámbito, la motivación de las medidas cautelares resulta fundamental, y tratándose de la restricción de derechos fundamentales viene siendo exigida de forma nítida y reforzada, para posibilitar además de la propia adopción de las medidas cautelares su control mediante su posible impugnación.

2.3. *Competencia.*

En cuanto a la competencia de los órganos jurisdiccionales se plantea el problema de aunar dos responsabilidades penales distintas que, sin embargo, se dilucidaran en un mismo proceso penal. Nos referimos a la responsabilidad de la entidad jurídica y a la responsabilidad de la persona natural que ha provocado la comisión delictiva⁴⁷⁵. A salvo

⁴⁷⁵ OSUNA MARTÍNEZ-BONÉ, F., “Estatuto procesal de la persona jurídica investigada”, *Diario La Ley*, núm. 8754, 2016, La Ley, págs. 4-5.

de las excepciones que se plantean en el contenido del artículo 31 ter del Código Penal⁴⁷⁶, que mantiene la responsabilidad penal de la persona jurídica independientemente de las vicisitudes que impidan el enjuiciamiento de las personas físicas.

La competencia penal es exigida por el artículo 1 de la LECRim que enlaza con el contenido del artículo 117.3 de nuestra Constitución. Y, en cuanto a los criterios concretos de atribución de las causas penales, al igual que en el ámbito civil, son: el objetivo, el funcional y el territorial.

A) Objetiva.

La competencia objetiva se atribuye en base a un criterio cualitativo y a un criterio cuantitativo o material⁴⁷⁷. Conforme al primero de los criterios, la atribución de la competencia depende de la cualidad del imputado o investigado, y en base al segundo de los criterios, el tipo de delito que se trate⁴⁷⁸.

La regulación del criterio objetivo se basa en el artículo 14 LECRim. Sin embargo, el legislador ha incluido un artículo específico para tratar de este criterio cuando se enjuicie a una persona jurídica, específicamente, el artículo 14 bis establece:

“Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior el conocimiento y fallo de una causa por delito dependa de la gravedad de la pena señalada a

⁴⁷⁶ El artículo 31 ter del Código Penal establece que: “1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente”.

⁴⁷⁷ GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal...*, *op.cit.*, págs.64-66. También, ZARZALEJOS NIETO, J., “La competencia judicial y el procedimiento adecuado en los procesos penales contra personas jurídicas” con GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., y BANACLOCHE PALAO, J. en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, 2012, pág. 146-147.

⁴⁷⁸ GÓMEZ COLOMER, J.L., “La competencia penal” en *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, MONTERO AROCA, J. y AA.VV., Edic. 24, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 54 y ss.

éste por la ley se atenderá en todo caso a la pena legalmente prevista para la persona física, aun cuando el procedimiento se dirija exclusivamente contra una persona jurídica”.

El criterio objetivo se atribuirá conforme a lo que corresponda a la persona física imputada o investigada y no la que pudiera corresponder a la persona jurídica.

B) Funcional.

Como regla general, se establece que el juzgado de instrucción será el que conozca de los hechos criminales, aunque existen tres excepciones que rompen este criterio general:

- La atribución a los Juzgados de Centrales de Instrucción de los de la Audiencia Nacional. En concreto los tipos delictivos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores y de los delitos contra la salud pública⁴⁷⁹ se encuentran en el catálogo de delitos que las entidades pueden cometer, en tales casos, se atribuirá la competencia a la Audiencia Nacional.
- El Tribunal del Jurado tiene atribuidas competencias en la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado para conocer de los delitos de cohecho y tráfico de influencias por lo que en relación a estos delitos la persona jurídica también será enjuiciada por un Jurado⁴⁸⁰.
- Por último, si el delito hubiera sido cometido por un aforado se aplicarán las normas de este fuero especial.

C) Territorial.

En este criterio, la regla general nos la otorga el artículo 14 LECRim al establecer que el juez o tribunal competente será el de la circunscripción del lugar de la comisión del

⁴⁷⁹ El artículo 65 de la LOPJ.

⁴⁸⁰ El artículo 1 de la LO 5/1995, de 22 de mayo, define las competencias del Jurado.

delito⁴⁸¹. A salvo de dos circunstancias, la primera, que existen órganos jurisdiccionales que tienen competencia en todo el territorio nacional, y la segunda, que existen criterios subsidiarios para complementar la regla general en el artículo 15 LECRim.

En la normativa procesal penal no existe ninguna especialidad relativa a este criterio con respecto a las personas jurídicas⁴⁸².

2.4. Instrumentalidad.

El proceso cautelar, constituyendo un proceso autónomo, que sirve al proceso declarativo y al posterior proceso ejecutivo penal⁴⁸³. Al considerarse un instrumento, la posible adopción de medidas cautelares penales requieren de la existencia de un proceso penal, un proceso ya iniciado o en marcha, o un procedimiento que se vaya a iniciar inmediatamente, en todo caso, las medidas se deben adoptar dentro del marco del proceso y con todas las garantías procesales que tiene la persona jurídica en ese proceso.

En todo caso, cuando finalice el proceso penal y se haya procedido a la ejecución de la pena, si lo hubiera, la medida cautelar pierde todo su sentido, finaliza su sentido instrumental y debe cesar en sus efectos.

⁴⁸¹ GÓMEZ COLOMER, J.L., “La competencia penal” en *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, MONTERO AROCA, J. y AA.VV., Edic. 24, Tirant lo Blanch, 2016, pág. 66-67.

⁴⁸² Se plantea el problema de que las entidades jurídicas pueden tener varios establecimientos distintos a su establecimiento o sede principal, y que el hecho delictivo puede haberse cometido en un establecimiento distinto al principal. Para OSUNA MARTÍNEZ-BONÉ la más adecuado es “establecer la competencia en el lugar donde la persona física supuestamente responsable desarrolle su actividad por cuenta de la empresa”. OSUNA MARTÍNEZ-BONÉ, F., “Estatuto procesal de la persona jurídica investigada”, *La Ley*, núm. 8754, 2016, La Ley, pág. 5.

⁴⁸³ CALAMANDRIE, P., *Introducción al estudio...*, *op.cit.*, pág. 44; GUTIÉRREZ DE CABIEDES nos indica que la medida cautelar está preordenada a un proceso pendiente, a pesar de que “tenga un carácter estructural, científica y legislativamente independiente”. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., “Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares” en *El sistema de medidas cautelares, IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal*, AA.VV., Universidad de Navarra, 1974, pág. 18; CARRERAS LLANSANA, M. “Las medidas cautelares del art. 1428 de la LEC”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Bosch, 1962, pág. 569.

2.5. *Provisionalidad.*

Las medidas cautelares son siempre provisionales⁴⁸⁴ y obedecen a unas circunstancias concretas que se observan en el proceso penal, la aparición de nuevas circunstancias o la desaparición de algunas de ellas provocan la posibilidad de modificar las medidas cautelares adoptadas, cambiar su grado de aplicación, sustituir la medida cautelar por otra, adoptar alguna nueva medida cautelar junto a la anteriormente adoptada, o, incluso, dejar de efecto las acordadas.

2.6. *Temporalidad.*

Las medidas cautelares obedecen al cumplimiento de la finalidad para el que fueron acordadas y sus efectos finalizan una vez que se cumpla con esta finalidad. En todo caso, su duración es temporal y limitada⁴⁸⁵ porque una vez que finaliza su cometido instrumental han de cesar sus efectos. Además, existen otros límites temporales para las medidas cautelares:

- En todo caso, las medidas cautelares no pueden superar la duración de las penas que se pueden imponer frente a las personas jurídicas⁴⁸⁶ y debemos recordar que el plazo general de la duración de las penas, salvo reincidencia o tratase de sociedades estrictamente instrumentales, se establece en dos años (art. 66 bis 2º CP).
- Las medidas cautelares pudieron ser adoptadas por un plazo de tiempo concreto, una vez cumplido este plazo sus efectos debe acordarse su alzamiento.

⁴⁸⁴ BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares...*, *op.cit.*, pág. 113.

⁴⁸⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, M., y RAMOS MÉNDEZ, F., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, autoedición, 1974, pág. 17.

⁴⁸⁶ Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2011, págs. 72 y 73.

- También se pueden acordar las medidas cautelares sometidas a una condición concreta, que una vez cumplida también provoca el cese de sus efectos.

Aparte de los límites expuestos, no existe ninguna regulación legal que establezca un plazo determinado sobre la duración de las medidas cautelares sobre las entidades jurídicas. Y, tampoco existen criterios establecido en la jurisprudencia sobre la temporalidad de las medidas cautelares⁴⁸⁷.

2.7. Variabilidad.

Las medidas cautelares pueden ser modificadas en función de la variación de las circunstancias que dieron origen a su adopción. Los tribunales han venido aplicando la cláusula “*rebus sic stantibus*”⁴⁸⁸. En relación a las medidas cautelares impuestas conforme a la antigua regulación de las consecuencias accesorias se subraya la necesaria y permanente revisión de su adecuación, como, por ejemplo, un auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de abril de 2000 revoca una medida cautelar por considerar que efectos derivados de la clausura temporal “con el correspondiente coste social” resultaban irreparables⁴⁸⁹.

2.8. Proporcionalidad.

El juicio de proporcionalidad es una exigencia para la adopción de las medidas cautelares y exige que se adopte la medida menos gravosa o menos perjudicial para la persona jurídica⁴⁹⁰, aunque con la utilización de esta medida cautelar alternativa se pretende conseguir la misma efectividad con respecto a la finalidad que se pretende lograr en la fase cautelar. En todo caso, la guía del juez debe ser buscar el equilibrio entre la adopción

⁴⁸⁷ OSUNA MARTÍNEZ-BONÉ, F., “Estatuto procesal de la persona jurídica investigada”, La Ley, núm. 8754, 2016, La Ley, pág. 15.

⁴⁸⁸ Se trata de una cláusula que se aplica cuando se plantea un escenario que modifica sin haberlo previsto las circunstancias que se habían tenido en cuenta en un momento determinado como absolutamente necesarias, en ese caso, para mantener el equilibrio entre obligaciones y derechos de las partes se procede a modificar el acuerdo inicial.

⁴⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, JM., “La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2006.

⁴⁹⁰ ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 2015, Marcial Pons, págs. 207 y ss.

de las medidas más eficaces para la finalidad por la que fueron acordadas haciéndolas compatibles con que sean la menos gravosas o perjudiciales para las personas jurídicas.

Este requisito tiene amparo constitucional aunque se discute por la doctrina acerca del precepto constitucional donde debe situarse⁴⁹¹ entre los arts. 1, 9.3, 10.4 y 15 de la Constitución.

Una de las cuestiones que nos podemos plantear en relación a esta característica es si la medida cautelar debe ser proporcionada a la pena o consecuencia accesoria que se puede imponer a la persona jurídica en la sentencia penal⁴⁹². En relación a la pena de multa que, en el ámbito de la responsabilidad de la persona jurídica del art. 31 bis CP, es reivindicada como la pena por antonomasia del sistema, nos preguntamos si resulta proporcionado acordar medidas cautelares como las expuestos en el art. 33.7 *in fine* CP, es decir, la clausura, la suspensión de actividades y la intervención judicial, cuando estas medidas cautelares no obedecen a la finalidad de asegurar las responsabilidades económicas⁴⁹³ de la persona jurídica.

También queremos volver a llamar la atención sobre lo irreparable que pueden resultar las medidas cautelares acordadas en fase de instrucción, el juicio de proporcionalidad es esencial y fundamental para que no se ocasionen perjuicios irreparables para las personas jurídicas y los intereses de los trabajadores y acreedores que en su seno alberga.

⁴⁹¹ AGUADO CORREO, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Edersa, 1999, págs. 120 y ss.

⁴⁹² Se recoge en la doctrina la discusión en torno a la homogeneidad y no identidad entre la medida cautelar y la pena o pretensión sustantiva. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., “Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares” en *El sistema de medidas cautelares, IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal*, AA.VV., Universidad de Navarra, 1974, pág. 16.

⁴⁹³ Incluso se puede poner en duda el automatismo existente inmotivado en la adopción de las medidas cautelares patrimoniales. MAGARIÑOS YÁNEZ, J.A. “¿Es posible el aseguramiento cautelar de la pena de multa? La posición de las Audiencias Provinciales”, *Diario La Ley*, núm. 8662, 2015, Wolters Kluwer, pág. 7.

3. La finalidad de las medidas cautelares en la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En la actualidad, la finalidad de las medidas cautelares penales en el proceso penal es múltiple, y en el proceso penal que se sigue contra las personas jurídicas no puede ser de otra manera, además de asegurar una ulterior sentencia condenatoria, el aseguramiento de la prueba evitando la ocultación por parte del encausado de las pruebas del proceso y, sobre todo, de la prevención delictiva o evitar la reiteración delictiva.

La antigua redacción de las consecuencias accesorias introducidas en nuestro ordenamiento jurídico en el año 1995, establecía una declaración expresa sobre las finalidades que perseguían, por ello, el art. 129.3 CP establecía:

“Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma”.

A pesar de que en la actual regulación no existe una previsión similar, los antecedentes y el contenido de las sanciones penales y las consecuencias accesorias evidencian una finalidad preventiva, salvo en el caso de la multa. Por ello, debemos distinguir dos tipos de finalidades distintas que se plantean en el ámbito de las medidas cautelares y la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

a) En el supuesto de la posible asunción futura de responsabilidades económicas, incluida la pena de multa, por parte de la entidad no se plantean graves problemas, a salvo los habituales originados por el impacto de cualquier medida cautelar patrimonial sobre la viabilidad futura de la organización. Por ello, si la adopción de las medidas cautelares penales sobre la persona jurídica se plantea sobre la finalidad asegurativa, la de asegurar el futuro fallo tanto en el ámbito penal como en el civil, basada en el riesgo que provoca el lapso de tiempo que va desde la instrucción del proceso penal hasta la definitiva sentencia penal, este criterio no plantea ninguna especialidad. Y, salvo la aplicación de los

principios del Derecho Penal, principio acusatorio, principio de oficialidad y el derecho a la defensa se asemejan a los cánones procesales civiles.

En el ámbito de las medidas cautelares reales o patrimoniales, podemos sostener, que tienen una finalidad asegurativa de la sentencia penal y su contenido es, claramente, económico. Por ello, las medidas cautelares patrimoniales aseguran el contenido económico de la sentencia penal y posibilitan su cumplimiento, que puede consistir en la condena a pagar una multa, al decomiso, a las costas o a la responsabilidad civil, ante el riesgo que pudiera suponer el lapso de tiempo en que dura el proceso penal frente a la persona jurídica.

b) Sin embargo, no es ésta la única finalidad del proceso penal⁴⁹⁴. En el ámbito de las personas jurídicas, la finalidad preventiva o incluso la finalidad de afrontar el riesgo de destrucción de las pruebas, vigente expresamente en el ámbito cautelar de las personas físicas, se encuentra materializado en el contenido de las tres medidas cautelares personales previstas: la clausura, la suspensión de actividades y la intervención judicial.

Si bien purísticamente, las medidas cautelares se justifican, como señala BARONA VILAR “en la necesidad de tiempo para la tutela de los derechos”, tiempo que supone que “la sentencia que llegue a dictarse sea inútil, sobre todo si el sujeto pasivo lo ha aprovechado para hacer que la sentencia no pueda ejercitarse”, dando origen la función cautelar que sirve “para asegurar la función de juzgar y la de ejecutar”⁴⁹⁵. Sin embargo, estas medidas que se proyectan sobre la persona jurídica tienen como finalidad detener la comisión de los delitos y prevenir que no se vuelvan a cometer.

⁴⁹⁴ Ni siquiera en el ámbito civil. BARONA VILAR, S., *Medidas Cautelares...*, *op.cit.*, pág. 82.

⁴⁹⁵ BARONA VILAR, S., en *Derecho Jurisdiccional III...*, *op.cit.*, pág. 272.

En este aspecto, la finalidad preventiva no pretende que el proceso penal culmine con garantías sino que parte de la base de la existencia del proceso penal para adoptar medidas coercitivas para evitar daños futuros cometidos por el sujeto pasivo⁴⁹⁶.

También en relación a las personas físicas, el nuevo diseño de las medidas cautelares que instauró la LO 13/2003, introdujo la finalidad preventiva en las medidas cautelares personales. Entre los motivos de la prisión provisional se incorporó, en el artículo 503.1.3º c) y 2 LECRim, el riesgo de la reiteración delictiva⁴⁹⁷ con el objetivo de evitar que el sujeto pasivo del proceso penal cometa otros delitos. BARONA VILAR critica que ésta sea un fin cautelar, “la referencia legislativa, pese a la asunción de la misma por el TC, de que fin de la prisión provisional sea el de conjurar el riesgo de que el encausado cometa otros hechos, está desnaturalizando la prisión provisional, al ponerla al servicio de fines no cautelares, esto es, convirtiéndola en una medida de prevención, amén de convertirse en un fin altamente peligroso en cuanto a su valoración y concreción por el órgano jurisdiccional, dado que las circunstancias del hecho y la gravedad de los delitos, o el carácter doloso de los mismos, solo limita en parte la arbitrariedad, pero no la excluye en absoluto”⁴⁹⁸. Esta tendencia imparable se proyecta también sobre las medidas cautelares que se plantean en el ámbito de las personas jurídicas.

En relación a las personas jurídicas, la finalidad preventiva ha estado presente en su regulación desde el año 1995, sin embargo, no se han presentado problemas graves en su utilización, que por otra parte, ha sido muy escasa⁴⁹⁹. La discusión sobre la finalidad de las

⁴⁹⁶ VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, C./ARAGONESES ALONSO, P., *Curso de Derecho Procesal Penal*, 4º edic., tomo I, 1974, págs. 281 y siguientes.

⁴⁹⁷ Además del 1) riesgo de fuga (art. 503.1.3º a LECRim), con el objeto de asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga; 2) el peligro de colusión o entorpecimiento del proceso (art. 503.1.3º b LECRim), que supone en que exista riesgo fundado y concreto a que se oculten, alteren o destruyan las fuentes de prueba relevantes para el proceso penal; y 3) el caso particular de la violencia doméstica (arts. 544 bis y 544 ter LECRim), que normalmente tiene su origen en un quebrantamiento de una orden de alejamiento o en una orden de protección a la víctima.

⁴⁹⁸ BARONA VILAR, S., en *Derecho Jurisdiccional III...*, *op.cit.*, pág. 272. pág. 295.

⁴⁹⁹ Debemos destacar la utilización de las consecuencias accesorias en relación a los medios de comunicación social. ECHARRI CASI se refiere en concreto al caso del clausurado cautelarmente «Euskaldunon Egunkaria» y, posteriormente, absuelto por sentencia núm. 27/2010, de 12 de abril, por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. ECHARRI CASI, F.J., “Las personas jurídicas y su imputación

consecuencias accesorias es extensa, y también sobre su naturaleza, en lo que a nosotros interesa ECHARRI CASI afirma que la prevención general, a la clase empresarial para que se abstengan de delinquir, y la prevención especial, evitando que el empresario peligroso continúe en su actividad delictiva o para reeducarle a través de las sanciones, eran la finalidad de las antiguas consecuencias accesorias⁵⁰⁰.

La finalidad preventiva, que si bien no se recoge expresamente en la nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas persiste y es inherente a las tres medidas cautelares personales que se plantean: clausura, suspensión e intervención. En todo caso, se ha perdido una oportunidad para que el legislador hubiera planteado escenarios concretos en su regulación, entre ellas la posibilidad de que la entidad jurídica actúe para modificar las pruebas que puedan existir en su contra, el peligro de la transformación de la sociedad jurídica, la posibilidad de que cambie su domicilio social traspasando las fronteras del país, o la posible cesión global de los activos y de los pasivos que la vacían de contenido patrimonial⁵⁰¹.

Por tanto, el problema se plantea sobre todo con la adopción de las medidas más graves previstas en el artículo 33.7 *in fine* CP, en el caso de las consecuencias accesorias en el artículo 129.3 CP, la suspensión de actividades, la clausura o la intervención judicial, que van a provocar, con toda seguridad, la desaparición de la persona jurídica del tráfico jurídico. Creemos que en realidad, en esta fase cautelar, nos encontramos ante un juicio sumario dentro del proceso penal, en el que se va a dilucidar el futuro de la persona jurídica. Se trataría, salvando las distancias, de una medida autosatisfactiva como las que se plantean en el ámbito civil⁵⁰².

en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales”, *Diario La Ley*, núm. 7632, 2011, La Ley, pág. 10.

⁵⁰⁰ El anterior contenido del artículo 129.3 CP recogía literalmente la finalidad preventiva de las consecuencias accesorias. Para profundizar al respecto *vid* ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones a Personas Jurídicas...*, *op.cit.*, págs. 126-129.

⁵⁰¹ PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de la persona jurídica”, *Diario La Ley*, núm. 7769, 2012, La Ley, pág. 12.

⁵⁰² PICO JUNOY, J., “De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1/2001, VLex, pág. 263.

En la práctica, se trata de transformar el proceso penal sobre las entidades que se consideran peligrosas en un juicio penal sumarísimo que se reduce de facto solo al ámbito cautelar. Se calcula la peligrosidad en relación a los concretos tipos delictivos en los que se encuentra involucrada la entidad y en el caso de los delitos relacionados con el crimen organizado la cuestión fundamental se reduce a la fase cautelar. El proceso declarativo subsiguiente no tiene ninguna virtualidad sobre la persona jurídica puesto que ha dejado de existir en la práctica por la imposición de las gravísimas medidas cautelares. El efecto logrado es una protección del riesgo expeditivo y rápido, debido a una situación que el juez de instrucción valora como de urgencia, y nada más. Incluso, siguiendo los cánones civiles se podría plantear inaudita parte y sin que el posterior proceso declarativo tuviera algún sentido⁵⁰³.

Por ello, coincidimos con la exigencia de prudencia que realiza ECHARRI CASI de postergar la adopción de estas medidas cautelares hasta el auto de procesamiento, en el caso del procedimiento penal sumario u ordinario, y hasta el auto de apertura del juicio oral, en el caso del procedimiento penal abreviado.⁵⁰⁴

En todo caso, debe tenerse en cuenta, que la imposición de las medidas cautelares preventivas a las sociedades puede suponer un auténtico e irreversible adelantamiento de la pena. Por ello, se deben establecer todas las garantías para que las personas jurídicas puedan articular una defensa real. Que, en nuestra opinión, debería incluir la intervención

⁵⁰³ Como ha sucedido, valgan como ejemplos, con el auto de 14 de febrero de 2014 del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional, aunque posteriormente corregido por el auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014. Incluso, en el cierre cautelar y cese de las actividades del periódico «Euskaldunon Egunkaria» sin la preceptiva audiencia regulada expresamente en las consecuencias accesorias del art. 129 CP del año 1995 por auto de 19 de febrero del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional. Tras la petición de las Fuerzas de Seguridad del Estado (y sin solicitud de ninguna acusación) y bajo la premisa de la búsqueda de “la eficacia de la medida en orden a la investigación del delito y el aseguramiento y efectividad de la instrucción judicial” el instructor llega a la conclusión de la medida cautelar, por considerar que “no hay otra medida alternativa de control menos lesiva” y porque la actividad delictiva es grave y continuada.

⁵⁰⁴ Como apunta ECHARRI CASI, en otro caso la contundencia de las medidas cautelares junto con la posibilidad de un sobreseimiento o sentencia absolutoria hace irreversibles los grandes perjuicios que pueden causarse a las personas vinculadas con la persona jurídica, ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones a Personas Jurídicas...*, *op.cit.*, págs. 247 y 248.

de un órgano jurisdiccional que no estuviera inmiscuido en la instrucción penal del proceso, por cuanto que con las mismas razones que asisten al diseño de la dualidad del proceso penal de nuestro ordenamiento jurídico procesal penal deben ser tenidos en cuenta en la fase cautelar en el que se van a adoptar medidas cautelares de esta intensidad. No se conoce ningún caso en el que la persona jurídica haya sido sometida en un proceso penal a la intensidad de las medidas cautelares de suspensión de actividades y/o clausura de locales o establecimientos que haya sobrevivido a su adopción.

El problema de fondo es la pugna entre la exigencia de seguridad y la presunción de inocencia. Se trata de un problema de todo el sistema cautelar que presenta serias dificultades en un entorno que demanda una velocidad y una contundencia en la respuesta que presenta serias dificultades de verse satisfecho en procesos complejos y lentos como los penales, por ello, el instrumento o recurso más ágil y inmediato son las medidas cautelares. Por todo ello, el sistema cautelar merece una seria reflexión y una utilización prudente por ser un pilar fundamental de la calidad del Estado de Derecho y, por ende, de la democracia.

4. Los presupuestos de las medidas cautelares en el proceso penal contra las personas jurídicas.

Los presupuestos que se exigen para la imposición de las medidas cautelares son idénticos en todos los regímenes de responsabilidad de las personas jurídicas, debido a que el diseño en materia cautelar se establece pivotándolo sobre el artículo 544 quáter LECRim que traslada sus efectos tanto al régimen del artículo 31 bis CP como al régimen del artículo 129 CP. Por ello, la normativa sustantiva de las medidas cautelares en este régimen especial, en concreto los artículos 33.7 *in fine* y el artículo 129.3, ambos del Código Penal, contemplan unas medidas cautelares idénticas y un procedimiento idéntico.

La adopción de las medidas cautelares en el procedimiento penal de las personas jurídicas, recoge, como no podía ser de otra manera, los grandes principios de la adopción de las medidas cautelares en el ámbito civil, por adolecer de propios el ámbito penal, salvo el influjo a todo el procedimiento cautelar de los principios generales del Derecho Penal.

Los dos presupuestos tradicionales que se exigen para poder acordar las medidas cautelares son los siguientes:

4.1. *«Fumus boni iuris» o la apariencia del buen derecho.*

Este primer presupuesto requiere de una materialización objetiva, por ello la premisa para que se cumpla este presupuesto es que exista un procedimiento penal que se dirija frente a la persona jurídica, en la que ésta resulte investigada o imputada por existir indicios racionales de criminalidad en su contra (como dispone el artículo 589 LECRim). Los ítems que el juez de instrucción debe seguir para considerar cumplido este presupuesto son:

- a) Indicios de la comisión del delito.
- b) El delito debe estar incluido en el catálogo de delitos que las personas jurídicas pueden cometer.
- c) El juez de instrucción deberá clasificar a la persona jurídica y decidir en torno a si es posible articular la responsabilidad penal frente a ella. Estos serán los motivos de considerarla fuera de la responsabilidad penal:
 - Que la persona jurídica se encuentre dentro de la lista de personas jurídicas excluidas de la responsabilidad penal del artículo 31 quinquies CP. Si estas personas jurídicas no tienen responsabilidad penal no se puede adoptar ninguna medida cautelar frente a ellas.
 - Que la persona jurídica sea considerada instrumental. Este es un supuesto que plantea especialidades también dentro del campo de las materias cautelares, sin embargo, como hemos podido comprobar, salvo alguna cuestión relacionada con su especial naturaleza, los presupuestos que vamos a exponer son de aplicación puesto que el juez de instrucción puede adoptar

medidas cautelares frente a las personas jurídicas consideradas instrumentales⁵⁰⁵.

d) Que el delito haya sido cometido, o que existan indicios racionales que haya sido cometido, por alguna de las personas físicas del círculo de la persona jurídica previstas en el artículo 31.1. a) y b) bis CP⁵⁰⁶, es decir, las personas físicas deben tener una especial vinculación con la persona jurídica, aunque se trate de una relación de subordinación. En el supuesto del art. 129 CP los delitos deben cometerse en el seno, con la colaboración, a través o por medio de las entidades.

e) Que el delito haya sido cometido por cuenta de la entidad y en beneficio directo o indirecto de la misma.

f) De la plasmación en la organización de la entidad de los programas de control, programas de cumplimiento o programas «compliance», previstos en el artículo 31.2 bis CP, además de su contenido conforme a lo establecido en el apartado quinto del propio artículo 31 bis CP⁵⁰⁷.

g) Además, independientemente de la aplicación de las normas procesales civiles, debemos recordar que al encontramos en un proceso penal y, además de exigirse los indicios racionales de criminalidad, debe haberse cometido un delito del que se

⁵⁰⁵ Añadiríamos que el problema fundamental en este caso, es que las medidas cautelares adoptadas en la fase de instrucción se plantean incluso como definitivas. Al entender que las personas jurídicas no son más que meras maquinaciones delictivas se plantean frente a ellas técnicas como la aplicación del levantamiento del velo y, por ello, se duda sobre si tienen una esfera propia, autónoma y separada de las personas físicas que las han creado y utilizado para la comisión delictiva. Por ello, hasta se ha llegado a adoptar medidas cautelares irreversibles, como vamos a poder comprobar en el apartado correspondiente a la experiencia de los juzgados de instrucción en la aplicación de las medidas cautelares en este ámbito, llegándose a adoptar en el auto de 15 de noviembre de 2012 del Juzgado Central de Instrucción número 6 de la Audiencia Nacional, medidas cautelares sin ni siquiera otorgar a las personas jurídicas, consideradas instrumentales, el derecho a personarse en la causa y, en consecuencia, a defenderse. Por ello, en el caso de las personas jurídicas instrumentales (en realidad en el caso de todas las personas jurídicas), la fase cautelar resulta más crucial que la propia sentencia penal. Podríamos decir, que la fase cautelar se convierte en un juicio sumarísimo que se plantea en la fase de instrucción.

⁵⁰⁶ Se trata de dos categorías de personas físicas, definidas de modo muy genérico, por una parte, los representantes legales, aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica y las personas físicas que ostentan facultades de organización y control dentro de la persona jurídica, y, por otra parte, las personas físicas que están sometidas a la autoridad de todas ellas.

⁵⁰⁷ Esta cuestión va a resultar fundamental en la responsabilidad penal de la persona jurídica conforme a la interpretación del Tribunal Supremo, sentencia 154/2016, es la acusación la que va tener que probar la no existencia de los programas de cumplimiento y de su contenido, en todo caso, conforme a la regulación del artículo 31 bis CP después de la reforma operada a través de la LO 1/2015 estos programas pueden eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica.

van a derivar responsabilidades económicas para poder exigir estas responsabilidades ya al encausado o ya frente al tercero responsable civil.

h) Por último y en relación a la responsabilidad civil dimanante del delito, se debe tener en cuenta la posibilidad que tiene la víctima del delito de renunciar o reservarse la acción de responsabilidad civil que se ha originado por el delito (artículo 109.2 CP). La renuncia o reserva de la acción de responsabilidad van a tener un impacto evidente en la cuantía de la responsabilidad pecuniaria, debiéndose, por tanto, restar esta obligación de la cuantía de las posibles medidas cautelares que se pudieran adoptar en el proceso penal.

4.2. «*Periculum in mora*» o el riesgo para el buen fin del proceso.

En relación a este segundo presupuesto la teoría de las medidas cautelares plantea un binomio junto con el presupuesto que acabamos de exponer. La apariencia del buen derecho o *fumus* junto con el peligro de la demora o «*periculum in mora*» por el tiempo que transcurre durante el proceso conjuntamente valoradas son las que permiten la adopción de unas medidas que disminuyan el riesgo provocado por la dilatación del proceso⁵⁰⁸.

No obstante, no es fácil abordar esta cuestión, la evolución de la finalidad de las medidas cautelares va más allá de garantizar que la futura y posible condena sea efectiva. En el caso de las personas jurídicas superan hasta todas las penas, salvo la de multa, tienen un propósito preventivo o interdictivo, por lo que se debe distinguir entre dos situaciones:

- a) La persona jurídica se enfrente a un posible proceso en el que se le podrá imponer una sanción penal de multa. En nuestra opinión, este horizonte punitivo impide al juez de instrucción la adopción de las medidas cautelares de tipo personal contra la

⁵⁰⁸ PORTAL MANRUBIA afirma que “el *periculum in mora* avala la probabilidad de que el ente jurídico realice actuaciones, a fin de impedir que la sentencia futura de responsabilidad penal se llegue a cumplir en sus justos términos”. PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de la persona jurídica”, *Diario La Ley*, núm. 7769, 2012, La Ley, págs. 11-12.

persona jurídica. Las únicas medidas cautelares que se podrían acordar serían las patrimoniales, y éstas también deberían ponderar adecuadamente la situación y la lesividad de sus medidas, que también presentan un impacto grave sobre la viabilidad de las entidades.

- b) La persona jurídica se enfrenta a un proceso penal en el que se le pueden imponer el resto de sanciones penales distintas a las de la multa. La finalidad evidente del resto de sanciones penales, y de las consecuencias accesorias, es interdictiva y busca evitar la reiteración de delitos por parte de la entidad. Por lo que habrá de valorarse el peligro que presentan las personas jurídicas en relación a la posible medida cautelar para impedirlo que se podría adoptar.

5. La clasificación de las distintas modalidades de las medidas cautelares.

Existen diferencias en la doctrina sobre las medidas que se integran bajo la denominación de «medida cautelar» y, si bien en nuestro ordenamiento existe un elenco de medidas concretas que rigen bajo la esencial característica de servir como instrumentos dentro del marco de un proceso, no es tarea fácil la determinación exacta de cuáles son exclusivamente cautelares.

Además, también en el ámbito de las personas jurídicas, se mezclan las regulaciones del ámbito penal y del civil. En el sentido de que es obligada la aplicación de la legislación civil sobre las cuestiones cautelares penales, por las remisiones regulatorias, cobrando vital importancia en el ámbito de las personas jurídicas dado el sustrato económico de las entidades. Por ello, debemos abordar ambas vertientes procesales.

En relación al proceso civil, la doctrina procesal de nuestro país⁵⁰⁹ viene precisando que las medidas cautelares pueden clasificarse por su finalidad. Debe tenerse en cuenta que en las normas procesales existe una libertad de forma en cuanto a las medidas que se pueden

⁵⁰⁹ También BARONA VILAR confecciona la clasificación de las medidas cautelares conforme a su finalidad. BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III...*, op.cit , págs. 272-275.

acordar en el proceso civil, por lo que no podemos incluir un catálogo concreto. Así, podemos distinguir entre las medidas cautelares que tienen:

a) Efectos asegurativos.

Se trataría de las medidas cautelares que despliegan sus efectos garantizando que la sentencia del proceso y su consiguiente ejecución tengan efectos plenos. Se pretende asegurar la posible resolución que va a recaer el proceso, sin embargo, no se plantea adelantar sus efectos.

b) Efectos conservativos.

Con este tipo de medidas lo que se pretende es conservar la situación jurídica como se encuentra hasta la resolución del proceso con sentencia. Se trata de un efecto que va más allá de asegurar el proceso y su ejecución, lo que se pretende es que no se realicen actos de disposición que alteren el estado en que se encuentre el objeto del proceso o la persona sobre la que van a recaer los efectos del proceso.

c) Efectos anticipativos.

La doctrina difícilmente las considera medidas cautelares. ORTELLS RAMOS⁵¹⁰ las califica de cuerpos extraños y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ las define como las medidas que permiten al demandante obtener los efectos estimatorios de la sentencia antes su pronunciamiento⁵¹¹.

⁵¹⁰ ORTELLS RAMOS, M, y CALDERON CUADRADO, M.P, *La tutela cautelar judicial en el Derecho Español*, Comares, 1996, págs. 8 y ss.

⁵¹¹ Aunque, por supuesto, se mantienen en ellas las notas características de provisionalidad en tanto se pronuncie la sentencia en el procedimiento. DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J.: *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, Ramón Areces, 2014, págs. 521 y ss.

Trasladándonos al proceso penal, bajo la denominación amplia de las «medidas cautelares» podemos realizar una clasificación también por la objeto de las mismas, conforme a la doctrina procesalista⁵¹² podemos llegar a distinguir también dos tipos de clases generales dentro del concepto de las medidas cautelares estrictas. Las medidas cautelares se distinguen entre las medidas cautelares personales y las medidas cautelares patrimoniales o reales.

a) En relación a las medidas cautelares personales.

En el caso de las personas jurídicas no pueden afectar, lógicamente, a la libertad personal por lo que se descartan la detención o la prisión provisional, incluso, para el representante legal de la persona jurídica a la que no se le van a poder aplicar la medidas cautelares personales por un delito que se haya cometido en el seno de la organización de la persona jurídica⁵¹³.

No obstante, en términos generales, existe una discusión en torno a la naturaleza de las medidas que se adoptan antes del inicio del procedimiento o que acaba de iniciarse. El ejemplo de estas medidas cautelares es la detención que se produce ante una comisión de un delito que va a provocar la incoación de un proceso consiguiente. En todo caso, su finalidad es garantizar o asegurar los efectos de la posible sentencia condenatoria y de la posible ejecución. La clasificación habitual integra a éstas medidas en el concepto de medidas precautelares⁵¹⁴.

A lo largo de nuestro trabajo, se ha venido trasladando esta categoría a las personas jurídicas en relación a tres medidas cautelares en concreto, la clausura de locales o establecimientos, la suspensión de actividades y la intervención judicial, por entender que afectan a la libertad de empresa o la libertad de actuación de la persona jurídica.

⁵¹² BARONA VILAR nos advierte que no todas las medidas cautelares son, en realidad, medidas cautelares. BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III...*, op.cit , págs.272-275.

⁵¹³ Otra cuestión absolutamente diferente es que a este representante legal se le encause por su relación personal con el delito ya por haberlo cometido o por haber participado, de cualquier forma, en su comisión.

⁵¹⁴ BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III...*, op.cit., págs.272-275.

La finalidad de las denominadas medidas cautelares personales es limitar la esfera de libertad de las personas. Su concepción clásica tiene, como no puede ser de otra manera, a la persona física como objeto. Por lo tanto, el traslado de esta categoría a las personas jurídicas, va a requerir una ampliación de la definición de la categoría o grupo. Así, la persona jurídica se va a ver afectada por las medidas personales cuando éstas limiten su esfera de actuación o su actividad, y ello, puede suceder por la aplicación de las medidas cautelares previstas en el artículo 33.7 CP y en las consecuencias accesorias que se pueden adoptar como medidas cautelares en el artículo 129.3 CP.

No obstante, la incorporación de nuevas finalidades y la incorporación de los propósitos preventivos o interdictivos a las medidas cautelares ha provocado un debate encendido en la doctrina. En sus clasificaciones tanto BARONA VILAR⁵¹⁵ como GIMENO SENDRA⁵¹⁶ afirman que en realidad no son medidas cautelares⁵¹⁷. Se categorizan por su finalidad preventiva o interdictiva, en todo caso, en ambos supuesto se imponen para evitar un daño presente inminente o una posible comisión de futuros delitos. En nuestra opinión, esta finalidad supone una evolución de las medidas cautelares a un estadio donde imperan cuestiones relacionadas con la seguridad. Incluimos en esta categoría⁵¹⁸ a las medidas especialmente vinculadas a la protección de las víctimas de violencia de género y que son una anticipación de la pena. Se trata medidas tales como la suspensión del empleo, órdenes de alejamiento...⁵¹⁹

⁵¹⁵ *Ibidem*.

⁵¹⁶ GIMENO SENDRA, V., “Crisis de las medidas cautelares penales...”, *op.cit.*, págs. 1 y siguientes.

⁵¹⁷ Incluso podríamos tratar, en la práctica forense, de supuestos de ingreso en prisión provisional que suponen una anticipación de la pena. Ciertamente, en algunas ocasiones, la realidad supera el marco del ordenamiento jurídico, imaginemos la comisión de un delito de homicidio en la que el presunto asesino ha confesado la comisión del delito y su confesión ha sido corroborado por todo tipo de actos de investigación. Habrán que estudiar los concretos supuestos de irresponsabilidad penal, pero si se descartan, el sistema punitivo junto con la presunción de inocencia precisa de una aceleración procesal para adecuar su estancia en prisión provisional. Más dudas nos provoca la posible utilización de las medida cautelar de prisión provisional, además de cómo un adelantamiento de la pena, como un instrumento procesal para lograr confesiones o colaboraciones que limitan el derecho a la defensa del encausado.

⁵¹⁸ No obstante, BARONA VILAR distingue de las medidas preventivas y las interdictivas. Mientras que nosotros entendemos que la naturaleza preventiva e interdictiva se plantean en el ámbito de las medidas cautelares personales BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III...*, *op.cit.*, págs.272-275.

⁵¹⁹ Las finalidades que las medidas cautelares albergan en la actualidad que BARONA VILAR identifica que persiguen incluso la satisfacción de sentimientos de venganza, indignación social o inseguridad

Las medidas cautelares⁵²⁰ clásicas en relación a las personas físicas son la detención (la detención (arts. 490 y 492 LECRim, básicamente) y la prisión provisional (arts. 502-511, 529, 530 LECRim, básicamente), esta última es la que más análisis y más experiencia ha aportado en la materia y debe servirnos, con todas las salvedades y diferencias, también de referencia en la aplicación de las medidas cautelares a las personas jurídicas.

En todo caso, en el ámbito personal también existen otras medidas cautelares restrictivas de la libertad o de otros derechos, como la libertad provisional (art. 502 LECRim) que puede acompañarse de la obligación de: la fianza (art. 533 LECRim)⁵²¹; la obligación de comparecencia periódica ante un juzgado o ante las fuerzas de seguridad del Estado (arts. 490, 492, 504, 835 LECRim); la prohibición de salida del país sin autorización o con retención del pasaporte (art. 530 LECRim); las órdenes de alejamiento (art. 544 bis LECRim); la suspensión de cargos públicos para las personas procesadas y que ingresen en prisión provisional por delito relacionados con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, mientras dura la situación de prisión (art. 384 bis LECRim)⁵²²; la privación provisional del derecho a conducir vehículos de motor (art. 529 bis LECRim); y, por último, ciertas medidas cautelares que se aplican en los procedimientos de extradición y en el procedimiento de enjuiciamiento de menores de edad.

colectiva, lleva a la autora a denominar o englobar a las medidas cautelares en otra categoría que es la de las “medidas coercitivas”. BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III...*, op.cit., págs.272-273.

⁵²⁰ Si bien a algunas de estas medidas, nos referimos en concreto a la detención, han recibido también la denominación de precautelares puesto que, incluso, el procedimiento penal frente a ellas puede no estar iniciado. Imaginemos la comisión de un delito in fraganti.

⁵²¹ Es una fianza diferente a la patrimonial, se trata de una garantía económica de que el encausado no eludirá la acción de la justicia y se fundamenta en la existencia de cierto riesgo de fuga.

⁵²² Se trata de una medida que solamente se puede adoptar una vez que sea firme el auto de procesamiento y, además, sea adoptada la medida cautelar de prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes. En esta situación, esta medida es automática, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público queda automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión.

Y, aunque las medidas cautelares que afectan a las personas físicas no son objeto de nuestro estudio, vamos a intentar extraer de ellas, siempre y cuando resulten de interés, su experiencia para proyectarla en la aplicación de las medidas cautelares sobre las personas jurídicas.

b) En relación a las medidas cautelares reales o patrimoniales.

Se trata de las que más frecuentes sobre la persona jurídica, incluso podría defenderse que todas las medidas cautelares, incluidas las de la clausura de locales o establecimientos, la suspensión de actividades o la intervención judicial, en realidad, obedecen a esta categoría puesto que afectan directamente al patrimonio de la persona, en este caso, jurídica. Como veremos, vienen siendo reguladas en la LECRim⁵²³ y, subsidiariamente, se aplican las normas procesales civiles previstas en la LEC.

La finalidad de las denominadas medidas cautelares reales o patrimoniales es la de limitar la disposición sobre un patrimonio que tiene la persona imputada.

Se trata de las medidas cautelares que van a garantizar que el sujeto pasivo, en este caso la persona jurídica, afronte las responsabilidades económicas que pueden dimanar de la sentencia condenatoria penal. El lapso de tiempo que va transcurrir hasta la culminación del proceso penal puede llevar al juez instructor a adoptar alguna medida para asegurar el pago de la previsible sentencia futura.

En relación a las medidas cautelares reales o patrimoniales debemos mencionar que no tienen ninguna especialidad propia en su aplicación a las personas jurídicas, sin embargo, resulta interesante analizar su impacto sobre el patrimonio de las entidades. Porque evidentemente si una persona jurídica (o física) no deposita la fianza a la que resulta

⁵²³ La única normativa existente regula ciertos aspectos de las medidas cautelares de fianza y embargo en los artículos 589 y ss. de la LECRim.

obligada por una resolución judicial puede deberse a dos causas: o bien no dispone del patrimonio suficiente para afrontar la fianza impuesta o la particularidad del modo en que se le obliga a depositar la fianza, por ejemplo se le obliga a depositarla en metálico y tiene problemas de liquidez, o bien no quiere depositar voluntariamente la fianza. En el primero de los casos, se debe acudir obligatoriamente a la Ley Concursal (art. 2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio), y se debe plantear el concurso voluntario en cumplimiento de la obligación establecida en esta norma, en otro caso, estaríamos ante un caso de concurso necesario. El no depositar la fianza supone que se active el embargo frente al patrimonio de la persona, la existencia de este derecho va a provocar que la estructura del patrimonio se altere significativamente y, a riesgo de perjudicar al resto de acreedores pasivos de la persona, resulta necesario afrontar un orden y una intervención en este patrimonio, justamente lo que pretende articular la normativa concursal.

En la mayoría de ocasiones, la cuantía de las medidas cautelares sobre responsabilidades pecuniarias provienen del proceso penal (de la comisión del delito y del ulterior proceso iniciado por este motivo).

En todo caso, la responsabilidad económica que surge del delito tiene dos naturalezas, la primera, es de naturaleza civil que viene determinada por la obligación legal de asumir las consecuencias del delito, es la responsabilidad civil que el Código Penal impone al autor de un delito⁵²⁴, si bien es cierto que esta responsabilidad puede quedar fuera de la esfera del proceso penal, por lo que sería imposible la imposición de medidas cautelares en este ámbito, por aplicación de la previsión legal del artículo 109.2 del CP que establece la posibilidad que tiene el perjudicado de poder optar entre exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil. La segunda, de naturaleza penal, se trata de las multas que se han previsto como sanciones penales, el comiso de los efectos y de los instrumentos de los delitos, el comiso de las ganancias derivadas del delito y las costas procesales.

⁵²⁴ La regulación del artículo 109 del Código Penal y del artículo 100 de LECRim establecen que la ejecución de un hecho delictivo va a obligar a reparar los daños y perjuicios causados.

En relación a la responsabilidad civil, conforme a lo estipulado en el artículo 110 CP, se debe entender incluida en la misma:

- La restitución.
- La reparación del daño.
- La indemnización de perjuicios materiales y morales.

Coincidimos plenamente con BARONA VILAR⁵²⁵ que señala que las medidas cautelares patrimoniales a su vez pueden ser de dos tipos. 1/ las medidas penales: “las que derivan de la misma responsabilidad penal, tales como el pago de las costas procesales o la pena de multa, entre otros conceptos”, y 2/ las medidas civiles: “las que derivan de la responsabilidad civil derivada del hecho delictivo, garantizando la efectividad de la resolución condenatoria civil, que puede consistir en la restitución de la cosa, la reparación del daño o la indemnización de perjuicios”.

En todo caso, debemos considerar que también constituyen medidas cautelares patrimoniales las medidas que pretenden garantizar la posible futura condena a la restitución, de forma que el condenado tenga que entregar no una prestación económica sino un bien o una cosa que tenga en su esfera patrimonial. Así el propio artículo 111 CP prioriza la restitución del mismo bien, siempre que sea posible, con abono de los deterioros y menoscabos que hubiera tenido⁵²⁶ y, atendiendo a la naturaleza de la obligación y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, la reparación del daño puede consistir, según el artículo 112 del CP, en una obligación de dar, de hacer o de no hacer.

⁵²⁵BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III...*, op.cit., págs.274-275.

⁵²⁶ Se posibilita la restitución, según esta regulación del artículo 111 CP, aún cuando el bien se halla en poder de un tercer y “éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe” y, ello, independientemente del derecho del tercero de buena fe de repetir contra quien corresponda y, en su caso, solicitar una indemnización al responsable civil del delito. La única salvedad a este régimen lo constituye que el tercero de buena fe haya adquirido el bien legalmente pero conforme a la legislación sectorial específica que posibilita hacerlo de forma irrevindicable.

CAPÍTULO XIV.

Las medidas cautelares aplicables en el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

1. Introducción.

El principio de legalidad penal impone el deber de regular las medidas cautelares concretas que se pueden imponer a la persona jurídica. Hemos analizado que las medidas estrictamente cautelares del proceso penal contra las personas jurídicas también van a ser clasificadas en dos grupos: las medidas cautelares personales y las medidas cautelares patrimoniales o reales.

En las siguientes líneas vamos a abordar un debate fundamental que se ha planteado a raíz del diseño legislativo procesal insuficiente en torno a las medidas cautelares. El problema de fondo que se plantea es sobre la posibilidad de acordar las medidas patrimoniales frente a las entidades.

Aunque parezca increíble, el diseño procesal que se aprobó al año de la incorporación de los aspectos sustantivos de este régimen especial, ha ocasionado un grave problema relativo a la identificación de las medidas cautelares aplicables en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lamentablemente una cuestión tan nuclear también provoca división, inseguridad y opiniones encontradas en la doctrina.

2. El debate sobre las medidas cautelares previstas en la regulación procesal en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas.

El esquema punitivo de la responsabilidad penal de la persona jurídica descansa en dos pilares, el primero, el artículo 31 bis del Código Penal en lo referente a las personas jurídicas y, el segundo, en el artículo 129 del Código Penal en lo referente a personas

jurídicas o artificiales sin personalidad jurídica formal. No obstante, existe una categoría de personas jurídicas que por su actividad serán denominadas instrumentales y quedan fuera de este esquema de punición, excluidas del ámbito de la responsabilidad penal.

La arquitectura de las medidas cautelares que se pueden imponer a la persona jurídica se basa en los mismos pilares, el relativo a las personas jurídicas se contiene en el artículo 33 apartado 7 del Código Penal, y el relativo a la entidades que carecen de personalidad en el artículo 129 apartado 3 del Código Penal. En conexión al sistema punitivo principal, ambos artículos prevén idénticas medidas cautelares para las entidades, tengan o carezcan de personalidad jurídica. Sin embargo, lo que parece un sistema integral sobre las medidas cautelares se resquebraja por tres cuestiones básicas:

- a) El Código Penal recoge en la regulación de ciertos tipos penales una serie de medidas cautelares específicas para estos delitos.
- b) Existe una categoría de entidades denominadas instrumentales que quedan fuera del ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y no existe una regulación específica sobre las medidas cautelares que se pueden adoptar frente a ellas.
- c) La regulación legal sobre las medidas cautelares es defectuosa y ha provocado un intenso debate sobre la determinación de las que van a poder adoptarse frente a la persona jurídica que afronte una proceso penal.

Técnicamente resulta curioso que las medidas cautelares a imponer en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica no están reguladas en la normativa procesal penal. La LECRim no recoge una regulación detallada de las medidas cautelares y se va a limitar a realizar una remisión al Código Penal. El procedimiento viaja al Código sustantivo, mezclándolo todo y provocando oscuridad en cuestiones que deben ser diáfanas.

La remisión procesal debe entenderse, en principio, realizada a los dos artículos del Código Penal que han recogido las penas y las medidas cautelares de la responsabilidad

penal de la persona jurídica, el artículo 33.7 CP para el caso de las personas jurídicas, y el reformado 129 CP para el caso de entidades sin personalidad jurídica.

El último párrafo del art. 33.7 del Código Penal regula que:

“la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa”.

El precepto ha previsto que tres sanciones penales concretas de todo el catálogo de penas previstas para la persona jurídica van a poder adoptar en la fase cautelar. Tres exclusivas penas que podrán ser adoptadas por el Juez Instructor durante la instrucción de la causa: la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial. La literalidad de la norma jurídica es nítida “podrán ser acordadas” y no existe ninguna previsión sobre otras posibles medidas cautelares.

Asimismo, el artículo 129.3 del Código Penal dispone que, durante la instrucción de una causa penal contra una persona física en la que se esté utilizando un ente supraindividual sin personalidad jurídica, el juez instructor podrá adoptar como medidas cautelares la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial. Se trata de las mismas medidas cautelares previstas en el art. 33.7 *in fine* CP y también en el supuesto de aplicación de las medidas accesorias se han previsto tres exclusivas medidas cautelares.

3. Las previsiones procesales de la responsabilidad penal de la persona jurídica en la LECRim.

El problema surge en parte debido a que el legislador incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad penal de la persona jurídica sin acompañarlo de la pertinente reforma procesal de la LECRim. Como indicaba BURGOS LADRÓN DE GUEVARA era “una ingenuidad creer que basta con insertar un grupo de preceptos – arts. 31 bis, 33.7, 66 bis y 129 CP- que contiene la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código

Penal edificado sobre pilares de 1995, que ha de aplicarse a través de un sistema procesal que solo piensa en personas físicas imputadas”⁵²⁷. A la vista de los problemas prácticos que se anunciaban y se planteaban, el legislador tuvo que aprobar, aunque con demasiada demora la reforma procesal⁵²⁸ a través de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que debía acompañar a la sustancia o contenido material de este régimen legal⁵²⁹.

La modificación procesal de la LECRim fue objeto de infinidad de críticas por su aprobación tardía y su parquedad⁵³⁰, que ha supuesto numerosos problemas prácticos. El artículo primero de esta Ley está dedicado a la reforma parcial⁵³¹ de la centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en su Exposición de Motivos defiende la reforma en las siguientes razones:

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

Esta reforma procesal va a incorporar o modificar diez artículos concretos de la LECRim. Introduce un nuevo artículo 14 bis⁵³², un nuevo artículo 119⁵³³, un nuevo artículo 120⁵³⁴,

⁵²⁷ BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos procesales”, *Diario La Ley*, núm. 7625, 2011, La Ley, págs.2-3.

⁵²⁸ La reforma procesal entró en vigor 31 de octubre de 2011.

⁵²⁹ Entró en vigor en fecha de 23 de diciembre de 2010 tras la aprobación de la LO 5/2010.

⁵³⁰ OSUNA MARTÍNEZ-BONÉ, F., “Estatuto procesal de la persona jurídica investigada”, *La Ley*, núm. 8754, 2016, La Ley, pág. 1.

⁵³¹ No se comprende desde ninguna instancia que no se apruebe una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal o el Código Penal Procesal que sistematiza y corrija tantas deficiencias provocadas por el continuo parcheo de esta norma básica y fundamental del ordenamiento jurídico penal.

⁵³² El artículo 14 bis establece que:” Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior el conocimiento y fallo de una causa por delito dependa de la gravedad de la pena señalada a éste por la ley se atenderá en todo caso a la pena legalmente prevista para la persona física, aun cuando el procedimiento se dirija exclusivamente contra una persona jurídica”.

⁵³³ El artículo 119 señala que: “1. Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 118 de esta Ley, haya de procederse a la imputación de una persona jurídica, se practicará con ésta la comparecencia prevista en el artículo 775, con las siguientes particularidades: a) La citación se hará en el domicilio social de la persona jurídica, requiriendo a la entidad que proceda a la designación de un representante, así como

un nuevo artículo 409 bis⁵³⁵, un nuevo artículo 544 quáter⁵³⁶, un nuevo apartado 4.º al artículo 554⁵³⁷, un nuevo párrafo final al artículo 746⁵³⁸, un nuevo artículo 786 bis⁵³⁹, un nuevo apartado 8 en el artículo 787⁵⁴⁰ y, por último, un nuevo artículo 839 bis⁵⁴¹.

Abogado y Procurador para ese procedimiento, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo, se procederá a la designación de oficio de estos dos últimos. La falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el Abogado y Procurador designado. b) La comparecencia se practicará con el representante especialmente designado de la persona jurídica imputada acompañada del Abogado de la misma. La inasistencia al acto de dicho representante determinará la práctica del mismo con el Abogado de la entidad. c) El Juez informará al representante de la persona jurídica imputada o, en su caso, al Abogado, de los hechos que se imputan a ésta. Esta información se facilitará por escrito o mediante entrega de una copia de la denuncia o querrela presentada. d) La designación del Procurador sustituirá a la indicación del domicilio a efectos de notificaciones, practicándose con el Procurador designado todos los actos de comunicación posteriores, incluidos aquellos a los que esta Ley asigna carácter personal. Si el Procurador ha sido nombrado de oficio se comunicará su identidad a la persona jurídica imputada”.

⁵³⁴ El artículo 120 dispone que: “1. Las disposiciones de esta Ley que requieren o autorizan la presencia del imputado en la práctica de diligencias de investigación o de prueba anticipada se entenderán siempre referidas al representante especialmente designado por la entidad, que podrá asistir acompañado del letrado encargado de la defensa de ésta. 2. La incomparecencia de la persona especialmente designada no impedirá la celebración del acto de investigación o de prueba anticipada que se sustanciará con el Abogado defensor”.

⁵³⁵ El artículo 409 bis recoge 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 declaración irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización. A dicha declaración le será de aplicación lo dispuesto en los preceptos del presente capítulo en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluidos los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable”.

⁵³⁶ El artículo 544 quáter regula que: “1. Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente previstas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. 2. La medida se acordará previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas. El auto que decida sobre la medida cautelar será recurrible en apelación, cuya tramitación tendrá carácter preferente”.

⁵³⁷ El apartado cuarto dispone que: “Tratándose de personas jurídicas imputadas, el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros”.

⁵³⁸ El párrafo final establece que: “Cuando el procesado sea una persona jurídica, se estará a lo dispuesto en el artículo 786 bis de esta Ley”.

⁵³⁹ El artículo 786 bis señala que: “1. Cuando el acusado sea una persona jurídica, ésta podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe, debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados. Dicha persona podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba, sin perjuicio del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio. No se podrá designar a estos efectos a quien haya de declarar en el juicio como testigo. 2. No obstante lo anterior, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación no impedirá en ningún caso la celebración de la vista, que se llevará a cabo con la presencia del Abogado y el Procurador de ésta”.

⁵⁴⁰ El nuevo apartado 8 va a regular que “Cuando el acusado sea una persona jurídica, la conformidad deberá prestarla su representante especialmente designado, siempre que cuente con poder especial. Dicha

Merece la pena detenerse en lo tardío de la reforma procesal. La necesidad y la urgencia de la reforma procesal era una solicitud unánime de todos los operadores jurídicos, puesto que la aprobación sustantiva de la responsabilidad penal de la persona jurídica provocaba que los Juzgados y Tribunales no tuvieran un cauce para aplicar unas disposiciones de derecho necesario⁵⁴².

A pesar de que la cuestión de la responsabilidad penal directa de la persona jurídica era novedosa, no se acompañó de la pertinente reforma procesal. Posteriormente, se incorporó a nuestro ordenamiento con prisas y urgencias⁵⁴³ una regulación del proceso que va a provocar disfunciones y problemas de difícilísima solución.

Para ECHARRI CASI es un síntoma del “escaso o nulo interés con el que legislador afronta las reformas procesales que paralelamente deben acompañar a las modificaciones

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”.

⁵⁴¹ El artículo 839 bis establece que: “1. La persona jurídica imputada únicamente será llamada mediante requisitoria cuando no haya sido posible su citación para el acto de primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido. 2. En la requisitoria de la persona jurídica se harán constar los datos identificativos de la entidad, el delito que se le imputa y su obligación de comparecer en el plazo que se haya fijado, con Abogado y Procurador, ante el Juez que conoce de la causa. 3. La requisitoria de la persona jurídica se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y, en su caso, en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» o en cualquier otro periódico o diario oficial relacionado con la naturaleza, el objeto social o las actividades del ente imputado. 4. Transcurrido el plazo fijado sin haber comparecido la persona jurídica, se la declarará rebelde, continuando los trámites procesales hasta su conclusión”.

⁵⁴² En palabras de DOPICO GÓMEZ-ALLER dos son los motivos que empujaban al legislador a adoptar la necesaria reforma procesal. El primer motivo proviene de que no se “podía dejar pasar más tiempo sin dotar de un cauce procesal específico a las reglas de responsabilidad penal para las personas jurídicas. Se trataba de Derecho Penal vigente, cuya aplicación no era facultativa sino obligatoria para los Jueces (...); y para su aplicación solo disponían de una normativa procesal que, si ya es obsoleta en no pocos puntos para las personas físicas, resulta de aplicación forzosísima a las personas jurídicas”. El segundo de los motivos era la obligación de “crear una normativa en un campo donde no es que haya graves disensos doctrinales: es que apenas ha habido debate doctrinal en España sobre el proceso penal contra personas jurídicas. La discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha centrado casi exclusivamente en cuestiones de principio relativas a si estas entidades podían ser culpables o no, a si eran sujetos idóneos a los efectos penales, etc. Sin embargo, no se abordaban las cuestiones relativas a cómo debe personarse y actuar una entidad colectiva en un proceso penal”. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal ...”, *op.cit.*, págs. 2-3.

⁵⁴³ El autor señala una cuestión que para nosotros resulta muy llamativa: en la primera versión de la que acabaría siendo la Ley 37/2011 no contemplaba ninguna regulación relativa a la persona jurídica. El anteproyecto original no estaba destinado a introducir la regulación procesal de la responsabilidad penal de la persona jurídica y ésta fue incorporada posteriormente “de contrabando” en palabras de DOPICO GÓMEZ-ALLER sin ni siquiera contar con la opinión técnica del Consejo General del Poder Judicial que había emitido su informe sobre un proyecto que no incluía ninguna reforma procesal penal. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal contra personas...”, *op.cit.*, pág. 1.

sustantivas, para que aquéllas lleguen a ser viables”. El autor advierte sobre las consecuencias negativas de la reforma procesal sobre la persona jurídica, señalando que “una aplicación irreflexiva o atropellada de algunas de las sanciones previstas puede llevar aparejada, abocando en su caso a la destrucción de puestos de trabajo, con los perniciosos efectos que ello conlleva en una sociedad como la nuestra, en la que el alto índice de desempleo es una de las constantes, convirtiendo así una crisis económica y financiera en una crisis de índole social y política”. Por ello, y según el autor, la reforma procesal se convierte más en un problema que en una solución⁵⁴⁴.

4. Las medidas cautelares previstas para la persona jurídica conforme a la LECRim.

En lo que respecta a las medidas cautelares, la regulación procesal sobre la materia se sustenta en el nuevo artículo 544 quáter LECRim. Por lo problemas interpretativos que va a provocar esta regulación, vamos a analizar el precepto de forma exhaustiva, empezando por sus borradores o versiones provisionales hasta su versión definitiva.

En el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) de 18 de marzo de 2011, núm. 117-1, se incorpora el Proyecto de Ley de medidas de agilización procesal, proyecto que va a derivar en la conocida Ley 37/2011 y, curiosamente, en el proyecto de ley inicial no existen ninguna referencia a las medidas cautelares⁵⁴⁵, no existe ningún artículo 544 quáter LECRim.

⁵⁴⁴ Para ECHARRI CASI la reforma procesal carece normativa adecuada sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica: “Esta ausencia de una adecuada reforma procesal es sin duda una de las carencias más acusadas de la Ley. Dotar a la persona jurídica de la condición de parte pasiva penal en un proceso de estas características reclama previsiones específicas. Como señala DEL MORAL GARCÍA la persona jurídica ha de ser traída al proceso penal en una cualidad más asimilable a la de imputado que a la de tercero responsable civil, lo cual no deja de llevar aparejados algunos problemas que debieran resolverse”. ECHARRI CASI, F.J., “Las personas jurídicas y su imputación...”, *op.cit.*, pág. 2.

⁵⁴⁵ En los trámites seguidos por el anteproyecto que constan en el Congreso de Diputados y del Senado se pueden observar trazas de improvisación en la regulación de la materia. Según ESCALADA LÓPEZ “la normativa que consagró la responsabilidad penal de las personas jurídicas no contemplaba inicialmente un régimen de medidas cautelares para imponer a éstas, de forma que se remitía al genéricamente previsto para las personas físicas, contextualizadamente matizado por la viabilidad y naturaleza de la concreta medida

La regulación sobre la materia va a insertarse en el Senado que aprueba el texto, en su sesión del día 14 de septiembre de 2011, con la incorporación de un artículo concreto sobre las medidas cautelares a imponer a la persona jurídica penalmente responsables. El artículo 544 quáter del proyecto de Ley de medidas de agilización procesal (antes denominado Proyecto de Ley de medidas de agilización procesal y de reforma del artículo 35 de la Ley 53/2002, de 20 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social) es aprobado por el Pleno del Senado bajo la siguiente redacción literal:

“Artículo 544 quáter.

1. Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente previstas en el Código Penal, siempre que no existan otras igualmente idóneas y menos gravosas para los intereses de la entidad. Al acordarlas, deberán respetarse las exigencias derivadas de los principios acusatorio y de proporcionalidad, y habrán de concurrir los siguientes requisitos:

1.º Que conste la existencia de un hecho delictivo y que éste pueda imputarse a la persona jurídica contra la que se va a dirigir la medida cautelar.

2.º Que exista un riesgo de despatrimonialización de la persona jurídica, o de ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba, o de protección de los bienes de la víctima.

2. La medida se acordará previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas. El auto que decida sobre la medida cautelar será recurrible en apelación, cuya tramitación tendrá carácter preferente.”

Cuando el Proyecto de Ley es devuelto al Congreso de los Diputados para su definitiva aprobación va a sufrir una modificación sustancial. Finalmente va a ser aprobado, pasando a convertirse en la Ley 37/2011, en la sesión del día 22 de septiembre de 2011, con la siguiente redacción⁵⁴⁶:

cautelar a imponer”. ESCALADA LÓPEZ, M., “Las medidas cautelares en el proceso penal contra entes supraindividuales, con especial, atención a las de carácter real”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 41, Iustel, 2017, pág. 5; En el mismo sentido DOPICO GÓMEZ-ALLER quien también afirma que: “el proyecto inicialmente no contemplaba una regulación específica de las medidas cautelares para personas jurídicas: consideraba aplicable la regulación general de las medidas cautelares para personas físicas salvo en aquellos aspectos incompatibles con su naturaleza —como, evidentemente, la prisión provisional—. A estos efectos, pues, el Juez que pretendiese imponer a una persona jurídica medidas cautelares no personales (como la prisión provisional o la prohibición de residir en determinados lugares) sino reales (como la fianza o el embargo) no hallaría obstáculos de legalidad formal”. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal contra personas jurídicas...”, *op.cit.*, pág. 3.

⁵⁴⁶ Esta redacción va a ser la definitiva y será incorporada al artículo primero de la Ley 3/2011.

"Artículo 544 quáter.

1. Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente previstas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

2. La medida se acordará previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas. El auto que decida sobre la medida cautelar será recurrible en apelación, cuya tramitación tendrá carácter preferente."

Como se puede observar el cambio es sustancial puesto que se ha suprimido la referencia a la posibilidad de adopción de medidas cautelares frente a la persona jurídica más idóneas y menos gravosas para los intereses de la misma. En la regulación definitiva tampoco encontramos la exigencia explícita de la existencia de un riesgo de despatrimonialización de la persona jurídica, o de ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba, o de protección de los bienes de la víctima como finalidad de las medidas cautelares.

En definitiva, el texto legal que finalmente se aprobó y las vicisitudes de su aprobación nos ayudan a comprender el mandato legal, sin embargo, para hacerlo todavía más comprensible, vamos a proceder a detallar el contenido jurídico que en este apartado nos interesa del art. 544 quáter LECRim:

a) La norma jurídica señala que las medidas cautelares “podrán” imponerse, es decir, acordarlas es una facultad y una posibilidad que va a tener el juzgador.

b) El precepto incorpora la expresión “son las expresamente previstas en el Código Penal”, limitando las medidas cautelares a las previstas en el Código sustantivo, la redacción es categórica a la persona jurídica solo se le pueden imponer las medidas previstas en el Código Penal⁵⁴⁷.

⁵⁴⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER opina que “La taxativa dicción del precepto (la afirmación de que las medidas imponibles son éstas, junto con la exigencia de que estén expresamente previstas en el CP) parece cercenar de raíz cualquier veleidad de interpretación extensiva”. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal contra personas jurídicas...”, *op.cit.*, pág. 3.

La literalidad del texto no deja pie a ningún tipo de ambigüedad, no es posible llegar a otra conclusión. Como hemos señalado en nuestro estudio, el principio de legalidad se aplica a las personas jurídicas en el proceso penal que vienen siendo amparadas también por los derechos fundamentales por lo que resulta, a priori, imposible llegar a otra conclusión.

4.1. Las medidas cautelares previstas en el Código Penal.

La remisión procesal del artículo 544 quáter LECRim al Código Penal nos lleva a estudiar las medidas cautelares específicamente previstas o “expresamente” previstas en la normativa sustantiva penal. Y, la regulación sustantiva se encuentra focalizada en el artículo 33.7 del Código Penal y en el artículo 129.3 del Código Penal que prevén exclusivamente tres clases de medidas cautelares para las entidades sometidas a este régimen especial:

- a) La clausura temporal de los locales o establecimientos,
- b) La suspensión de las actividades sociales
- c) La intervención judicial.

La literalidad del último párrafo del artículo 33.7 CP establece literalmente: “la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa”. Y, conforme a la lectura integral del artículo, en principio, el adverbio “también” utilizado en este párrafo no hace referencia a la existencia de otras posibles medidas cautelares. Es decir, la interpretación del párrafo no nos conduce, a priori, a la existencia de “otras” cautelares y que las mismas junto a las reguladas en el artículo 33.7 CP se van a poder imponer. La conclusión y la lógica del texto es que, después de regular y establecer las penas aplicables a la persona jurídica, el legislador señala que tres de las penas “también” van a poder ser utilizadas como medidas cautelares.

Lo mismo sucede con la remisión que se hace al artículo 129.3 CP que establece que “la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7”.

Además, hemos podido comprobar que el texto de la reforma procesal que acompañaba a la responsabilidad penal de la persona jurídica, ha sido conscientemente limitado por el legislador. Entre otras opciones que se planteaban, e incluso se aprobaron en el Pleno del Senado que sí preveían otras medidas cautelares dejando abierta la posibilidad de que las medidas cautelares fueran más idóneas y menos gravosas para los intereses de la misma, se aprobó un texto definitivo que no contemplaba esta posibilidad.

El problema surge además porque la remisión al Código Penal establecido en el artículo 544 quáter LECRim excluye la aplicación de las medidas cautelares previstas en la LECRim y, por consiguiente, también las que esta norma prevé que se apliquen subsidiariamente, es decir, las previstas en la normativa procesal civil. Por tanto, se impide, la aplicación de las medidas cautelares patrimoniales o reales previstas contra la persona jurídica.

4.2. *Las medidas cautelares y la previsión del Código Penal.*

Ante esta regulación legal parte de la doctrina entiende que las únicas medidas cautelares que se pueden aplicar a las personas jurídicas en el proceso penal son las que se establecen literalmente en los artículos 33.7 y 129.3 CP⁵⁴⁸.

Por aplicación del principio de legalidad penal se trata de las únicas y exclusivas medidas cautelares que se van a poder adoptar en el proceso penal frente a la persona jurídica. Con este planteamiento se revierte, absolutamente, el camino emprendido por la jurisprudencia

⁵⁴⁸ ECHARRI CASI considera que las regulaciones del artículo 129.3 y del artículo 33.7 *in fine CP*, son redundantes, puesto que “a pesar de la distinta naturaleza de las sanciones contenidas en los preceptos citados, penas (art. 33.7 CP), y consecuencias accesorias (art. 129.3 CP), y los distintos sujetos a los que se pueden aplicar aquéllas, si las mismas se anticipan a la resolución final, no dejarán de ser medidas cautelares”. ECHARRI CASI, F.J., “Las personas jurídicas y su imputación...”, *op.cit.*, pág. 14.

que a través de la antigua redacción de las medidas accesorias del artículo 129 de 1995, adoptó medidas cautelares patrimoniales contra las personas jurídicas que se veían inmersas en los procedimientos penales⁵⁴⁹.

La posición de FEIJOO SÁNCHEZ es contundente y afirma tras analizar la literalidad de la disposición del artículo 33.7 del Código Penal *in fine* que “de dicho listado tasado se deriva como necesaria conclusión que no es posible adoptar ninguna otra medida cautelar contra las personas jurídicas. Este parece ser el propósito del nuevo art. 544 quáter introducido mediante la ley 37/2011, de 10 de octubre, cuando establece que cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente previstas en el Código Penal”⁵⁵⁰. En el mismo sentido, también HORMAZÁBAL MALARÉE defiende que las únicas medidas cautelares que se pueden adoptar en la responsabilidad penal de las personas jurídica son las previstas en el artículo 33.7 del Código Penal⁵⁵¹.

El que mayor problema intuye y el más contundente es DOPICO GÓMEZ-ALLER que interpreta el contenido del artículo 544 quáter LECRim y considera que “su primer párrafo establece que «las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente previstas en (...) [el] Código Penal». Y ninguna otra. La taxativa dicción del precepto (la afirmación de que las medidas imponibles son ésas, junto con la exigencia de que estén expresamente previstas en el CP) parece cercenar de raíz cualquier veleidad de interpretación extensiva”⁵⁵².

⁵⁴⁹ Las más llamativas fueron las actuaciones de la Audiencia Nacional en lo que debemos catalogar lucha antiterrorista, en concreto el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional adoptó innumerables medidas cautelares llegando incluso a cerrar cautelarmente la edición de un diario.

⁵⁵⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “Las consecuencias jurídicas del delito” en *Tratado de Responsabilidad ...* op.cit, págs. 294-295.

⁵⁵¹ HORMAZÁBAL MALARÉE en su estudio sobre la cuestión constata que entre las garantías que corresponden a la persona jurídica “está la que se contiene en el art. 544 quáter LECRim. Conforme a este precepto, las medidas cautelares que podrán imponérsele a una persona jurídica son las que se prevén en el CP, concretamente en el art. 33.7 *in fine* CP y se deben acordar «previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas». HORMAZÁBAL MALARÉE, H., “Personas jurídicas penalmente...”, *op.cit.*, pág. 7.; la misma interpretación defiende OSUNA MARTÍNEZ-BONE al sostener que las medidas cautelares posibles que se pueden adoptar son las tres previstas en el Código Penal y concretar que son los de clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de actividades sociales y la intervención judicial. OSUNA MARTÍNEZ-BONE, F., “Estatuto Procesal de la persona jurídica investigada”, *Diario la Ley*, núm. 8754, 2016, La Ley, pág. 9.

⁵⁵² DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal contra personas jurídicas...”, *op.cit.*, pág. 6.

5. Alarma en la doctrina por la interpretación restrictiva.

La interpretación restrictiva de la regulación legal supone un gravísimo problema porque impide la adopción de cualquier otro tipo de medida cautelar, incluyendo las medidas cautelares patrimoniales. En definitiva, las consecuencias prácticas de esta interpretación van a provocar alarma en parte de la doctrina. El propio DOPICO GÓMEZ-ALLER reclama que esta interpretación literal supone un sistema de medidas cautelares “tasado y extraordinariamente limitado”⁵⁵³.

Además de una interpretación restrictiva surge del problema que las únicas medidas cautelares previstas son de una gran intensidad. La suspensión, la clausura o la intervención judicial son medidas de extraordinaria gravedad, cuya adopción en la mayoría de ocasiones va a suponer la inviabilidad de la persona jurídica⁵⁵⁴. El problema que se plantea llega al absurdo de que un órgano jurisdiccional podría adoptar estas medidas gravísimas y, sin embargo, no podría adoptar otras medidas cautelares de mucho menor intensidad como son por ejemplo las fianzas o los embargos. Y ello, con el agravante de que la pena “estrella” que se plantea imponer a la persona jurídica responsable penal es la pena económica, es decir, la multa. De poco sirve para asegurar el cobro de la multa acordar por ejemplo la suspensión de actividades de una persona jurídica. La propia finalidad de las tres medidas cautelares previstas es claramente interdictiva o preventiva y, por tanto, poco tienen que compartir con la naturaleza de la multa.

La posición que adopta ESCALADA LÓPEZ es similar, y concluye que del análisis de la regulación del artículo 33.7 CP se extraen varias conclusiones. La primera de ellas es que

⁵⁵³ A DOPICO GÓMEZ-ALLER le choca esta limitación porque va en contra del “sistema que rige para personas físicas (y de la tendencia legislativa general), que tiende a proporcionar al Juez de Instrucción una panoplia extensa y diferenciada de posibles actuaciones para asegurar el objeto del proceso. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal contra personas jurídicas...”, *op.cit.*, pág. 5.

⁵⁵⁴ Es lo que sucedió con las antiguas medidas cautelares adoptadas en base a la antigua redacción del artículo 129 CP, la mayoría de medidas provisionales devinieron en definitivas muchísimo antes de la sentencia firme, ya sea por la intensidad de las medidas cautelares que hacen imposible la vuelta a la actividad de la persona jurídica, ya sea por la histórica demora del proceso penal español.

el artículo 544 quáter LE CRim establece un sistema tasado de medidas cautelares y que el órgano jurisdiccional no va tener frente a la persona jurídica las posibilidades cautelares que si existen frente a la persona física incurso en un procedimiento penal. En segundo lugar, que las medidas cautelares previstas son “muy gravosas y restrictivas” y que se excluyen otras “menos invasivas y más proporcionadas e idóneas en términos de la necesaria adecuación entre medio y fin”. En tercer lugar, la que para nosotros es la aportación más importante porque su desarrollo puede servir como vía de solución al enredo legislativo, se plantea que las medidas contempladas en esta regulación son “de carácter personal”. Carácter personal que se infiere porque “inciden en la esfera de libertad de actuación de la persona jurídica investigada y se dirigen a asegurar las responsabilidades penales que pudieran imponerse en la sentencia”. Como veremos, esta división entre medidas cautelares penales “personales” y “reales” que permitirán defender la adopción de otras medidas al órgano jurisdiccional, y algunos autores, VELASCO NÚÑEZ⁵⁵⁵ entre ellos, así lo han entendido ajenos a la polémica. La última de las conclusiones de la autora es la de subrayar que una “interpretación literal y sistemática de los arts. 544 quáter LE CRim y 33.7 *in fine* CP lleva a excluir, no sólo cualquier medida cautelar real, sino también cualquier otra medida cautelar personal apriorísticamente más idónea que las previstas”. Esta última conclusión va a llevar a ESCALADA LÓPEZ a la búsqueda de otras interpretaciones y soluciones⁵⁵⁶.

Por estas cuestiones, la Fiscalía General del Estado lamenta todo lo que está acaeciendo con esta especial responsabilidad penal. El complicado modelo establecido, las dificultades legislativas que surgen, las incoherencias y, añadiríamos, los problemas con las sociedades instrumentales. La Fiscalía añora otras opciones legislativas como el establecimiento de un sistema de sanciones administrativas o incluso la efectividad de la anterior regulación del artículo 129 CP y sus medidas accesorias (Circular 1/2016). En definitiva una situación de inseguridad manifiesta que no es propia de un Estado de Derecho.

⁵⁵⁵ VELASCO NÚÑEZ, E., “Medidas cautelares sobre la persona jurídica delincente”, *Diario La Ley*, núm. 8169, 2013, La Ley, pág. 4.

⁵⁵⁶ ESCALADA LÓPEZ, M., “Las medidas cautelares en el proceso penal...”*op.cit.*, págs. 8 y siguientes.

La Fiscalía en su Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, critica abiertamente la reforma del 2015 y también la reforma del Código Penal de 2010, que introdujo la responsabilidad penal de la persona jurídica. La Fiscalía recuerda que “ya desde su introducción en 2010, el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica fue criticado por un amplio sector doctrinal, que lo consideró incompleto y confuso en muchos de sus aspectos esenciales”, pero no cree que la solución se vaya a producir a raíz de la reforma del año 2015, puesto que han transcurrido “escasamente cinco años después, con un escaso número de procedimientos dirigidos contra personas jurídicas y sin apenas tiempo para haber evaluado la eficacia de tan novedosa normativa”. Para, a continuación, negar la existencia de ninguna exigencia de normativa internacional que obligue al legislador a abordar la reforma penal, no ya de esta última reforma del año 2015 sino también la relativa a la propia introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica a través de la LO 5/2010 “tampoco el inicial reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas realizado en 2010 podía justificarse en obligaciones derivadas de los tratados internacionales o de la normativa de la Unión Europea, pese a la similar invocación que contenía el Preámbulo de la LO 5/2010”.

Para la Fiscalía General del Estado “entonces y ahora eran factibles otras opciones, como la imposición de sanciones administrativas, medidas de seguridad u otras consecuencias jurídico penales de naturaleza diferente a las penas”. Toda una crítica a la línea de flotación del sistema que se lanza, nada más y nada menos, que desde la Fiscalía General del Estado.

6. La búsqueda de soluciones al enredo.

En este estado de la cuestión, la doctrina especializada descarta que la voluntad del legislador sea la de establecer exclusivamente las tres medidas cautelares previstas en los artículos 33.7 y 129.3 del Código Penal y se pone manos a la obra para buscar soluciones. En palabras de DOPICO GOMER-ALLER: “descartada como absurda la idea de que la *voluntas legis* sea permitir que el Juez pueda clausurar cautelarmente los locales de una empresa, suspender sus actividades o intervenirla judicialmente... pero no imponerle una

fianza (¡cuando hasta hoy podía imponérsele una medida cautelar como responsable civil subsidiaria!), un embargo o una concreta prohibición de actuar, procede buscar vías para resolver el problema”⁵⁵⁷.

La posibilidad de que las únicas medidas cautelares previstas en este ámbito tengan esta intensidad provoca dudas y se señala que en la regulación legal existen ausencias sobre “una serie de medidas cautelares menos perjudiciales que la clausura o la suspensión de actividades, como puede ser por ejemplo, la prohibición de realizar determinadas actividades, en especial, aquellas relacionadas con la actividad delictiva investigada, medida que cercena menos derechos que una clausura temporal”⁵⁵⁸.

La posición de PORTAL MANRUBIA también pasa por buscar una solución “debe existir la posibilidad de decretar medidas cautelares reales para evitar la despatrimonialización del ente que deben ser completadas con el contenido, presupuestos y fianza previstos en la LEC, art. 764.2 LECRim. Obviamente, la fianza y, subsidiariamente, el embargo son las medidas previstas por el legislador para hacer frente provisionalmente a la pretensión civil”. Para, por ello, considerar que “el legislador no ha prestado la suficiente atención en concretar la finalidad y los presupuestos de las medidas cautelares *contra societatem*”⁵⁵⁹.

En cambio, MAGRO SERVET⁵⁶⁰ no tiene ninguna duda sobre la posibilidad de acordar también medidas patrimoniales, “recordemos que por remisión a lo que más tarde se podría entender como pena el juez de instrucción podría acordar (art. 33.7 CP) la suspensión de actividades, clausura de sus locales y establecimientos, o intervención judicial para salvaguardar derechos de trabajadores. También puede acordarse la intervención de sus cuentas corrientes. Es por ello, por lo que para la adopción de las cautelares a una persona jurídica se disciplina de forma específica la sistemática a seguir en orden a los presupuestos para adoptar la medida, a fin de entenderse que quede

⁵⁵⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal contra personas jurídicas...”, *op.cit.*, pág. 5.

⁵⁵⁸ ECHARRI CASI, F.J., “Las personas jurídicas y su imputación...”, *op.cit.*, pág. 15.

⁵⁵⁹ Según PORTAL MANRUBIA el problema surge porque “el legislador no ha prestado la suficiente atención en concretar la finalidad y los presupuestos de las medidas cautelares *contra societatem*”. PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de la persona jurídica”, *Diario La Ley*, nº 7769, 2012, La Ley, pág. 11.

⁵⁶⁰ MAGRO SERVET, V., “Análisis de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal”, *Práctica de Tribunales*, núm. 89, 2012, La Ley, págs. 6-7.

justificada la urgencia de su adopción al no poder estar a la espera de la sentencia y la debida contradicción en su adopción”.

El problema de fondo es que la complejidad del fenómeno de la responsabilidad de las personas jurídicas exige la previsión de medidas cautelares más idóneas⁵⁶¹. Y, la experiencia en todos los ámbitos jurídicos demuestran que las medidas cautelares patrimoniales son las más efectivas.

7. Los argumentos favorables para la ampliación del catálogo de medidas cautelares a las medidas cautelares patrimoniales.

Tras haber expuesto los elementos básicos que se plantean sobre esta cuestión, debemos advertir que lo más probable es que sea la jurisprudencia la que resuelva definitivamente. En todo caso, vamos a analizar los argumentos que ha utilizado la doctrina favorable a la extensión de las medidas cautelares que se pueden adoptar contra las personas jurídicas.

7.1. «Ad maiore ad minus».

El primer argumento favorable a la ampliación del catálogo de medidas cautelares está basado en lo absurdo que resulta que la regulación legal posibilite la adopción de medidas gravísimas para la persona jurídica y, en cambio, impida la adopción de medidas muchísimo menos onerosas. En consecuencia, se entiende que quien puede adoptar las medidas cautelares más graves también está autorizado para adoptar las medidas cautelares menos graves. Es el viejo principio de «*ad maiore ad minus*».

La lógica es aplastante, si un juez instructor puede ordenar la suspensión de actividades de una sociedad, igualmente estaría autorizado para solicitar un embargo de alguno de sus bienes. La razón es que la primera medida es muchísimo más grave y prácticamente condena a su desaparición a la persona jurídica y, en cambio, la segunda es muchísimo

⁵⁶¹ ESCALADA LÓPEZ, M., “Las medidas cautelares en el proceso penal...”, *op.cit.*, pág. 11.

más adecuada para preservar su viabilidad. Es decir, se trata de realizar una interpretación totalmente favorable al encausado.

El problema para acoger este argumento es el principio de legalidad penal que atañe también a la persona jurídica, en cuanto es titular de derechos fundamentales. Por ello, esta voluntad reparadora de la doctrina se va a encontrar con los límites que va a establecer el Tribunal Constitucional.

El principio de legalidad penal ha sido objeto de numerosas sentencias del Tribunal Constitucional, sin embargo, existe una sentencia muy llamativa la núm. 169/2001, de 16 de julio de 2001, que establece un criterio sobre este argumento. El supuesto de hecho es relativamente sencillo, un juez de instrucción, impone a un imputado extranjero una medida cautelar durante la tramitación de una causa penal.

La medida cautelar impuesta consiste en retirarle el pasaporte y prohibirle salir del territorio español, aunque esta medida no estaba prevista en el ordenamiento penal. Es decir, no cumplía con el contenido del principio de legalidad penal. Sin embargo, el argumento del instructor es que la medida es adecuada y razonable, en otro caso iba a tener que imponerle la medida cautelar de ingreso en prisión, medida que sí estaba prevista en el ordenamiento penal.

El juez impuso la medida cautelar después de que el imputado inicialmente ingresa en prisión⁵⁶². Sin embargo, la representación procesal del imputado solicitó la revocación de de la medida cautelar de no permitírsele abandonar el territorio español⁵⁶³.

⁵⁶² Se modificó su situación personal mediante auto que “sustituyó la prisión provisional por la libertad provisional con fianza de cinco millones de pesetas, obligación de presentarse semanalmente ante el Juzgado y siempre que fuere llamado, retirada del pasaporte y prohibición de salida del territorio nacional sin autorización expresa del Juzgado”. Posteriormente, otro auto ulterior del Juzgado acordó “rebajar la fianza impuesta a 500.000 pesetas ante la alegada ausencia de medios económicos del recurrente y apreciando la necesidad de que la prisión provisional no se prolongase indefinidamente”. En la resolución definitiva del Juzgado se acordó la libertad provisional con obligación "apud-acta de comparecer ante este Juzgado semanalmente y siempre que fuere llamado, designar domicilio conocido, hacer entrega del pasaporte y prohibición expresa de salida del territorio nacional sin autorización al respecto".

El argumento principal que autoriza la imposición de la medida es que para el imputado es preferible imponer esta que la prisión provisional, por resultar una interpretación más favorable y beneficiosa. Para realizar esta interpretación no constituye ningún problema la ausencia de la previsión normativa, porque el que puede lo más puede lo menos⁵⁶⁴.

El imputado recurre el Tribunal Constitucional en la búsqueda de amparo. En el recurso se plantean múltiples debates jurídicos en el asunto, pero en lo que a nosotros interesa, se alega que la medida cautelar impuesta vulnera el art. 17 CE en relación con el art. 24 CE⁵⁶⁵.

El Ministerio Fiscal⁵⁶⁶ se mostró partidario de la estimación de la demanda de amparo, por entender, que se había vulnerado el derecho a la libertad personal del recurrente (art. 17.1 CE)⁵⁶⁷.

⁵⁶³ Sin querer entrar más en detalle de la concreta causa el imputado era extranjero y basta señalar que la posibilidad de salir del territorio español era una cuestión jurídica vital, por lo que su solicitud que es denegada por el Juez instructor porque, entre otras razones, “la prohibición de salida del territorio nacional es la única garantía que se tiene para poder mantener al imputado a disposición de la justicia española, y, para ser sometido en su día a juicio si se le procesa, como aparentemente indican los indicios que se fijaron en el auto de prisión”.

⁵⁶⁴ La medida cautelar adoptada por el instructor va a ser ratificada argumentado que “razones que se exponen en la resolución impugnada son de suficiente peso y sustancia para evidenciar que la medida cautelar adoptada es la mínima que se puede tomar y hacer compatible la libertad de deambulación del sujeto con su sometimiento a la jurisdicción española, que de otra forma no se podría garantizar”. Y, una vez recurrida en apelación, también es ratificada por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que mantiene la medida cautelar argumentando que “aun cuando resulta menos lesiva que la de prisión tiene también unos límites determinados por la equidad y no puede mantenerse con carácter indefinido, al menos si no va precedida o seguida de un Auto de procesamiento y en este momento procesal debiera de producirse una decisión al respecto, sin embargo ante la gravedad de los delitos que se narran aunque sea necesario que se acompañe en el futuro de un Auto de Procesamiento, si procede dictarlo, debe de acordarse por el momento para tener ciertas garantías de que el proceso llegue a su fin, mantener la medida de prohibición de abandonar el territorio nacional”.

⁵⁶⁵ Para el recurrente la medida cautelar adoptada, en concreto la medida de prohibición de salir de España constituye una restricción del derecho a la libertad consagrado en el art. 17 CE “de forma que la adopción y mantenimiento de esta medida cautelar no estaría fundamentada y sería, por tanto, desproporcionada”. Sostiene el recurrente que no es posible aplicar la medida cautelar de “forma mecánica con abstracción de las circunstancias personales del propio inculpado, pues los riesgos de fuga deben ponderarse en relación con otros elementos relativos a las características personales del inculpado -arraigo social, familiar, profesional, medios económicos...”. Incluso se alega que la medida cautelar es una pena anticipada “un híbrido procesal atentatorio contra los más elementales derechos, y que, al igual que en la prisión provisional, han de rechazarse las razones de prevención general y especial como fundamento de su adopción”.

⁵⁶⁶ Podríamos tratar sobre las circunstancias que rodean la causa y la tensión política evidente que provocaron entre dos Estados soberanos.

Por último, las otras partes acusadoras personadas en la causa defienden la existencia de la cobertura legal habida cuenta que el imputado es extranjero. Aunque reconociendo la falta de previsión legal de la medida cautelar adoptada “aunque hubiera sido más deseable que el legislador hubiera establecido un catálogo de medidas cautelares sustitutivas de la prisión provisional, sin embargo, existe previsión legal suficiente, y que dicha normativa, de un lado, no contradice ni la Constitución, ni la legislación internacional, y, de otro la adopción de la medida en el caso concreto está justificada y es proporcionada”.

La sentencia del Tribunal Constitucional centra el objeto del debate jurídico en la eventual lesión del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) debido a la ausencia de previsión legal de la medida cautelar impuesta.

En base a su sentencia núm. 49/1999, se remarca que "por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, ora incida directamente en su desarrollo (art. 81.1 CE), o límite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal. Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución Española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro, en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos 'únicamente al imperio de la Ley' y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996), constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en

⁵⁶⁷ Se recuerda el deber de motivar las resoluciones judiciales limitativas de derechos, citando la STC 56/1997, y argumenta “la parificación de la prisión preventiva con otras medidas cautelares restrictivas de la libertad, de modo que cualquier medida que la límite o restrinja sería incardinable en el ámbito de protección dispensado por el art. 17 CE. Por consiguiente, considera que han de analizarse los Autos impugnados desde la perspectiva de la concurrencia de todos los extremos que justifican dicha restricción de la libertad y desde la óptica de que la ponderación realizada sea adecuada con los fines de la institución”. Para la Fiscalía la falta de cobertura legal de esta medida provoca que la medida cautelar sea desproporcionada y en “aplicación de la doctrina contenida en la STC 49/1999, que se ha producido la vulneración del art. 17 CE”.

lo que a nuestro ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, FJ 10)" [STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4]”.

En consecuencia, la legitimidad constitucional de cualquier injerencia del poder público en los derechos fundamentales va a requerir una autorización o habilitación “a través de una disposición con rango de Ley, y que la norma legal habilitadora de la injerencia reúna las condiciones mínimas suficientes requeridas por las exigencias de seguridad jurídica y certeza del derecho”⁵⁶⁸.

El Tribunal constata que la LECRim no contemplaba una habilitación legal específica en cuanto a la prohibición de que los extranjeros abandonen el territorio nacional y la retirada del pasaporte, que es lo que se cuestiona por el recurrente en el presente caso.

Descartándose la existencia de cobertura legal en la normas alegadas por no cumplir con los estándares constitucionales se analiza “si las normas concordantes con éstas y relativas a la regulación de la prisión provisional constituyen una suficiente cobertura legal, en el

⁵⁶⁸ Ante la ausencia de previsión legal específica, se argumenta que la cobertura legal de la medida cautelar viene ofrecida por diversas normas como el artículos 10 y 11 de la Ley Orgánica 1/1992, de 29 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana; la Ley de Extranjería y su Reglamento, vigentes en ese momento, Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, artículo 21, y el Real Decreto 155/1996, de 2 febrero, artículos 67 y 121; la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, artículos 4, 5 y 26; y, por último, el Reglamento del Servicio Militar, artículo 9”. En todo caso, se defiende que la medida cautelar adoptada por el Juzgado de Instrucción es proporcionada y conforme a las circunstancias de la causa porque “si no es posible dictar esta medida cautelar todos los extranjeros sujetos a procedimiento en España serían sometidos a prisión provisional, por lo que las medidas cautelares serían más gravosas”. Además se pretende soportar la defensa de la legalidad de la medida cautelar adoptada también en las normas internacionales “que avalarían la adopción de estas medidas cautelares en casos en los que existe un mandato de ejercicio de jurisdicción universal”. Por ello, se alega que el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 5.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, permiten supeditar la libertad provisional “a una garantía que asegure la comparecencia del acusado en el juicio”; el art. 16 del Convenio Europeo de Extradición que regula la posibilidad de tomar medidas para evitar la fuga de las personas reclamadas y el art. 8.3 de la Ley de Extradición Pasiva que autoriza la libertad del detenido con la imposición de alguna medida para evitar su fuga como “... orden de no ausentarse en un lugar determinado sin la autorización del Juez, ... retirada de pasaporte...”; el art. 6.1 de la Convención contra la Tortura de 10 de diciembre de 1984 que permite adoptar medidas para asegurar la presencia del encausado; el art. 68 del Acuerdo de adhesión al Convenio de Schengen de 14 de junio de 1985, que permite la adopción de “otras medidas subsidiarias a la detención preventiva que garanticen la permanencia de la parte requerida en los casos de huida para evitar el incumplimiento de una pena o medida privativa de libertad”.

entendimiento de que estas disposiciones, que habilitan específicamente para adoptar la medida cautelar más restrictiva del derecho a la libertad personal, aportan paralelamente cobertura legal para que los órganos judiciales acuerden medidas cautelares menos restrictivas del propio derecho a la libertad personal”.

Cuestión absolutamente trascendental en relación al debate que nos trae la falta de cobertura legal de las medidas cautelares, puesto que se trata de uno de los argumentos principales de la doctrina.

La respuesta es contundente: no existe esta posibilidad. El razonamiento “*ad maiore ad minus* sólo serviría para admitir, en su caso, que los preceptos relativos a la prisión provisional suponen la existencia de un genérico precepto habilitante de la injerencia en el derecho fundamental”. Este argumento no es compatible con la “exigencia constitucional de certeza del Derecho y de protección de la libertad personal requiere, como hemos declarado (SSTC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5, y 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4)”. Por ello, se va a exigir constitucionalmente una previsión específica y concreta a través de una ley debido a la protección de los derechos fundamentales, evitando aplicaciones analógicas.

En conclusión, no parece posible ampliar el catálogo de medidas cautelares que se puede imponer contra la persona jurídica en base a este argumento. No obstante, el debate jurídico se ha producido en torno al derecho fundamental reforzado del art. 17 CE y no sobre los bienes jurídicos protegidos por las entidades jurídicas.

7.2. *La atribución de la categoría de medidas cautelares personales.*

El segundo de los argumentos que se plantea para posibilitar la adopción de medidas cautelares patrimoniales contra las personas jurídicas es de DOPICO GÓMEZ-ALLER, quien en una interpretación sistemática de la regulación de las medidas cautelares llega a

la conclusión de que, en realidad, al artículo 544 quáter LECRim está regulando las medidas cautelares de tipo “personal”⁵⁶⁹.

El planteamiento pasa por entender que el artículo 544 quáter LECRim está dentro del Libro II, Título VII que lleva como rubrica “de la libertad provisional del procesado”, incluyendo los artículos que van desde el 528 al 544 quinquies de la LECRim. Se puede observar que sistemáticamente al artículo 544 LECRim se le han añadido otros cuatro artículos 544 bis, ter, quáter y quinquies, y la regulación de todo el título gira en torno a las medidas adoptadas en torno a las medidas relacionadas con la libertad provisional personal.

Esta ubicación permite interpretar que el artículo 544 quáter es una regulación sobre las medidas cautelares personales específicamente prevista para las persona jurídicas, en dos sentidos, el primero, impidiendo que se adopten medidas cautelares personales como el de privación de la libertad frente al representante legal de la persona jurídica⁵⁷⁰ y, en segundo lugar, regulando que las únicas medidas cautelares “personales” que se pueden adoptar frente a las personas jurídicas son las tres establecidas (clausura, suspensión e intervención).

Este argumento es desarrollado por DOPICO GÓMEZ-ALLER para el que la pretensión del legislador tiene que tener el sentido de regular los límites de las medidas cautelares personales sobre la persona jurídica y, por ello, podríamos estar incluso ante una “errata” del legislador. Que simplemente se ha olvidado añadir a las medidas cautelares establecidas en los artículos 33.7 *in fine* CP y 129.3 CP la palabra “personal”. Por tanto, la

⁵⁶⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal contra personas jurídicas...”, *op.cit.*, pág. 5.

⁵⁷⁰ Quizás al inicio de la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica existieran dudas en este sentido, llegándose incluso a plantear si se podrían adoptar medidas cautelares frente a las personas físicas representantes legales de la persona jurídica encausada en el marco del proceso penal. Entendemos que es imposible adoptar medidas cautelares frente a las personas físicas representantes legales de la persona jurídica y siempre que no sean a su vez encausados a título personal y por su propia responsabilidad. BANACLOCHE PALAO, J., “Las medidas cautelares aplicables a la persona jurídica imputada” con GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., y ZARZALEJOS NIETO, J., en *Responsabilidad penal...*, *op.cit.*, pág. 228.

limitación no afectaría a las medidas cautelares “patrimoniales”⁵⁷¹. Sin embargo, una errata del legislador es una interpretación difícilísima de defender, después de haber analizado la tramitación legislativa del artículo 544 quáter LECRim. Además añadir una palabra a la regulación normativa puede suponer cambiar totalmente la voluntad del legislador⁵⁷².

7.3. Interpretación a favor a la persona jurídica.

El tercer argumento se despliega sobre la base de entender que la posibilidad de adoptar las medidas cautelares patrimoniales o reales es una interpretación favorable para la persona jurídica encausada. En caso de que el juez instructor sólo tuviera la posibilidad de adoptar tres medidas cautelares muy gravosas (clausura, suspensión e intervención) su imposición generaría situaciones perjudiciales para la persona jurídica. En cambio, si el juez instructor dispusiera de un elenco de medidas cautelares más amplio, que incluyera las patrimoniales o reales, podría adoptar decisiones que no provocarían tantos perjuicios sobre la viabilidad de la persona jurídica.

El problema sigue siendo que cualquier interpretación choca con la literalidad de la regulación legal del artículo 544 quáter LECRim remite con claridad a la normativa del Código Penal, excluyendo las medidas cautelares previstas en la LECRim y, subsidiariamente y por remisión de esta última, también las medidas cautelares previstas en la normativa procesal civil.

⁵⁷¹ El autor interpreta la voluntad del legislador, intentando dar coherencia a la regulación jurídica: “no parece, pues, que el objetivo fuese establecer un sistema de medida cautelar tasada que, además, solo permite imponer las medidas *más gravosas*, con preterición de las que, pudiendo lograr el efecto de aseguramiento del riesgo, fuesen menos invasivas para el imputado. Por el contrario, se trataba de señalar que las únicas medidas «privativas de libertad» que cabe adoptar contra una persona jurídica son las expresamente previstas en el Código Penal (es decir, las recogidas en los arts. 33.7 y 129.3 CP: suspensión, clausura e intervención)”. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal contra personas jurídicas...”, *op. cit.*, págs. 5 y ss.

⁵⁷² Incluso para el propio DOPICO GÓMEZ-ALLER la solución que él mismo plantea tiene un difícil encaje jurídico, porque “no solo porque aunque se trate de introducir una mera palabra, hablamos de un cambio material de calado”. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal contra personas jurídicas...”, *op. cit.*, pág. 6.

Hemos podido comprobar que el Tribunal Constitucional es taxativo en cuanto a la necesidad de cumplir el principio de legalidad penal y, por tanto, que sostener que la medida cautelar favorece al encausado no es un criterio válido para adoptar las medidas cautelares que no estén previstas legalmente. En consecuencia, también resulta difícil defender que la interpretación de incluir en el elenco de medidas cautelares que el juez instructor pueda adoptar a las medidas cautelares patrimoniales o reales para favorecer al encausado sea un criterio válido desde el punto de vista legal y constitucional⁵⁷³. En todo caso, puede existir una interpretación más favorable para la persona jurídica: al no existir una regulación sobre determinadas medidas cautelares provoca que el juez no pueda adoptar ninguna en su contra.

7.4. El principio de proporcionalidad.

El cuarto argumento a favor de considerar que las medidas cautelares reales también se pueden adoptar contra la persona jurídica es la que extrae del principio de proporcionalidad.

Según este principio la limitación de derechos fundamentales exige un examen de idoneidad. Se trata de establecer un criterio que en la adopción de las medidas cautelares es, básicamente, empírico o basado en los hechos y sus circunstancias en relación al delito que el juez instructor investiga.

Se trata de ponderar la relación entre las medidas cautelares y los fines que se pretenden obtener con su adopción, consecuentemente, el juez instructor debe decidir sobre la

⁵⁷³ Además pudiera suceder que la interpretación no fuera favorable en todos los casos al encausado, por ejemplo y para continuar con el supuesto de hecho que trató el Tribunal Constitucional, no siempre se trata de imponer la prisión provisional obligatoriamente y, por tanto, para evitar lo peor acordar la medida de prohibición de salir del Estado; pudiera suceder que no se den las condiciones para que ingrese en prisión provisional y que, por tanto, no proceda adoptar ninguna medida frente al encausado, siendo la mejor interpretación o la más favorable para el reo.

adopción de alguna medida cautelar y, en su caso, elegir la más adecuada cualitativamente y cuantitativamente para el supuesto concreto⁵⁷⁴.

Además de idónea, el principio de proporcionalidad exige que se aplique también el criterio de necesidad⁵⁷⁵, también conocido como principio de intervención mínima. En base a este principio se debe elegir la alternativa que menos limitación o impacto tenga en los derechos fundamentales de la persona jurídica, en este caso, la medida cautelar que menos lesione los derechos fundamentales de la persona jurídica.

El principio de proporcionalidad⁵⁷⁶ supone que aunque el legislador haya previsto exclusivamente una medidas cautelares concretas (clausura, suspensión e intervención) deben contemplarse opciones menos lesivas para la persona jurídica. Ante la existencia de otras medidas cautelares, en este caso las patrimoniales, se debe valorar si éstas provocan una lesión inferior en la esfera de la persona jurídica o si resultan más adecuados para la finalidad cautelar.

El principio tiene acogida constitucional y el Tribunal Constitucional en su sentencia número 207/1996, de 16 de diciembre, viene exigiendo “que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo”.

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que los derechos fundaméntales no son derechos absolutos y que es posible que puedan ceder frente a otros bienes jurídicos

⁵⁷⁴ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N, “El principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal Español”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5. 1998, Instituto Nacional de Administración Pública, págs. 191 a 215.

⁵⁷⁵ PERELLÓ DOMÉNECH, I., “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, *Jueces para la democracia*, número 28, 1997, págs. 69-75.

⁵⁷⁶ Para BANACLOCHE PALAO la aplicación de este principio de proporcional podría abrir la posibilidad de adoptar otras medidas cautelares. BANACLOCHE PALAO, J, “Las medidas cautelares aplicables a la persona jurídica imputada” con GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., y ZARZALEJOS NIETO, J., en *Responsabilidad penal...*, *op.cit.*, pág. 231.

protegidos. Sin embargo, se exige que existan razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley. En el caso de la adopción de las medidas cautelares, la decisión judicial debe estar motivada más allá de la “genérica obligación de motivación de todas las resoluciones judiciales que resulta del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, en relación con el art. 120.3 C.E.), ni se satisface, pues, con cualquier forma de motivación que permita conocer la *ratio decidendi* de la resolución judicial”. En el caso de que la resolución judicial límite los derechos fundamentales se exige al juez instructor “plasmear el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida (SSTC 37/1989 y 7/1994, entre otras)”.

Absolutamente todas las medidas restrictivas de derechos van a exigir cumplir con los postulados del principio de proporcionalidad. En concreto, para que una medida restrictiva supere estos postulados se van a exigir tres condiciones: “si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.

Sin embargo, la doctrina constitucional, también exige el cumplimiento estricto del principio de legalidad específicamente para las medidas restrictivas de los derechos fundamentales y provoca que ambos se deben conjugar: el principio de proporcionalidad precisa también del principio de legalidad⁵⁷⁷ que si bien es un criterio absolutamente ajeno es una premisa básica anterior al juicio de proporcionalidad.

⁵⁷⁷ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO considera el principio de legalidad como el primer “presupuesto porque carece de sentido enjuiciar la constitucionalidad de una medida, desde la perspectiva de la proporcionalidad, si su inconstitucionalidad resulta ya de la transgresión del principio de legalidad, al que toda restricción de derechos fundamentales queda sometida (art. 53.1 y 81 CE)”. Además, “la inobservancia del principio de legalidad evita toda discusión posterior sobre el principio de proporcionalidad. Debe hacerlo, pues en caso contrario el principio de proporcionalidad asume una función pervertida al servir como excusa para la adopción de medidas restrictivas de derechos desprovistas de cobertura legal que se dicen imprescindibles para la defensa de importantes intereses públicos. Con ello el principio de proporcionalidad invierte su papel y se

En consecuencia, no se puede utilizar el principio de proporcionalidad para ampliar el elenco de las medidas cautelares si no existe previsión legal. El principio de legalidad penal del artículo 25 CE exige su cumplimiento antes de realizar cualquier tipo de juicio de proporcionalidad. Como señala GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO “la inobservancia del principio de legalidad evita toda discusión posterior sobre el principio de proporcionalidad. Debe hacerlo, pues en caso contrario el principio de proporcionalidad asume una función pervertida al servir como excusa para la adopción de medidas restrictivas de derechos desprovistas de cobertura legal que se dicen imprescindibles para la defensa de importantes intereses públicos. Con ello el principio de proporcionalidad invierte su papel y se convierte en coartada para la quiebra del Estado de Derecho y la arbitrariedad”.⁵⁷⁸

El legislador contempló en el trámite legislativo del artículo 544 quáter LECRim acoger directamente el criterio de proporcionalidad estableciendo que “siempre que no existan otras igualmente idóneas y menos gravosas para los intereses de la entidad”, e incluso se exigía el respeto a los principios acusatorios y de proporcionalidad. En referencia a las medidas cautelares de clausura, suspensión de actividades y la intervención judicial se planteaban hasta criterios para realizar este criterio de proporcionalidad. Sin embargo, el texto final que se aprobó y que está vigente no prevé esta posibilidad.

Ante la ausencia de la previsión normativa, no es posible interpretar en base al criterio de proporcionalidad que las medidas cautelares reales o patrimoniales también son aplicables en el ámbito de la fase cautelar del proceso penal contra la persona jurídica.⁵⁷⁹

convierte en coartada para la quiebra del Estado de Derecho y la arbitrariedad”. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N, “El principio de proporcionalidad...”, *op.cit.*, págs. 194 y ss.

⁵⁷⁸ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N, “El principio de proporcionalidad...”, *op.cit.*, págs. 194 y siguientes.

⁵⁷⁹ Otra cuestión absolutamente distinta es interpretar que el legislador no incluyó la previsión por ser absolutamente obvio que las medidas cautelares reales tienen su ámbito de aplicación en esta materia, y que no lo incluyó por no ser reiterativo.

7.5. *Discriminación legal.*

Otro de los argumentos que se plantean para permitir que el juez de instrucción pueda adoptar las medidas cautelares patrimoniales o reales en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es el de la existencia de una discriminación legal entre la persona física y la persona jurídica. El argumento sostiene que en caso de que no se permita la adopción de medidas cautelares patrimoniales se discrimina a la persona jurídica frente a la persona física.

El hilo argumental parte de la base de que en el proceso penal contra las personas físicas se van a poder adoptar tanto las medidas cautelares personales como las medidas cautelares físicas. Sin embargo, en el ámbito de las personas jurídicas las únicas medidas cautelares que se van a poder adoptar son las medidas previstas de suspensión, clausura e intervención judicial.

La tesis pasa por entender que la regulación de las medidas cautelares para las personas jurídicas solo prevé las más intensas y las que tienen mayor impacto sobre la viabilidad de la persona jurídica. En cambio, en el caso de la persona física existe la posibilidad de adoptar, además de las medidas cautelares personales, medidas exclusivamente patrimoniales o reales con un menor impacto sobre su esfera personal.

En consecuencia, se defiende que se produce una discriminación a favor de la persona física y con un claro perjuicio para la persona jurídica, quien se va a ver sometida en todas las ocasiones por un elenco de medidas más gravosas que en el caso de que fuera una persona física. En conclusión, con el objeto de evitar la discriminación, se plantea permitir al juez instructor la adopción de las medidas cautelares patrimoniales o reales también en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

No obstante, la tesis se enfrenta a varios problemas, el principal de ellos es que la discriminación planteada puede ser favorable a la persona jurídica encausada. Puesto que si un juez instructor exclusivamente cuenta con un elenco de medidas cautelares y si ninguna de las mismas es idónea ni necesaria para obtener la finalidad que pretende, también puede suceder que no se adopte ninguna medida cautelar. En ese caso, la ausencia de un elenco amplio de medidas patrimoniales en el ámbito de la personas jurídica puede

ser favorable a la misma. En este caso, no estaríamos en ningún caso de discriminación sino en una posición legal favorable para las personas jurídicas, puesto que no siempre y obligatoriamente en una fase cautelar se debe adoptar una garantía cautelar.

7.6. *El Código Penal también regula medidas cautelares específicas.*

El sexto argumento para entender que existe una previsión con la posibilidad de adoptar las medidas cautelares patrimoniales o reales, pasa por interpretar que la remisión que realiza el artículo 544 quáter LECRim al Código Penal supone una remisión que se extiende más allá de la regulación estricta de los artículos 33.7 *in fine* y 129.3 del Código Penal.

Efectivamente, el artículo 544 quáter LECRim establece la previsión de que se podrán imponer a las personas jurídicas las medidas cautelares expresamente previstas en el Código Penal. Por ello, en la búsqueda de esta regulación acudimos a la regulación establecido en el artículo 33.7 *in fine* CP (responsabilidad penal en relación al art. 31 bis CP) y al artículo 129.3 CP (régimen de las consecuencias accesorias).

Sin embargo, además de estas previsiones, varios tipos delictivos concretos del Código Penal que la persona jurídica puede cometer, establecen en su regulación la posibilidad de adoptar unas medidas cautelares específicas. Por tanto, la referencia que se realiza vía artículo 544 quáter LECRim al Código Penal debe entenderse realizada no exclusivamente a los artículos 33.7 *in fine* y 129.3 CP sino también a estas medidas cautelares previstas en distintos tipos delictivos del Código Penal.

A pesar de esta realidad asistémica y deficiente, no tiene impacto en la cuestión que estamos tratando. En el Código Penal no se prevé ninguna medida cautelar patrimonial o real. Por ello, no podemos sostener que gracias a este argumento se posibilite la adopción de las medidas cautelares reales, aunque sí debemos entender que la remisión al Código Penal incluye las medidas cautelares específicamente previstas a lo largo del Código Penal en el catálogo de delitos que la persona jurídica pueda cometer.

7.7. *El artículo 13 LECRim.*

Otro argumento que se puede plantear para autorizar al juez instructor a que pueda adoptar las medidas cautelares patrimoniales o reales pasa por apoyarse en la regulación del artículo 13 LECRim.

El artículo 13 LECRim contiene la siguiente regulación:

“Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley”.

El contenido del artículo sufrió una modificación a raíz de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, y es posible interpretar que su regulación es lo suficientemente amplia para permitir acoger en su seno una remisión genérica a la imposición de las medidas cautelares patrimoniales⁵⁸⁰. Además esta interpretación permitiría una remisión a la regulación aplicable en el ámbito de las medidas cautelares de las propias normas procesales penales.

No obstante, en nuestra opinión, es una interpretación muy forzada, la regulación del artículo 13 LECRim recoge efectivamente las medidas cautelares específicas relacionadas con los artículos 544 bis y 544 ter LECRim, pero sin embargo no recoge las del artículo 544 quáter LECRim. La ausencia de la previsión concreta es determinante. Además, el artículo 13 LECRim debe en todo caso ser interpretado en relación al art. 12 LECRim y los supuestos específicos para los que se plantea su aplicación no pueden entenderse como una normativa que contempla la imposición de cualquier medida cautelar. En cuanto a la posibilidad de la existencia de una remisión genérica en el artículo 13 LECRim,

⁵⁸⁰ Así lo sugiere ESCALADA LÓPEZ en referencia al recurso de las medidas innominadas, ESCALADA LÓPEZ, M., “Las medidas cautelares en el proceso penal...”, *op.cit.*, pág. 11; así como VELASCO NÚÑEZ, señalando que la remisión del artículo 544 quáter LECRim a las medidas expresamente previstas en el Código Penal “aparentemente, en principio, no parece excluir, las innominadas del art. 13 LECRim”. VELASCO NÚÑEZ, E., “Medidas cautelares...”, *op.cit.*, pág. 4.

simplemente, volvemos a rescatar los argumentos del propio Tribunal Constitucional relativos a las exigencias del principio de legalidad penal.

8. Las medidas cautelares patrimoniales o reales se pueden acordar en la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Nuestra opinión es favorable a que los jueces de instrucción puedan adoptar las medidas cautelares patrimoniales o reales frente a la persona jurídica aunque lo más razonable sería que el legislador lo contemplará expresamente mediante la oportuna reforma legal.

Los argumentos que avalan nuestra posición son los siguientes:

a) La forma en la que se adopta la nueva regulación sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica es la de incluir en la norma procesal penal una serie de artículos, que consolidan el nuevo régimen, a través de la LO 5/2010.

El objeto y la finalidad de la nueva regulación es introducir precisamente la responsabilidad penal de la persona jurídica, puesto que la responsabilidad civil o, incluso la accesoria existen con antelación en nuestro ordenamiento jurídico.

Por ello, a nuestro entender, el legislador solamente regula lo relativo a la cuestión penal, la responsabilidad directa, autónoma e independiente de la persona jurídica. Estableciendo en su diseño legislativo las penas que se pueden imponer y las medidas cautelares relativas exclusivamente a la responsabilidad penal.

No obstante, el legislador, no regula ninguna cuestión relativa a la responsabilidad económica de la persona jurídica porque esta regulación existe con anterioridad en el Código Penal. Para garantizar la responsabilidad económica de la persona jurídica se han

previsto las medidas cautelares patrimoniales o reales y, por tanto, frente a las reclamaciones económicas que se plantean en este ámbito debería permitirse la aplicación de este tipo de medidas cautelares.

De lo contrario, y suponiendo que la reparación del delito en el caso de las personas ficticias pasa por la compensación económica del daño cometido, y sobre la base de que la persona jurídica es un patrimonio dotado de una voluntad, resultaría que sería más eficaz como reparación del delito no imputar o investigar a la persona jurídica y considerarla responsable civil directo o subsidiario.

La existencia de la responsabilidad civil derivada del delito autoriza al juez instructor a adoptar las medidas cautelares patrimoniales o reales, quien va a poder asegurar estas responsabilidades patrimoniales. Ciertamente, pudiera entenderse que esas medidas cautelares deben limitarse al ámbito señalado y que si se tratara de asegurar el cumplimiento de las penas previstas para la persona jurídica no pudieran aplicarse, sin embargo, nos parece un debate superado por la escasa repercusión práctica que tiene realizar tales matizaciones.

b) En la normativa procesal penal, el procedimiento abreviado es el ámbito en el que se conocen la inmensa mayoría de expedientes judiciales y en el que seguramente se tramitarán los relativos a la responsabilidad penal de la persona jurídica. En relación a estos procedimientos el artículo 764 *LECRim*, apartados 1 y 2, establece que:

“1. Asimismo, el Juez o Tribunal podrá adoptar medidas cautelares para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, incluidas las costas. Tales medidas se acordarán mediante auto y se formalizarán en pieza separada.

2. A estos efectos se aplicarán las normas sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria de las medidas cautelares establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La prestación de las cauciones que se acuerden se hará en la forma prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil y podrá ser

realizada por la entidad en que tenga asegurada la responsabilidad civil la persona contra quien se dirija la medida”.

Es decir, la propia LECRim permite al juez instructor la adopción de las medidas cautelares para asegurar las responsabilidades pecuniarias⁵⁸¹. Este mandato legal no ha sido anulado por el artículo 544 quáter y, complementándolo con nuestra anterior argumentación, permitiría que se pudieran adoptar las medidas cautelares patrimoniales o reales. Además, esta regulación procesal se remite a las normas procesales civiles previstas en la LEC y abre la posibilidad de su aplicación.

En todo caso, en nuestra opinión, el primero de los argumentos, la regulación de la responsabilidad civil, permite la aplicación de las medidas cautelares reales y con respecto al procedimiento abreviado existe una remisión específica que permite su adopción.

c) También hacemos nuestro el argumento sugerido por la doctrina⁵⁸² en torno al impacto de la nueva regulación del decomiso sobre las medidas cautelares.

El decomiso ha sufrido una profunda modificación a raíz de la incorporación al ordenamiento jurídico estatal de la normativa europea sobre la materia⁵⁸³. La LO 1/2015, de 30 de marzo, introdujo en nuestro ordenamiento jurídico cinco clases de decomiso⁵⁸⁴:

1.- Directo u ordinario, regulado en el art. 127 CP.

⁵⁸¹ ESCALADA LÓPEZ, M., “Las medidas cautelares en el proceso penal...”, *op.cit.*, pág. 18.

⁵⁸² ESCALADA LÓPEZ, M., “Las medidas cautelares en el proceso penal...”, *op.cit.*, pág. 21.

⁵⁸³ Directiva europea 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.

⁵⁸⁴ Para profundizar en el estudio *vid* DOLZ LAGO, MJ, “Los decomisos: aproximación a sus aspectos sustantivos y procesales tras las reformas del 2015”, *La Ley Penal*, número 124r, 2017, Wolters Kluwer, págs.2 y ss.

- 2.- De valor equivalente o sustitución, conforme a la regulación establecida en los artículos 127.3, 127 bis 3, 127 quáter y 127 septies CP.
- 3.- El decomiso ampliado y/o por actividad delictiva previa continuada según establece art. 127 bis y 127 quinquies y sexies CP.
- 4.- El decomiso sin sentencia condenatoria penal del art. 127 ter CP.
- 5.- El decomiso de bienes de tercero del artículo 127 quáter CP.

El decomiso, en lo que a nosotros interesa, tiene como objeto los efectos del delito, es decir, todo bien o derecho que el delincuente tiene como consecuencia de la comisión del delito. Pues bien, las diferentes clases de decomisos⁵⁸⁵ que se han introducido en aplicación de la normativa internacional, han ido endureciendo este régimen.

Las disposiciones del decomiso y sus efectos encajan perfectamente en el régimen de las sociedades instrumentales. La potencialidad de la aplicación de la nueva normativa se extiende a todos los ámbitos y, también en nuestra materia, y en especial a las previsiones del artículo 127 octies, que establece que:

“1. A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.

⁵⁸⁵ En relación al decomiso sin sentencia penal, como señala DOLZ LAGO, no se requiere una sentencia penal sino un proceso contradictorio “de quién no ha sido condenado penalmente por la comisión de un hecho delictivo sino de quien es condenado en un proceso, cuya naturaleza civil o penal es discutible, cuando incluso haya fallecido, sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista riesgo de que puedan prescribir los hechos o se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable o esté exento de responsabilidad criminal o se haya extinguido ésta”. O incluso, dentro de los regímenes establecidos podríamos citar el decomiso de terceros que conocen el origen ilícito de los bienes o la transmisión se realizó para dificultar y ocultar las ganancias del delito, debiendo el tercero haber sospechado de esta situación. DOLZ LAGO, MJ, “Los decomisos: aproximación...”, *op.cit.*, págs. 2 y ss.

2. Corresponderá al juez o tribunal resolver, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la realización anticipada o utilización provisional de los bienes y efectos intervenidos.

3. Los bienes, instrumentos y ganancias decomisados por resolución firme, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente”.

Evidentemente la posibilidad de adoptar medidas cautelares patrimoniales o reales está implícita en las distintas modalidades de decomiso.

Por todos estos argumentos que hemos expuesto, entendemos, que en el proceso penal contra las personas jurídicas es posible que el juez instructor adopte además de las medidas cautelares previstas en el Código Penal, las medidas cautelares patrimoniales o reales previstas en la LECRim y por su remisión expresa en normas procesales civiles de la LEC.

De todas formas, en aras de la seguridad jurídica resulta imprescindible una modificación legislativa que aclare y delimite nítidamente el elenco de medidas cautelares que va a poder adoptar el juez instructor. Y, a sentido contrario, las personas jurídicas tienen el derecho a conocer exactamente el régimen jurídico en el que se van a encontrar en un proceso penal sobre su propia responsabilidad penal⁵⁸⁶.

⁵⁸⁶ Como manifiesta DOPICO GÓMEZ-ALLER “Si lo único que pretendía el legislador era impedir que el Instructor acudiese a medidas personales contra los representantes de la persona jurídica, debía haberlo hecho expresamente. Pero obligar al Juez a un todo o nada en las medidas cautelares es una limitación absurda. Quien puede acudir a una suspensión de actividades debe poder acudir no solo a medidas cautelares reales, sino también a medidas como las anotaciones preventivas y a medidas personales contra la persona jurídica que sean menos invasivas [como concretas prohibiciones de actuación, por ejemplo] para la protección de intereses procesales. Ello obliga a una modificación del art. 544 bis. El legislador debe despejar dudas a este respecto y no obligar a Jueces y Tribunales a realizar retorcimientos dudosos del tenor de las normas si quieren evitar conclusiones irrazonables”. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal contra personas jurídicas...”, op. cit., pág. 1 y ss.

En todo caso, en el siguiente apartado analizáramos las decisiones judiciales en torno a las medidas cautelares en procesos penales contra las personas jurídicas y los criterios que se están empleando.

9. En la práctica forense no existen dudas: las medidas patrimoniales son aplicables a la persona jurídica.

Resulta básico incorporar a nuestro estudio lo que las decisiones de los juzgados y tribunales sobre la materia, puesto que las decisiones de los órganos jurisdiccionales nos darán la medida de cómo se están resolviendo los problemas surgidos en torno a la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a nuestro ordenamiento jurídico.

Lamentablemente, como venimos recordando a lo largo de nuestra tesis los juzgados y tribunales no se han pronunciado en exceso sobre la nueva regulación, y los supuestos de hecho en los que se ha aplicado la responsabilidad penal de las entidades son escasos. No obstante, la labor de los juzgados y tribunales es ingente, deben resolver, en la medida de sus atribuciones, los problemas interpretativos y de inseguridad jurídica generados en torno a esta especial responsabilidad.

Centrándonos en la cuestión que nos trae, queremos remarcar una resolución judicial de la Audiencia Nacional sobre las medidas cautelares adoptadas en el marco de una instrucción penal. Se trata del auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la Audiencia Nacional, de 30 julio de 2012⁵⁸⁷.

⁵⁸⁷ La pieza incidental sobre medidas cautelares se abre para atender una solicitud realizada por una acusación exigiendo la adopción de una medida cautelar frente a la persona jurídica encausada, en concreto, se solicita la intervención judicial. El acusador plantea, curiosamente, su solicitud en base al artículo 544 quáter de la LECRim, con remisión al Código Penal, e interpreta que las “medidas cautelares contempladas en el Código Penal (art. 33.7 *in fine* y art. 129.3), observaremos que las mismas son básicamente tres: La suspensión de sus actividades, la clausura de sus locales y establecimientos, la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores”. Para el acusador, es un sistema tasado, que “en principio contempla exclusivamente las citadas medidas cautelares”.

En base a lo establecido en el artículo 544.2 quáter LECRim se celebró la comparecencia prevista del incidente de adopción de medidas cautelares⁵⁸⁸. En los razonamientos jurídicos el juez-magistrado del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional va a ser tajante, y va a realizar una interpretación en la que las dudas que se generan en la doctrina en torno a la limitación de las medidas cautelares va a verse superada en la práctica.

El auto va a aclarar que la solicitud de la medida cautelar de intervención judicial se incluye dentro de las medidas cautelares de carácter personal, dando a entender que existe otra clasificación de medidas cautelares que serán las reales. Lo que viene a posicionarse claramente a favor de la existencia en nuestro ordenamiento de otras medidas cautelares además de las previstas en los artículos 33.7 *in fine* y 129.3 CP. En su fundamento jurídico primero, ante las alegaciones de contrario, el auto recuerda que “deberá recordarse que nos encontramos ante una medida cautelar de carácter personal. No se trata de asegurar las responsabilidades pecuniarias que pudieran derivarse de las resultas del juicio, para ello están las medidas asegurativas contemplados en los arts. 589 y ss. de la LECRim, sino de una medida cautelar tendente a asegurar que, frente a la existencia de una determinada conducta que pudiera ser constitutiva de infracción penal, esta no siga produciéndose en tanto se tramita el proceso”.

La posición del juez de instrucción es nítida, las medidas previstas en el artículo 33.7 *in fine* y en el artículo 129.3 CP son medidas cautelares de carácter personal, y existen otras medidas “asegurativas” que se contemplan en los arts. 589 y siguientes LECRim⁵⁸⁹, cuyo

⁵⁸⁸ La solicitud de la medida cautelar se basa en los presupuestos generales "la necesidad de que existan medidas cautelares en el proceso penal se justifica en el comportamiento de los posibles responsables penales, cuya tendencia natural será realizar actos que dificulten o impidan que el proceso penal cumpla su fin (haciendo desaparecer pruebas o datos que hagan referencia al hecho punible, dificultando la investigación o continuando con ciertas prácticas que puedan imposibilitar la correspondiente exacción de las responsabilidades penales o civiles derivadas del delito). Por ello, la Ley faculta al órgano jurisdiccional a que adopte determinadas precauciones para asegurar que puedan realizarse adecuadamente los diversos actos que conforman el proceso, y para que al término del mismo la sentencia que se dicte sea plenamente eficaz”.

⁵⁸⁹ Recordemos que estos artículos recogen las medidas asegurativas, en concreto la fianza y el embargo, en concreto la redacción del artículo 589 LECRim establece que: “cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el Juez que preste fianza bastante para asegurar las

objetivo es la de asegurar las responsabilidades pecuniarias que pudieran surgir del proceso penal.

También en el auto de 15 de noviembre de 2012 del Juzgado Central de Instrucción número 6 de la Audiencia Nacional se constata que ante la solicitud de la adopción de las medidas de clausura y suspensión de actividades reclamadas, el Juzgado acuerda adoptar las medidas cautelares “reales extraordinarias de clausura y suspensión del Art. 544 quáter LECRim y el resto de las reales ordinarias (bloqueos, anotaciones preventivas, embargos...)”. En esta ocasión, el juez instructor denomina medidas “reales extraordinarias” a las medidas cautelares previstas para la persona jurídica en el artículo 33.7 *in fine* CP.

En esta caso, también se admite que se pueden imponer otras medidas más allá de la previsión del artículo 33.7 *in fine*, las medidas cautelares “reales ordinarias” que consisten en bloqueos, anotaciones preventivas, embargos... Como sabemos, algunas de estas medidas están previstas en la LECRim, artículos 589 y siguientes, y otras en la LEC que es de aplicación subsidiaria en la materia.

Por tanto, como podemos observar, en la práctica forense no existen dudas. Las medidas cautelares patrimoniales se van a poder acordar también contra la persona jurídica en el marco del proceso penal.

responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare la fianza”.

CAPÍTULO XV.

El catálogo de las medidas cautelares personales y patrimoniales en la responsabilidad penal de la persona jurídica.

1. Introducción.

En este capítulo vamos a estudiar las medidas cautelares concretas que se pueden acordar contra la persona jurídica en el ámbito de la responsabilidad penal. Con el objeto de sistematizar, para hacer más comprensible nuestra exposición, hemos procedido a clasificar el contenido de las medidas cautelares en un esquema clásico de medidas cautelares personales y patrimoniales. En este esquema hemos incluido el catálogo de las medidas cautelares que se pueden adoptar frente a las personas jurídicas.

Debemos advertir que es complicado afrontar la categorización de las medidas cautelares, previstas en el artículo 33.7 *in fine* CP y en el artículo 129.3 CP, con los mismos cánones establecidos para las personas físicas. La diferencia entre medidas cautelares personales y medidas cautelares reales o patrimoniales, en esta ocasión, no se proyectan sobre la esfera de libertad de las personas físicas sino sobre la libertad de las personas ficticias o artificiales. Sin embargo, para facilitar su comprensión, vamos a partir de esta clasificación clásica para encajar el catálogo de medidas cautelares que se pueden adoptar frente a la persona jurídica en un procedimiento penal.

Por último, debemos recordar que en nuestro ordenamiento procesal penal se van a poder acordar medidas cautelares del ámbito civil. Pero aunque las medidas cautelares sean civiles, su importación al proceso penal tiene ciertas especificidades derivadas de la necesaria presencia del acusado en el juicio oral y del principio de oficialidad⁵⁹⁰.

⁵⁹⁰ ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 2003, Marcial Pons, págs. 193 y ss.

2. Las medidas cautelares personales y la persona jurídica.

Vamos a denominar como medidas cautelares personales a las que afecten a la libertad de las personas jurídicas⁵⁹¹, porque limitan la libertad de actuación de las personas jurídicas.

La previsión normativa del artículo 33.7 *in fine* CP y del artículo 129.3 CP, la primera relativa al régimen ordinario de responsabilidad penal de las personas jurídicas y la segunda referida al régimen de las consecuencias accesorias, tienen un contenido idéntico. Las tres medidas cautelares que ambas normas jurídicas regulan y que constituyen medidas cautelares personales son las siguientes:

- La clausura temporal de los locales o establecimientos.
- La suspensión de las actividades sociales⁵⁹².
- La intervención judicial.

Vamos a proceder al análisis de cada una de estas medidas cautelares previstas en el Código Penal, realizando previamente varias consideraciones.

⁵⁹¹ En el auto de 30 de julio de 2012 del Juzgado Central de Instrucción número 4 de la Audiencia Nacional, el juez de instrucción manifiesta que la intervención judicial, junto con las otras dos medidas cautelares previstas en el artículo 33.7 *in fine* y en el artículo 129.3 CP, son de carácter personal se manifiesta en que el objeto de estas medidas es la de prevenir que se sigan cometiendo delitos. El juez realiza una comparación entre las medidas personales que afectan a las personas físicas y las que afectan a las personas jurídicas, utilizando para ello la previsión normativa del art. 530.2 LECRim “en donde se contempla, como una de las causas justificativas para la adopción de la medida de prisión provisional, la de evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos”, por ello, destaca la finalidad de prevención del delito, infiere a ambas el carácter de medidas personales.

⁵⁹² Es difícil de entender la lógica que ha llevado al legislador a prescindir como medida cautelar de la “prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito” (art. 33.7.e del Código Penal) y, en cambio, haya introducido la suspensión de actividades. OSUNA MARTÍNEZ-BONÉ, F., “Estatuto procesal de la persona jurídica investigada”, *La Ley*, núm. 8754, 2016, La Ley, pág. 9.

La primera es que las medidas cautelares previstas en el artículo 33.7 *in fine* CP, para el régimen de responsabilidad de la persona jurídica que gira sobre el artículo 31 bis CP, y las previstas en el artículo 129.3 CP, para el régimen de las consecuencias accesorias, son idénticas, por lo que el contenido exacto de las medidas cautelares es el mismo en ambas regulaciones.

La segunda consideración es relativa a la experiencia acumulado sobre estas medidas cautelares. La anterior regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica se articulaba conforme al antiguo contenido del artículo 129 CP. No obstante, aquellas medidas cautelares y sanciones se han trasladado a la nueva responsabilidad penal de la persona jurídica del 2010. Por lo que nos valdremos al analizar su contenido de la experiencia acumulada durante estos años pasados.

En tercer lugar, quisiéramos subrayar que el catálogo de las medidas cautelares previsto legalmente podría ser más amplio⁵⁹³. Así, la falta de previsión de otras medidas cautelares diferentes es criticada por la Fiscalía General del Estado⁵⁹⁴ y, asumiendo que no pueden imponerse otras medidas cautelares de esta modalidad, echa de menos alguna medida cautelar relativa a prohibir de actividades específicas y determinadas de las desarrolladas por la persona jurídica.

En cuarto lugar, que de las penas o sanciones previstas en el ordenamiento jurídico contra las personas jurídicas tanto en el art. 33.7 CP como en el art. 129.1 CP algunas se van a poder acordar también como medidas cautelares. Por tanto, para complementar el contenido de estas medidas cautelares nos remitimos al capítulo sobre las sanciones previstas para la persona jurídica de nuestro trabajo.

Por último, también queremos traer a colación, para una referencia alternativa, la propuesta de las medidas cautelares que dentro del marco de un proyecto regulación de la

⁵⁹³ Coincidimos con DE LA FUENTE HONRUBIA cuando señala que “*de facto* el hecho de no poderse acordar cautelarmente otras medidas distintas a la clausura o la suspensión puede conllevar consecuencias irreparables, al poderse imponer sólo en sentencia cuando ya el daño se ha causado”. DE LA FUENTE HONRUBIA, *Las consecuencias...*, *op.cit.*, pág. 172.

⁵⁹⁴ Circular núm. 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, págs. 72 y 73.

responsabilidad penal de las personas jurídicas propone NIETO MARTÍN⁵⁹⁵. En el artículo 10 de su propuesta recoge bajo la denominación de las medidas interdictivas el catálogo de medidas cautelares previsto. La finalidad de las medidas propuestas destaca por su finalidad preventiva y, por establecer, su imposición para las personas jurídicas que no pueden continuar su actividad sin poner en peligro otros bienes jurídicos, durante un plazo mínimo e indispensable. La propuesta tiene la siguiente redacción:

“1.- Las siguientes medidas interdictivas tienen exclusivamente como finalidad la prevención de nuevos delitos:

1º. Clausura de los locales o establecimientos de la empresa.

2º. Suspensión de todo o parte de la actividad de la persona jurídica relacionada con el delito en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

3º. Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

2.- El plazo máximo de duración de las medidas interdictivas es de dos años. Las medidas interdictivas sólo se impondrá cuando exista riesgo de reiteración delictiva y especialmente en lo que concierne a las medidas de clausura y suspensión cuando este riesgo afecte a la medio ambiente o a la salud y la vida de las personas; la reincidencia y la implicación de superiores jerárquicos en el delito deben tenerse en cuenta para apreciar este riesgo. El tipo de medida y su duración deben ser en cualquier caso proporcionados a la gravedad de la infracción realizada.

3.- La interdicción de obtener subvenciones y ayudas públicas o contratar con la administración, no atiende en exclusiva a impedir la reiteración delictiva. El juez podrá imponerla cuando se haya previsto expresamente como medida penal”.

Una vez realizados estos apuntes, vamos a conocer el contenido de las medidas cautelares de carácter personal que se recogen en el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

⁵⁹⁵ NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, Iustel, 2008.

2.1. *La clausura de los locales o establecimientos.*

La primera medida cautelar que se va a poder adoptar, en el marco de la responsabilidad de las personas jurídicas y en el marco de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP, es la de la clausura de los locales o establecimientos de la persona jurídica.

La clausura o cierre parte de la premisa o suposición de que la persona jurídica dispone de un establecimiento o local. En este caso, la adopción de la medida cautelar va a suponer que la persona jurídica no pueda seguir explotando su actividad en ese local o establecimiento.

En la práctica judicial, esta medida cautelar viene acompañada de la medida cautelar de suspensión la actividad de la persona jurídica, para evitar que desarrolle la actividad en otros establecimientos. Incluso, en muchos supuestos de hecho se pueden equiparar la suspensión de actividades y la clausura temporal de locales o establecimientos.

Según ECHARRI CASI⁵⁹⁶ el origen de la medida en nuestro ordenamiento jurídico proviene del antiguo artículo 4.8 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social. Lo que nos da idea de que es una medida cautelar de carácter absolutamente preventivo, con la finalidad de evitar que la persona jurídica siga cometiendo o cometa algún delito en el futuro.

De todas formas, el contenido de la medida cautelar exige ir más allá de los elementos exclusivamente patrimoniales o físicos de los que dispone la persona jurídica, es decir, el concepto de establecimiento también debe incluir, y más en los tiempos actuales, los soportes de las sociedades en internet y, en general, en las nuevas tecnologías. Así, a nuestro entender, se puede decretar la clausura de una página de internet o un perfil de las redes sociales que sirvan de canales o, incluso sean el único canal, de la actividad de la persona jurídica.

⁵⁹⁶ Vid ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones a personas jurídicas...*, *op.cit.*, pág. 78.

Otra cuestión que surge en torno a esta medida es la de si supone la clausura de todos los locales o establecimientos con los que cuenta la persona jurídica o, en cambio, se puede adoptar solamente sobre el local donde se ha desarrollado la actividad relacionada con el delito. En opinión de la mayoría de la doctrina⁵⁹⁷ esta medida cautelar no tiene por qué afectar a todos los establecimientos o locales, en todo caso habrá de estarse a los supuestos de hechos concretos en los que se solicita la aplicación de la medida. Aunque si se impusiera la clausura de todos los establecimientos y locales supondría que la persona jurídica no puede tener ninguna actividad y, por ello, incurriría en una absoluta paralización de su finalidad social, que si no se trata de un plazo temporal breve, supone el dirigirla a la disolución.

La última cuestión que se plantea sobre la medida cautelar es el plazo temporal en el que se puede imponer. El criterio de graduación de las penas del art. 66 bis CP viene a establecer que la clausura temporal convertida en pena que se puede imponer en la sentencia condenatoria no puede exceder del plazo de dos años, salvo los casos de reincidencia o la declaración de instrumental de las sociedad. Por lo que, la duración de la medida cautelar no podrá superar el plazo de dos años, salvo excepciones previstas en el tipo delictivo del art. 194 CP⁵⁹⁸ que regula los delitos de prostitución, corrupción de menores, exhibicionismo y provocación sexuales, y que permite acordar la medida cautelar de clausura temporal de locales por tiempo de 5 años⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ ESCALADA LÓPEZ, M., “Las medidas cautelares en el proceso penal...” *op.cit.*, pág. 6 y ss.; También para VELASCO NÚÑEZ “en función de los concretos hechos investigados (art. 31 bis.1 *in fine* CP la medida puede recaer tanto sobre todos como sobre sólo parte de los locales o establecimientos, en función de la necesidad/oportunidad del aseguramiento que trate de alcanzar la medida cautelar”. VELASCO NÚÑEZ, E., “Medidas cautelares sobre la persona jurídica delinciente”, *Diario La Ley*, núm. 8169, 2013, La Ley, pág. 6.

⁵⁹⁸ El artículo regula que: “la clausura temporal, que no podrá exceder de cinco años, podrá adoptarse también con carácter cautelar”.

⁵⁹⁹ VELASCO NÚÑEZ, E., “Medidas cautelares...”, *op.cit.*, pág. 6.

2.2. *La suspensión de actividades.*

La suspensión de actividades es una medida temporal cuyo efecto principal es paralizar la entidad jurídica⁶⁰⁰. Sus efectos son más extensos que la clausura de los locales o establecimientos, con la que suele venir unida en la práctica judicial, con la finalidad de prohibir la realización de una o todas las actividades a la persona jurídica.

También sobre esta medida cautelar se debate en torno si las actividades suspendidas deben ser todas las de la persona jurídica o alguna de ellas. Parece fuera de duda que el juez instructor dependiendo de las circunstancias de hecho y de los indicios con los que se encuentre tendrá la posibilidad de suspender todas las actividades de la persona jurídica o alguna de ellas.

Si se suspendiesen todas sus actividades como dice ECHARRI CASI⁶⁰¹ se trataría de una suerte de “disolución temporal” puesto que la “sociedad queda en letargo hasta que se produzca una especie de reactivación automática de actividades. Aunque van a subsistir las obligaciones legales del órgano de administración de la sociedad, entre ellas las específicas de cada tipo de persona jurídica, en la mayoría de ocasiones, en base al criterio de prudencia y la responsabilidad que asumen los administradores sociales debería llevarles a convocar a las juntas de propietarios (accionistas, socios...), las juntas de asociados (asociaciones..), el patronato (fundaciones), a los asociados... para obligatoriamente plantearse una de estas dos opciones:

a) El concurso voluntario por no poder hacer frente a las obligaciones de pago, en los términos que establece la Ley 22/2003, concursal que en su artículo 2 declara que procede el concurso en caso de insolvencia del deudor y que ése estado lo provoca el no poder cumplir regularmente las obligaciones exigibles.

⁶⁰⁰ GASCÓN ENCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*, 2012, Marcial Pons pág. 156.

⁶⁰¹ vid. ECHARRI CASI, F. J., *Sanciones a personas jurídicas...*, *op.cit.*, pág. 89.

b) El inicio de las gestiones suficientes para rehuir de las obligaciones de convocar el concurso, afrontando sobre todo las obligaciones contraídas en el pasivo de la persona jurídica, bien abonando estos pagos bien renegociando los mismos, a través de un procedimiento extra-judicial o alcanzando convenios de quitas o esperas de las obligaciones de pago. De este modo, puede ser necesario utilizar los bienes y derechos que la persona jurídica disponga en su activo, por lo que, a nuestro juicio, dada la especialísima situación en la que se encuentra la persona jurídica debe obtener la autorización o, por lo menos, comunicar al juzgado de instrucción que se va a proceder a la realización de tales operaciones.

En todo caso, las responsabilidades pecuniarias o patrimoniales que surgen de la causa penal tendrán intenso impacto en el patrimonio de la persona jurídica y no podrán abordarse ningún trámite de disolución voluntaria de la sociedad que eluda la responsabilidad penal o la consecuencia accesoria.

En relación al plazo temporal en el que se puede adoptar la medida cautelar de suspensión de actividades también se proporciona en relación a la duración de su posible imposición como sanción penal. Por lo que, en base a la graduación del art. 66 bis CP, salvo reincidencia o instrumentalidad de la persona jurídica, el horizonte temporal se sitúa en los dos años⁶⁰².

2.3. *La intervención judicial.*

La tercera de las medidas cautelares es la intervención judicial que puede considerarse un híbrido con respecto a sus finalidades. En tanto que sus fines pueden pasar tanto por la finalidad de asegurar el patrimonio de la persona jurídica para que pueda afrontar la decisión judicial contenida en la sentencia o como por los de intervenir a la persona jurídica para, a través de su control total, evitar que pueda cometer delitos en el futuro a través o en el seno de su estructura. No obstante, la regulación de la norma jurídica,

⁶⁰² VELASCO NÚÑEZ, E., “Medidas cautelares...”, *op.cit.*, pág. 7.

plantea como finalidad de la intervención la protección de los derechos de los trabajadores y acreedores por lo que puede entenderse que estamos ante una medida cautelar real o patrimonial, en el sentido que debe atender a las responsabilidades económicas que se pueden plantear.

Sobre la finalidad de la intervención también se han pronunciado los órganos jurisdiccionales. Así, en el auto de 30 de julio de 2012 del Juzgado Central de Instrucción número 4 de la Audiencia Nacional, habiéndosele propuesto la adopción de la medida cautelar de intervención judicial, el juez de instrucción deniega la misma, por entender que el único fin legítimo que pudiera justificar la medida solicitada sería el de evitar la continuidad delictiva⁶⁰³, en protección de los trabajadores y de los acreedores, y al no existir tal justificación no procede adoptar la medida solicitada.

Uno de los mayores problemas que plantea esta medida temporal es que la intervención judicial no cuenta con el cuerpo de funcionarios especializados de la función pública que puedan actuar en esta funcionalidad con garantías. Este problema reduce la potencialidad de la medida cautelar que debería venir acompañando a las otras dos medidas cautelares que se pueden acordar.

La imposición de una medida cautelar de suspensión de actividades o una clausura de locales o establecimientos va a requerir que el patrimonio de la persona jurídica y que en su actividad se pongan necesariamente un orden o una gestión adecuada. Además, la potencia de estas medidas cautelares, en la mayoría de ocasiones, va a provocar la “muerte

⁶⁰³ El juez de instrucción rechaza de plano que la medida de intervención judicial solicitada pudiera tener otra finalidad distinta que la prevención de la reiteración delictiva, rechaza que pueda servir para asegurar las pruebas o para responder de la posible responsabilidad civil o pecuniaria, y en todo caso, para estas finalidades existen otras medidas cautelares. Por ello, el análisis razonado del juez instructor debe versar sobre el comportamiento futuro de la persona jurídica, es decir, su peligrosidad.

Después de analizar la medida cautelar de la intervención judicial, para el juez instructor es una medida restrictiva de derechos, “medida cautelar penal que sin duda tiene una naturaleza personal, pues con ella no se pretende otra cosa que el neutralizar la actividad delictiva de la entidad infractora, y ello mediante medidas limitativas en la libertad de obrar de la misma, que pueden ir desde la mera supervisión o control de sus actividades y decisiones a la remoción y sustitución de sus administradores”.

civil y mercantil” de la persona jurídica y, en todo caso, suponen un golpe de gran intensidad a la viabilidad de la entidad.

El efecto de las medidas cautelares adoptadas va a modificar sustancialmente la realidad económica y jurídica de la persona jurídica y, además, podría suceder que los efectos perjudiciales se multipliquen por la situación procesal de sus dirigentes y gestores, quienes también podrían verse sometidos al proceso penal como encausados.

Por ello, el impacto de las medidas cautelares de suspensión y clausura puede mitigarse con la medida de intervención mínima que garantice una gestión adecuada de la situación en la entidad. Cuando se acuerdan unas medidas cautelares como éstas, no se puede dejar una entidad formal, sin dirección, ni responsables, ni actividad, en el tráfico jurídico. Se impone la obligación de intervenir integralmente sobre las personas jurídicas, aunque sea para salvaguardar los intereses de terceros. En algunas ocasiones esta gestión será relativamente sencilla, requiriendo solo un control o inspección superficial, sin embargo en otras situaciones será más dificultosa, requiriendo una intervención que sustituya a todos gestores de la persona jurídica⁶⁰⁴.

En nuestra propuesta, la adopción de estas potentísimas medidas cautelares tiene que acompañarse con la única normativa actualmente eficaz para afrontar el fenómeno de las personas jurídicas en crisis: la legislación concursal. Por lo que, la intervención judicial debería iniciar una adecuación y reformulación de la actividad económica de la persona jurídica con el beneplácito del juzgado de instrucción o, en caso contrario, abordar la liquidación, introduciendo dentro de las obligaciones patrimoniales de la persona jurídica las derivadas del proceso penal.

⁶⁰⁴ Es una medida de encaje muy difícil en el ámbito penal que no cuenta con la experiencia del ámbito mercantil y sus presupuestos no quedan del todo claros, por lo que la tarea que se le impone al juez penal es complicada. UBEDA DE LOS COBOS, J.J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, *La Ley Penal*, núm. 77, La Ley, pág. 15.

Es en el ámbito mercantil, donde encontraremos a los especialistas y los mecanismos que acumulan una extensa experiencia en relación a la crisis empresarial y, por ello, regulando más adecuadamente y detalladamente la intervención judicial se debería acudir directa o indirectamente a esta regulación y a esta experiencia. Por tanto, en caso de precisarse la medida cautelar de intervención podría legislarse para dirigir sus efectos hacia la figura de la administración concursal, que podría ser la mejor solución práctica para cumplir con la función de dar una solución a la realidad jurídica y económica compleja de la persona jurídica.

Aunque la normativa concursal establece unas finalidades muy concretas para el concurso, constituye la mayor experiencia práctica en la intervención en las personas jurídicas⁶⁰⁵. La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, establece en su título segundo, artículo 26, que una vez declarado el concurso, procederá al nombramiento de los administradores concursales, a la determinación de sus facultades y a su ejercicio, a la rendición de cuentas y, en su caso, a la responsabilidad de los administradores concursales⁶⁰⁶.

Por tanto, la medida cautelar de intervención no tiene por qué ser articulada a través del nombramiento de un interventor judicial. El juzgado podría, simplemente, obligar al órgano de administración de la persona jurídica a que presente o tramite el pertinente concurso de acreedores, y si fuera el caso, hasta instar el concurso necesario.

En todo caso, el juez instructor tiene la facultad de flexibilizar su decisión sobre esta medida cautelar, ajustando el grado o la profundidad de la intervención que puede llegar a concretarse en una intervención que suponga la gestión directa de la actividad económica

⁶⁰⁵ Y con toda probabilidad junto con la institución de la tutela, también la mayor experiencia en la intervención en la esfera patrimonial de las personas físicas.

⁶⁰⁶ Esta experiencia concursal es sumamente interesante y se debería proyectar al ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En concreto, la administración judicial en el ámbito de la crisis económica acumula experiencias sumamente interesantes a raíz del ingente número de concursos que se han tramitado durante los últimos años. Y, aunque la mayoría de esta experiencia concursal gira en torno a la liquidación de la entidades sometidas al procedimiento concursal, existen experiencias interesantes que han permitido la viabilidad de proyectos empresariales en situaciones objetivas de gran dificultad, preservando los intereses de acreedores y trabajadores con planes de viabilidad y acuerdos que han permitido su sobrevivencia. Sumamente importante y útil es la cantidad de profesionales que han participado en los procedimientos concursales, cuya experiencia profesional para desempeñar cometidos en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no debería dejarse de lado.

de la persona jurídica o por un auditor de la actividad de la persona jurídica, pasando por cualquier tipo de graduación en la intervención de la gestión.⁶⁰⁷

En todo caso, existiendo un proceso penal abierto frente a la persona jurídica, la intervención judicial requiere un respeto escrupuloso al derecho a la defensa, sin que la adopción de esta medida cautelar pueda ser utilizada contra la propia persona jurídica⁶⁰⁸.

Ante la ausencia de mayor regulación del contenido de esta medida cautelar en el ámbito penal, observando el ámbito procesal civil, constatamos que la intervención judicial es una medida muy similar a la administración judicial⁶⁰⁹, participando ambas de la misma naturaleza y aunque puede encontrarse alguna diferencia de matiz entre ambas en la intensidad de sus efectos⁶¹⁰. Así, el contenido de la administración judicial implica un sinfín de actuaciones que resultan imposibles de concretar, tendentes a la conservación y la utilización de los bienes o derechos sobre los que se proyecta. La administración judicial llega, en la mayoría de ocasiones, a sustituir al órgano de administración original y, en otras ocasiones, a fiscalizar la actuación de los órganos de administración. Esta segunda, la de la intervención judicial, es un grado de inferencia inferior a la sustitución del órgano de administración de la entidad por una administración judicial.

La ventaja de la administración judicial deriva de que es una medida que tiene una experiencia muy amplia en el ámbito civil y, además, conforme al art. 727.2 LEC esta medida puede adoptarse como una medida cautelar, con esta regulación concreta:

⁶⁰⁷ FARALDO-CABANA, C., “Irresponsabilidad penal de la empresa...”, *op.cit.*, pág. 17.

⁶⁰⁸ Como nos recuerda FARALDO-CABANA “se debe aclarar que si se acuerda la intervención con carácter cautelar, en ningún caso será posible exigir la colaboración de los imputados, personas físicas o jurídicas, en orden a la obtención de informaciones que luego puedan ser utilizadas por la acusación en su contra, so pena de conculcar su derecho de defensa”. FARALDO-CABANA, C., “Irresponsabilidad penal de la empresa...”, *op.cit.*, pág. 17.

⁶⁰⁹ No obstante, PORTAL MANRUBIA, no comparte esta opinión porque entiende que la administración judicial limita la capacidad de gobierno que tiene la persona jurídica sobre sus derechos y patrimonio y, sin embargo, la intervención judicial tiene como finalidad la salvaguarda de los derechos de los trabajadores y acreedores por lo que limita su cometido a fiscalizar la gestión para lograrlo. PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de la persona jurídica”, *Diario la Ley*, núm. 7769, 2012, La Ley, pág. 1 y ss.

⁶¹⁰ MAGRO SERVET, V., “La medida cautelar de Administración Judicial. Supuestos prácticos”, *Práctica de Tribunales*, número 78, 2011, Wolters Kluwer, pág. 2 y ss.

“La intervención o la administración judiciales de bienes productivos, cuando se pretenda sentencia de condena a entregarlos a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que comporte interés legítimo en mantener o mejorar la productividad o cuando la garantía de ésta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiere recaer”.

Los jueces en el ámbito civil (y mercantil) han procedido a adoptar la medida cautelar conforme reza esta regulación, cuando se trate de bienes productivos como es el caso de las sociedades mercantiles de cualquier índole y, se tenga por finalidad, mantener su resultados mejorándolas. Esta es una cuestión de vital importancia, puesto que la propia configuración de las personas jurídicas, y su regulación civil o mercantil específica, pueden haber estipulado que la única responsable económica de las sanciones que se le pueden imponer en el marco del proceso penal sea en exclusiva de la propia persona jurídica⁶¹¹.

Esta institución del proceso civil se complementa con las disposiciones de los artículos 630 a 633 LEC, que también establecen la posibilidad de nombrar un administrador judicial en unos supuestos concretos. Así, el artículo 630 LEC establece que puede constituirse una administración judicial cuando se embargue alguna empresa⁶¹²,

⁶¹¹ La sociedad limitada es la forma jurídica más utilizada en el tráfico jurídico-económico en nuestro entorno, y la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) establece en su artículo primero, una limitación de responsabilidad de los socios que también se extiende a las sociedades anónimas y a las sociedades comanditarias por acciones. Estableciendo que: “1. Son sociedades de capital la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones. 2. En la sociedad de responsabilidad limitada, el capital, que estará dividido en participaciones sociales, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales. 3. En la sociedad anónima el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales. 4. En la sociedad comanditaria por acciones, el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, uno de los cuales, al menos, responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo”.

⁶¹² Incluye a un grupo de empresas, el embargo de acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las empresas, o adscritos a su explotación. También, en el caso de que sea necesario para el embargo de frutos y rentas, cuando la naturaleza de los bienes y derechos productivos, la importancia de los intereses, las rentas o los frutos embargados o las circunstancias en que se encuentre el ejecutado razonablemente lo aconsejen o se compruebe que la entidad pagadora o perceptora o, en su caso, el mismo ejecutado, no cumplen la orden de retención o ingreso de los frutos y rentas establecido por el órgano judicial.

constituyendo experiencias en el ámbito civil que se pueden trasladar al ámbito de la intervención judicial de la persona jurídica. Además de la normativa de la administración judicial en los arts. 630 a 633 LEC como medida de aseguramiento, se debe tener en cuenta que se puede adoptar como medida cautelar, expresamente prevista en el 727 LEC, estableciéndose requisitos de adopción diferentes en ambas regulaciones.

En cuanto a su finalidad, la medida pretende para otorgar una garantía que proteja los intereses que se encuentran en el proceso evitando que las actuaciones de la personas jurídica disminuyan o hagan imposible la futura y posible sentencia condenatoria. Sin embargo, la experiencia civil y mercantil no es automáticamente trasladable al ámbito penal, puesto que las finalidades de ambos ámbitos pueden ser absolutamente diferentes.

3. Las medidas cautelares específicas previstas en los tipos delictivos del Código Penal.

En el capítulo en el que analizamos los tipos delictivos que integran el catálogo de delitos que las entidades jurídicas pueden cometer, nos llamó la atención que existían ciertos tipos delictivos que en su regulación prevén ciertas medidas cautelares específicas. Además, hemos analizado el impacto de ciertas medidas cautelares por lo que nos remitimos a ese capítulo.

En un principio, se puede sostener que las medidas previstas respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por la vía del artículo 544 quáter LE CRim, se dirigen a los artículos 33.7 y 129.3 CP. El primero de ellos, respecto a las personas jurídicas con personalidad jurídica y el segundo con respecto a las entidades sin personalidad jurídica. Por ello, la regulación de ambos artículos viene a prever las mismas e idénticas medidas cautelares: la clausura temporal de local o establecimiento, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial. Sin embargo, existen dentro de los tipos delictivos del Código Penal otras posibles medidas cautelares que pueden ser receptoras de la remisión procesal.

Del análisis del catálogo de delitos que las entidades podían cometer extraíamos las específicas medidas cautelares previstas en los tipos penales para la responsabilidad de las personas jurídicas, que son:

a) Los delitos previstos en el artículo 187 y siguientes del Código Penal, relativos a la prostitución y la corrupción de menores. En el marco de este capítulo existen dos artículos que regulan dos medidas cautelares específicas:

- El artículo 189 CP, en su apartado octavo, establece una especial medida cautelar que permite al juzgado o tribunal la adopción de las medidas necesarias para la retirada de las páginas web o aplicaciones de internet que contengan o difundan pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección o, en su caso, para bloquear el acceso a las mismas a los usuarios de Internet que se encuentren en territorio español. Señala el artículo que estas medidas se podrán adoptar con carácter cautelar a petición del Ministerio Fiscal.
- En segundo lugar, en las disposiciones comunes de este capítulo concreto del Código penal, el artículo 194 establece que si se utilizaren establecimientos o locales, abiertos o no al público, en la comisión de los delitos que contiene, podrá decretarse en la sentencia condenatoria su clausura temporal o definitiva. Y, el artículo finaliza señalando que “la clausura temporal, que no podrá exceder de cinco años, podrá adoptarse también con carácter cautelar”. Es decir, que también en esta ocasión se ha previsto, en los concretos tipos penales aplicables a la persona jurídica, una medida cautelar cuya aplicación habrá de ser objeto de nuestro estudio⁶¹³.

⁶¹³ Para FEIJOO SÁNCHEZ la cláusula prevista en el art. 194 CP debe ser reinterpretado en relación al art. 189 bis CP. Para el autor debe considerarse residual la regulación del art. 194 CP previéndose su exclusiva aplicación a las clausuras de establecimientos cuyos titulares sean personas físicas. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Tratado de Responsabilidad...*, *op.cit*, pág. 310.

En relación a la primera especialidad (art. 189 CP), el siguiente artículo de la normativa penal, el 189 bis CP, endurece la sanción a imponer a la persona jurídica sin que se prevea ninguna medida cautelar. Por ello, la cuestión que se nos plantea es si la medida cautelar del art. 189 CP, que no la menciona expresamente, es aplicable a los entes colectivos. A pesar de ser otro síntoma de la deficiente regulación de las medidas cautelares, sí será posible imponer esta medida cautelar específica a la persona jurídica que comete el delito tipificado en el capítulo. Por ello, esta previsión es síntoma de la dispersión y la deficiente regulación del proceso cautelar. En todo caso, es una disposición que entendemos que se puede integrar dentro del contenido de la medida cautelar de clausura de establecimientos, puesto que hemos defendido que también los establecimientos virtuales entran dentro de esta definición.

En relación a la segunda especialidad (art. 194 CP), resulta superfluo que se plantee esta sanción en relación a las personas jurídicas puesto que la clausura de locales o establecimientos viene ya prevista en el catálogo de penas del artículo 33.7 del Código Penal.

b) En los delitos contra el ambiente se alude expresamente a la persona jurídica y se prevé que el órgano jurisdiccional va a poder adoptar a cargo de la misma las medidas cautelares necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados (artículo 339 CP).

La medida cautelar parece albergar cualquier tipo de mandato de hacer y no hacer que se puede proyectar sobre la entidad. Además de criticar la dispersión normativa debemos cuestionar su concreción sobre las personas jurídicas. La inconcreción y la generalidad de la previsión se traducen en la utilización de los términos “medidas necesarias” y “cualquier otra medida cautelar necesaria” y, en nuestra opinión, obligan a dirigir su concreción a una de las tres medidas interdictivas previstas: clausura, suspensión e intervención judicial. Los límites del principio de legalidad legal no permiten ninguna medida cautelar distinta que las previstas en los art. 33.7 y 129.3 CP. Sin embargo, tanto la suspensión, que puede prohibir cualquier actividad nociva para el equilibrio ecológico, y la intervención judicial, que puede obligar a la persona jurídica a adoptar medidas activas de recuperación del equilibrio, a encaminar el mandato normativo.

c) En relación a los delitos contra la salud pública previstos en los artículos 359 y siguientes del Código Penal debemos mencionar el decomiso previsto en el artículo 374 CP de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias de la actividad delictiva, que se producirá una vez firme la sentencia, destruyéndose las sustancias aprehendidas y adjudicados íntegramente los bienes, medios, instrumentos y ganancias al Estado, sin que sean utilizados para satisfacer las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales.

d) En los delitos de contrabando el artículo 5 de la LO 12/1995, se establece el comiso. Así, en todas las penas que se impondrán por un delito de contrabando llevará el comiso de las mercancías que constituyan el objeto del delito; de los materiales, instrumentos o maquinaria empleados en la fabricación, elaboración, transformación o comercio de los géneros estancados o prohibidos; de los medios de transporte con los que se lleve a efecto la comisión del delito, salvo que pertenezcan a un tercero que no haya tenido participación en aquél y el órgano jurisdiccional estime que dicha pena accesoria resulta desproporcionada en atención al valor del medio de transporte objeto del comiso y al importe de las mercancías objeto del contrabando; las ganancias obtenidas del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar; y, por último, cuantos bienes y efectos, de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión del delito. Incluso, si, por cualquier circunstancia, no fuera posible el comiso de estos bienes, efectos o instrumentos, el órgano jurisdiccional acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del delito.

Una función similar a las medidas cautelares es la que se ha previsto en el artículo 7 de esta norma que establece unas medidas que van a suponer la enajenación anticipada de los bienes, efectos e instrumentos intervenidos sin ni siquiera esperar al fallo definitivo de la sentencia. Es decir, que la persona jurídica sometida a este proceso en los supuestos en que expreso abandono de estos bienes, o cuando la autoridad judicial estime que su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad pública o dar lugar a disminución importante de su valor, se verá obligada a asumir su venta, con el único

derecho de una vez deducidos los gastos que ocasiona esta venta, el resultado de la venta quedará en depósito a resultas del correspondiente proceso penal.

4. Las medidas cautelares patrimoniales y la persona jurídica.

Tras el estudio de las medidas cautelares personales, el segundo grupo de medidas cautelares que se van a poder acordar sobre la persona jurídica son las denominadas patrimoniales. La finalidad de las medidas cautelares reales o patrimoniales va a ser la de limitar la disposición sobre un patrimonio que tiene la persona jurídica.

En relación a estas medidas el contenido del artículo 589 LECRim establece que su cometido es el de asegurar los pronunciamientos patrimoniales de cualquier clase que se pueden producir en el proceso penal. Como hemos señalado anteriormente, la responsabilidad pecuniaria que debe afrontar el sujeto pasivo en el proceso penal si llega a ser considerado culpable puede ser de tipo penal (multa, comiso⁶¹⁴ y costas) y de tipo civil (responsabilidad civil derivada de la comisión del delito). Por ello, las medidas patrimoniales o reales con la finalidad de asegurar la responsabilidad pecuniaria de la persona jurídica van a recaer sobre el patrimonio del encausado en el proceso penal.

Aunque también existen medidas que pretender garantizar la posible futura condena a la restitución sin que la misma se traduzca en una cuestión meramente económica. En concreto en el contenido de la responsabilidad civil existe la posibilidad que las condenas no establezcan una responsabilidad económica contra el acusado. Puede suceder que el acusado tenga que restituir algún bien o alguna cosa a la víctima del delito y para abordar esta situación la LECRim tiene establecida la regulación de los artículos 619 y 620 LECRim. Conforme a esta regulación, se deberá proceder a la formación de una pieza

⁶¹⁴ Como señala BARONA VILAR a pesar de que el procedimiento de decomiso es autónomo conforme a la regulación del artículo 803 ter y siguientes de la LECRim existe la posibilidad de solicitar medidas cautelares para garantizar el decomiso. BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III...*, *op.cit.*, págs. 310 y ss.

separada en torno a la ocupación y a la restitución de cosas, independientemente de la clase de pretensión que se articule si tuviera por objeto el devolver a su dueño los efectos o instrumentos del delito. Por ello, las medidas previstas en esta regulación deben considerarse también medidas cautelares del ámbito real o patrimonial, puesto que recaen sobre los bienes del acusado y pretender asegurar la probable futura condena penal.

4.1. *Las medidas cautelares patrimoniales o reales reguladas en la LECRim.*

Las medidas cautelares reales tradicionales que se han regulado históricamente en la LECRim son la fianza y el embargo, aunque su regulación deba ser complementada por las normas procesales civiles. Vamos a proceder a su estudio:

a) La fianza.

La LECRim ha regulado las medidas cautelares de fianza y de embargo estableciendo como principal a la fianza⁶¹⁵ y, por tanto, el embargo es una medida cautelar subsidiaria de la primera. En caso de que se adopte esta medida cautelar patrimonial frente a la persona jurídica, en primer lugar, se va a requerir la fianza⁶¹⁶, y subsidiariamente para el caso de que no se cumpla con lo ordenado sobre la fianza, se iniciarán los trámites para proceder al embargo.

La regulación legal viene recogida en los artículos 589 a 614 bis LECRim y, como vamos a poder comprobar supletoriamente se aplican las normas de la legislación procesal civil conforme a la remisión del artículo 614 LECRim.

⁶¹⁵ Para ARMENTA DEU es una denominación errónea, en realidad debería denominarse caución. ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 2015, Marcial Pons, pág. 237.

⁶¹⁶ La naturaleza de esta fianza, como nos recuerda BARONA VILA, es distinta a la fianza depositada para evitar la prisión provisional. BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III...*, *op.cit.*, págs. 304-305.

En todos los supuestos, el juez de instrucción deberá abrir una pieza separada del proceso principal, y en el auto de medidas cautelares del juez de instrucción se acordarán ambas en ese sentido; si no se presta fianza suficiente se iniciarán los trámites del embargo⁶¹⁷.

En relación a la cuantía de la fianza, que el juez instructor fijará en su auto, no podrá ser inferior del tercio más de todo el importe probable de las responsabilidades pecuniarias. Aunque la cuantía del auto ordenando la fianza y, subsidiariamente, el embargo puede ser modificado, conforme a lo establecido en los artículos 611 y 612 LECRim, ampliarse o reducirse, en función del aumento o disminución de las posibles responsabilidades económicas que se pueden imponer en el proceso penal al encausado.

La primera opción de la persona jurídica a la que se le ha impuesto la doble medida cautelar va a ser la de depositar la fianza que puede ser de diversos tipos: personal⁶¹⁸, pignoraticia o hipotecaria⁶¹⁹, caución que podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier medio que para el juez de instrucción garantice la inmediata disponibilidad de la fianza.

El artículo 596 LECRim regula que: “contra los autos que el Juez dicte calificando la suficiencia de las fianzas procederá el recurso de apelación”. En consecuencia, la persona jurídica va a poder recurrir el auto en apelación si no estuviese de acuerdo con su contenido.

⁶¹⁷ Así lo indica el artículo 589 LECRim: “Cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el Juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare la fianza”.

⁶¹⁸ Los caracteres del fiador personal son establecidos por la LECRim, art. 592, se exige que el fiador personal sea “español de buena conducta y vecindado dentro del territorio del Tribunal que esté en el pleno goce de los derechos civiles y políticos y venga pagando con tres años de anticipación una contribución que, a juicio del instructor, corresponda a la propiedad de bienes o al ejercicio de industria, suficientes para acreditar su arraigo y su solvencia para el pago de las responsabilidades que eventualmente puedan exigirse. No se admitirá como fiador al que lo sea o hubiese sido de otro hasta que esté cancelada la primera fianza, a no ser que tenga, a juicio del Juez o Tribunal, responsabilidad notoria para ambas. Cuando se declare bastante la fianza personal, se fijará también la cantidad de que el fiador ha de responder”.

⁶¹⁹ Estas modalidades también son reguladas en la LECRim estableciendo que los bienes depositados como fianza hipotecaria y pignoraticia deben ser tasados y su valor debe declararse como suficiente.

b) El embargo.

Si la persona jurídica encausada no atiende a la primera opción, depositar la fianza, emerge con intensidad la segunda opción subsidiaria: el embargo. Al día siguiente al de la notificación del auto dictado por el juez de instrucción, si no se depositará la fianza, el juzgado de instrucción procederá a embargar los bienes del encausado. Para ello se le dirige un requerimiento para que señale los bienes suficientes para cubrir la cantidad fijada como fianza de las responsabilidades económicas. Por tanto, el efecto principal del embargo será la de intervenir en el patrimonio de la persona jurídica encausada en el caso de que la fianza no fuera prestada.

El embargo, que se acuerda en el mismo auto en que se ha decretado la fianza, no dispone de una regulación completa en los artículos 597 a 599 de la LECRim, por ello, el artículo 600 LECRim prevé la aplicación de las normas de los artículos 738.2 y 738.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, además de una remisión genérica a la legislación civil prevista en el artículo 614 LECRim.

4.2. *El régimen supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

En materia de medidas cautelares reales o patrimoniales, el artículo 614 LECRim establece la supletoriedad de la LEC⁶²⁰.

Además de la dispersión normativa que alberga, volvemos a reiterar que el proceso penal precisa de una normativa integral y específica acorde con sus especiales principios inspiradores, puesto que en otro caso, como sucede específicamente en esta materia, los problemas de interpretación y, por tanto, de inseguridad jurídica, se van acumulando.

⁶²⁰ La estipulación del artículo 614 LECRim remite en todo lo no previsto en el título IX, que lleva la rúbrica “de las fianzas y embargos”, se aplicarán lo dispuesto en la legislación civil sobre fianzas y embargos.

Además de la supletoriedad general de la LEC en el ámbito procesal penal, con respecto a las medidas cautelares reales, se introdujo específicamente en la LECRim la remisión a las normas procesales civiles sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria. Sin embargo, esta remisión concreta, va a traducirse de forma diferente dependiendo del procedimiento penal en el que nos hallemos, así en el procedimiento ordinario o sumario se aplican las normas de LECRim (con su remisión genérica a la LEC) y en el procedimiento abreviado o el proceso de enjuiciamiento rápido se aplican las normas de LEC de estas materias.

En referencia al procedimiento abreviado y al proceso de enjuiciamiento rápido, el artículo 764 LECRim establece una remisión concreta a los artículos 721, 726 a 728, 746 y 747 LEC, con el objeto de facilitar la aplicación del régimen de las medidas cautelares reales en relación a su contenido y a los presupuestos exigibles para la adopción de las medidas cautelares. Sin embargo, el procedimiento ordinario o sumario no recoge esta remisión concreta.

Estas distintas previsiones, en caso de que se acojan plenamente las normas procesales civiles, producen una serie de contradicciones en el procedimiento de adopción de las medidas cautelares. Por ello, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2003, de 7 de abril, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado, manifestaba que la remisión a la LEC contenida en el artículo 764 LECRim tenía que ser “entendida en sus justos y estrictos términos”⁶²¹.

Estudiemos los principales problemas que se plantean en torno a esta cuestión:

⁶²¹ Circular núm. 1/2003, de la Fiscalía General del Estado, pág. 8.

a) El contenido del artículo 721 LEC viene a exigir la previa petición de parte⁶²² para que el juez pueda adoptar una medida cautelar. Por ello, la Fiscalía, en su Circular 1/2003, alude a esta remisión y señala que “no puede interpretarse en el sentido de que la adopción de cualquier medida cautelar tendente al aseguramiento de las responsabilidades civiles exija previa petición de parte”, puesto que para la Fiscalía esa interpretación es contraria a su posición sobre esta misma cuestión que tiene en el proceso penal y, además⁶²³, es contrario a lo establecido en el precepto 764 LECrim que establece la obligación de afianzar, o su defecto el embargo, de las responsabilidades pecuniarias, incluidas las costas.

La adopción de las medidas cautelares patrimoniales o reales de oficio ha suscitado controversia, sin embargo la redacción del artículo 589 LECrim posibilita su adopción. En la práctica forense sin ninguna duda es lo que habitualmente sucede en nuestros juzgados y tribunales. No obstante, tanto el principio acusatorio como la aplicación subsidiaria de la LEC y en particular del art. 721, que establece la necesaria instancia de parte, podría llevarnos a defender la posición contraria.

b) Otro de los problemas surge de la necesidad de prestación de caución por parte del solicitante de las medidas cautelares reales. En el proceso civil se exige la prestación de la caución para responder de los posibles daños y perjuicios que pueden suponer al sujeto pasivo al que se le impone la medida cautelar. Evidentemente, la caución en el proceso penal no tiene lugar puesto que la medida cautelar real se adopta de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, su única aplicación se podría circunscribir a la solicitud de medidas cautelares propuestas por el acusador particular, popular o acusador privado.

c) En todo caso, la remisión a la legislación civil que realiza la LECrim no permite al juez instructor dejar de lado la regulación sobre la fianza y el embargo que se ha previsto en el procedimiento penal.

⁶²² Se trata de que en el proceso penal las medidas cautelares patrimoniales o reales se pueden acordar de oficio, sin ninguna petición de las partes personadas en el proceso (art. 589 LECrim).

⁶²³ La Fiscalía se aventura en interpretar una norma procesal civil.

4.3. Las medidas cautelares reales o patrimoniales en la LEC.

La regulación de la LECRim adolece de defectos estructurales en demasiadas materias y las medidas cautelares no son una excepción, su regulación resulta defectuosa⁶²⁴. La falta de sistematización dentro de la LECRim supone que algunas medidas cautelares no tienen ninguna regulación en la ley procesal penal⁶²⁵, por lo que para conocer el elenco y el régimen jurídico de las medidas cautelares se tiene que acudir a la ley de procedimiento civil⁶²⁶ y al propio código sustantivo del ámbito penal.

En materia de medidas cautelares, la remisión a las normas del proceso civil se establece específicamente en el artículo 614 LECRim que establece que en todo lo previsto en la regulación de las medidas de embargo y fianza, se aplicará lo dispuesto en la legislación civil sobre fianzas y embargos⁶²⁷. Y, en el procedimiento penal abreviado, el artículo 764 LECRim que autoriza al órgano jurisdiccional la adopción de medidas cautelares se

⁶²⁴ En el proceso penal incluso se han desregularizado aspectos que anteriormente lo estaban por la LECRim. Así, por ejemplo, la reforma operada en la LECRim a través de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, que dejó sin contenido los artículos que van de 601 al 610 de la LECRim que regulaban, entre otras cuestiones, la medida cautelar de la administración judicial. En la reforma realizada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, curiosamente el legislador expone que no aspira a una modificación de la regulación de las normas del proceso penal y que por ello la “reforma es más profunda es la Ley de Enjuiciamiento Civil, habida cuenta del carácter supletorio que tiene respecto de las demás leyes de procedimiento”. El legislador en la Exposición de Motivos de esta Ley ve una tarea imposible en el seguir reformando el proceso penal por la “obsolescencia” de sus normas, y por ello limita las reformas en el ámbito procesal penal hasta que “se produzca la revisión completa de esta Ley para dar luz a una de nuevo cuño, como ya se hizo en el año 2000 con la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

⁶²⁵ VELASCO NÚÑEZ nos recuerda que existe una desregulación de las medidas cautelares en las normas procesales penales. VELASCO NÚÑEZ, E., “Medidas cautelares sobre la persona jurídica delincuente”, *Diario La Ley*, núm. 8169, 2013, La Ley, pág. 2.

⁶²⁶ La LEC es la normativa supletoria en lo que no establezca el proceso penal, y así lo regula en su artículo 4 estableciendo el carácter supletorio de las normas del procedimiento civil que será de aplicación en defecto disposiciones en las leyes que regulan, entre otros, los procesos penales (artículo 4 LEC). Además, la aplicación de las normas establecidas en la LEC es frecuente en el ámbito penal debido a la remisión que, en numerosos apartados, realiza la LECRim a las regulaciones del procedimiento civil.

⁶²⁷ Los embargos y las fianzas están regulados en los artículos 589 y siguientes LECRim. Además de la remisión que hemos señalado al artículo 614 LECRim, la regulación presenta incoherencias que han sido criticadas de la doctrina, entre ellas, VELASCO NÚÑEZ subraya que la normativa procesal penal “parte de la preexistencia de una deuda cierta, inexistente en su determinación cuando se inician la mayoría de las investigaciones penales”. VELASCO NÚÑEZ, E., “Medidas cautelares...”, *op.cit.*, pág. 2.

remite, en su apartado segundo, a la aplicación de las normas sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria de las medidas cautelares establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Debemos destacar que en aplicación de la regulación de las normas procesales civiles sobre las medidas cautelares, no existe un catálogo cerrado de las mismas⁶²⁸. En el ámbito civil no existe una medida patrimonial idónea o establecida, por ello, teniendo en cuenta que la finalidad es la de asegurar la efectividad o la ejecución de la sentencia, se puede adoptar cualquier medida que sea adecuada para lograr el cumplimiento de la futura resolución judicial.

La idoneidad de la cautela⁶²⁹ es una de las cuestiones más importantes de este proceso, y una de las más complicadas⁶³⁰, puesto que no es nada fácil acertar en la adopción de una medida concreta cautelar, en cuanto supone de adelantar el fallo de la posible sentencia, ni tampoco determinar exactamente una medida que no llegue a causar un daño al sujeto pasivo y que garantice el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

Por ello, la normativa procesal civil no establece un catálogo cerrado de medidas cautelares y, conforme a la regulación del artículo 726 LEC, se podrá acordar cualquier tipo o clase de medidas cautelar patrimonial que afecte a los bienes y derechos, en este caso, del encausado, siempre que cumpla con las siguientes dos condiciones:

- 1.^a Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia condenatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso penal.

⁶²⁸ La LEC en su artículo 727 dice literalmente: “conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares”. Es decir, el catálogo del artículo 727 LEC tiene carácter de *numerus apertus* y su regulación establece que son medidas cautelares que se pueden acordar “entre otras”.

⁶²⁹ Como señala BARONA VILAR se exige “un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes”. BARONA VILLA, S., *Medidas cautelares...*, *op.cit.*, pág. 115.

⁶³⁰ RAMOS ROMEU aborda la cuestión en su magnífica obra. RAMOS ROMEU, F., *Las Medidas Cautelares Civiles (un análisis jurídico-económico)*, Atelier, 2006, págs. 469-496.

2.^a No ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el encausado.

A renglón seguido la LEC (art. 727) establece una serie o catálogo de medidas que denomina “típicas”, que son las que más se aplican en los procedimientos judiciales⁶³¹. Por tanto, vamos a proceder a enumerar las medidas cautelares que la norma procesal civil ha previsto y que, como acabamos de mencionar, son de aplicación también en el ámbito procesal penal. El catálogo, bajo estas condiciones, de la normativa procesal civil incluye a las siguientes medidas cautelares:

a) El embargo preventivo de bienes (art. 727.1º LEC)

Es la primera de las medidas previstas para evitar la insolvencia del futuro demandado, y su finalidad es asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles. Sin embargo, también se adoptará si resulta una medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado.

b) La intervención o la administración judicial (art. 727.2º LEC).

Es una de las medidas que pretende mantener o mejorar la productividad de los bienes productivos para afrontar una posible sentencia de condena.

c) El depósito de cosa mueble (art. 727.3º LEC).

Medida cautelar muy efectiva cuando la demanda pretenda la condena a entregarla y se encuentre en posesión del demandado, puesto que garantiza que la sentencia se va a poder cumplir evitando su posible transmisión a un tercero o incluso la desaparición de la cosa mueble.

d) La formación de inventarios de bienes (art. 727.4º LEC).

⁶³¹ RAMOS ROMEU, F., *Las Medidas Cautelares Civiles...*, *op.cit.*, págs. 204-224.

En ocasiones el listado de los bienes y derechos que conforman el activo que tiene el posible demandado, así como el conocimiento de las obligaciones que tiene, va a ser una información muy valiosa para evitar que la desaparición o alteración de este patrimonio para evitar las consecuencias de la posible sentencia condenatoria.

e) La anotación preventiva de demanda (art. 727.5º LEC).

En concreto esta medida cautelar se podrá adoptar cuando la anotación se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos, la inscripción judicial impediría la disposición de estos bienes o derechos.

f) Otras anotaciones registrales (art. 727.6º LEC).

Se trata de una medida cautelar que a diferencia de la anterior no consiste en anotar la demanda, en este caso lo que se anotan son otro tipo de actos que en base a la publicidad registral limitaran y afianzaran los bienes y derechos del demandado.

g) La cesación, la abstención y la prohibición (art. 727.7º LEC).

Las medidas cautelares de cesación provisional de una actividad; la abstención temporal de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación, tienen como objeto afrontar, sobre todo, las obligaciones de hacer o no hacer y su aplicación puede adaptarse a múltiples situaciones jurídicas.

h) La intervención y depósito de ingresos y remuneraciones de la propiedad intelectual (art. 727.8º LEC).

La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita, así como la consignación o depósito de las cantidades reclamados en concepto de remuneración de la propiedad intelectual son medidas cautelares específicas para las reclamaciones en torno a la propiedad intelectual.

i) El depósito temporal de ejemplares de las obras, objetos y material (art. 727.9º LEC).

El diseño de la medida obedece también a las reclamaciones de propiedad intelectual o industrial, y pretenden, además de evitar la comisión de ilícitos en torno a estos derechos, el aseguramiento para una futura condena del demandado.

j) La suspensión de acuerdos sociales (art. 727.10º LEC).

Se trata de una medida del ámbito societario, y exige, además de la impugnación de los acuerdos sociales, una legitimación especial en forma de determinado porcentaje de la propiedad sobre el capital social, para que el órgano jurisdiccional pueda plantearse la adopción de la medida cautelar.

k) Otras medidas (art. 727.11º LEC).

Por último, la LEC contempla la posibilidad de adoptar otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio. A título de ejemplo podemos citar la suspensión de la obra nueva, el cese inmediato de las intromisiones en los derechos fundamentales, la retención o bloqueo de las cuentas bancarias, las medidas cautelares en el ámbito de las patentes previstas en la Ley 11/1986, las previstas en materia de diseño industrial en la Ley 20/2003, en materia de propiedad intelectual en el Real Decreto Legislativo 1/1996, en materia de servicios de la sociedad de información y comercio electrónico en la Ley 34/2002...

Para finalizar, queremos subrayar que la atomización de la regulación viene provocada, básicamente, por el hecho de que la LECRim no prevé un sistema integral de medidas cautelares aplicables, y parte de la regulación se establece fuera del Código procesal, ya sea en el procedimiento civil ya sea en el Código sustantivo, es decir, en el Código Penal. La ausencia de una regulación sistemática e integral en la LECRim viene agravada por las reformas continuas de esta norma en distintos periodos históricos y con distinta intencionalidad política que han supuesto que el texto procesal resulte en numerosos aspectos incoherente y que adolezca de defectos regulatorios evidentes. El simple hecho de hacer descansar las normas básicas en el procedimiento sumario que es el menos

utilizado nos da una idea de los enormes problemas que produce esta situación. Por ello, la necesidad de un nuevo Código Procesal Penal es una necesidad ampliamente reclamada por numerosos operadores jurídicos.

5. La persona jurídica como tercero responsable civil del delito.

En el proceso penal puede suceder que la persona jurídica encausada y, posteriormente, condenada, no sea la única responsable de afrontar las consecuencias económicas del delito. Existen terceros que por su especial relación tienen que asumir según el ordenamiento jurídico penal la carga de la responsabilidad civil. A pesar de la normativa relativa a la responsabilidad penal de las entidades, sucede que en ocasiones sin exigírsele una sanción penal, se les viene exigiendo la responsabilidad civil o económica.

En todo caso, el Código Penal prevé en sus artículos 117 a 121 los supuestos en los que se puede imputar, en determinadas condiciones, la responsabilidad civil directa o subsidiaria derivada del delito a estas terceras personas, sean físicas o jurídicas.

En relación a las medidas cautelares que se pueden aplicar por esta especial responsabilidad, debemos tener en cuenta que la responsabilidad civil de un tercero en el proceso penal también puede ser asegurada y, por lo tanto, también se pueden imponer las medidas cautelares patrimoniales frente a estos terceros.

La regulación de LECRim también prevé la fianza y, subsidiariamente, el embargo para el tercero que deba asumir la responsabilidad civil, los artículos 615 a 621 LECRim, el primero de ellos dispone que:

“Cuando en la instrucción del sumario aparezca indicada la existencia de la responsabilidad civil de un tercero con arreglo a los artículos respectivos del Código Penal, o por haber participado alguno por título lucrativo de los efectos del delito, el Juez, a instancia del actor civil, exigirá fianza a la persona contra quien resulte la responsabilidad. Si no se prestase, el

Secretario judicial embargará con arreglo a lo dispuesto en el Título IX de este libro los bienes que sean necesarios”.

En esta especial responsabilidad patrimonial es el actor civil⁶³² quien debe solicitar al juez que se imponga fianza y, subsidiariamente, el embargo para el encausado.

6. Las medidas cautelares y los medios de comunicación social.

Entre la experiencia procesal acumulada por las consecuencias accesorias de 1995 existe la referente a la aplicación de las medidas cautelares sobre los medios de comunicación. La cuestión que se nos plantea es la relativa a la posibilidad de que las medidas cautelares previstas en los artículos 33.7 *in fine* y 129.3 del Código Penal se apliquen las entidades que editan, publican y distribuyen a un medio de comunicación social.

En principio, la regulación legal contempla la posibilidad de imponer las medidas cautelares en fase de instrucción y la previsión legal permite acordar una medida cautelar de clausura temporal de locales o establecimientos, o de suspensión de las actividades sociales sin limitación, salvo la valoración del principio de proporcionalidad que obligatoriamente debe realizar el instructor.

No obstante, la experiencia acumulada sobre las antiguas consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal nos permite observar, con preocupación, situaciones en las que se adoptaron medidas cautelares sobre determinados medios de comunicación social.

De todas las experiencias acumuladas sobre esta cuestión debemos subrayar el caso del periódico «Euskaldunon Egunkaria»⁶³³. El medio de comunicación fue clausurado y sus actividades suspendidas por auto de 19 de febrero de 2003 del Juzgado Central de

⁶³² En relación a las responsabilidades civiles debemos tener en cuenta que puede ser objeto de reserva, para reclamarlo en un procedimiento distinto al penal, o renunciar.

⁶³³ ECHARRI CASI pone el supuesto como ejemplo de las consecuencias que provoca la adopción de medidas cautelares tan intensas sobre la entidad jurídica. En el caso del cierre cautelar del único medio de comunicación en euskera provocó la desaparición del medio en cuestión del tráfico jurídico. Además de la extinción de todos los contratos laborales, un perjuicio económico grave a los acreedores de la entidad jurídica y la privación de un amplio sector de la población de poder informarse en euskera de, consecuencias todas ellas irreversibles, ECHARRI CASI, F.J., “Las personas jurídicas...”, *op.cit.*, págs.14-16.

Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional. La actividad real de la sociedad fue cesada y nunca pudo ser repuesta a pesar de la sentencia penal absolutoria.

La Sala de lo Penal, sección primera, de la Audiencia Nacional dictó sentencia número 27/2010, de 10 de abril, sobre el asunto. Y, en lo que a nosotros interesa, además de absolver a todas la personas físicas encausadas en el proceso penal, analiza con profundidad (FJ 2) la cuestión de la aplicación de las medidas cautelares sobre un medio de comunicación social.

La Sala señala que “el cierre temporal de un medio de comunicación impreso de periodicidad diaria como medida cautelar es de difícil encaje en nuestro ordenamiento jurídico”. Y, concluye con el argumento de que “la suspensión provisional no tiene cobertura constitucional directa, pues en la Constitución solo se regula el secuestro como injerencia de los poderes públicos en la actividad de publicaciones y otros medios de información, medida que exige una resolución judicial motivada, protegiendo así los derechos relacionados con la libertad de expresión e información (art. 20.5 y 20.2 CE) y prohíbe todo tipo de censura previa”. Para los Magistrados “la Constitución legitima al legislador orgánico para suspender los derechos a la libertad de información y de expresión en los supuestos de estado de excepción o de sitio, como recoge su artículo 55.1 y la ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, que desarrolla dicho artículo, autoriza en sus artículos 21 y 32.2 a “suspender todo tipo de publicaciones”.

En ningún caso se puede resucitar el art. 21 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, que estipulaba:

Artículo vigésimo primero. Clausura de medios de difusión.

1. Admitida la querrela presentada por el Ministerio Fiscal por delitos comprendidos en esta Ley cometidos por medio de la imprenta, radiodifusión o cualquier otro medio que facilite su publicidad, el Juez, de oficio o a petición de dicho Ministerio, ordenará el cierre provisional del medio de difusión y, si lo creyese conveniente, la ocupación material de los instrumentos del delito, siempre que por la gravedad de los hechos o por la habitualidad estime procedente la adopción de esta medida excepcional de aseguramiento. A los solos efectos de este artículo y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48 del Código Penal, se entenderán, en todo caso, instrumentos del delito las instalaciones, maquinarias y enseres por los que se hubieren realizado las actividades tipificadas anteriormente referidas y aquellos que hubieren servido para preparar o confeccionar los comunicados.

2. Dentro de los tres días siguientes a la adopción de las medidas anteriores, el Juez, oído el Ministerio Fiscal, y a la vista de las alegaciones de las partes, las ratificará o dejará sin efecto en todo o en parte por medio de auto.

3. Contra este auto, al igual que contra la resolución que se menciona en el artículo anterior, podrá interponerse directamente recurso de apelación en un sólo efecto, que será resuelto por la Sala en el plazo de cinco días. En todo caso, la sentencia que ponga fin al proceso deberá levantar o imponer definitivamente el cierre del medio de difusión.

Porque esta norma fue expulsada del ordenamiento jurídico por el Tribunal Constitucional en sentencia número 199/1987, de 16 de diciembre, con una argumentación contundente: “El art. 21.1 impugnado ha establecido una restricción y una limitación del ejercicio de la libertad de expresión que resulta evidentemente desproporcionada al mero hecho de la admisión de una querrela criminal, suponiendo una restricción de esas libertades que no puede encontrarse amparada en el límite genérico establecido en el art. 20.4 de la Constitución. En efecto, no permite una adecuada ponderación de los bienes constitucionales en juego, mantenimiento de la seguridad pública y libertades de expresión e información, pues una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades, las cuales además tienen efectos que trascienden al presunto imputado, y afectan a personas sin conexión alguna con el hecho presuntamente delictivo, existiendo medios adecuados en el ordenamiento para asegurar medidas cautelares que no supongan esa limitación de las libertades de expresión e información. La previsión legal contenida en el art. 21.1 es, también desde esta perspectiva, contraria al art. 20 de la Constitución.

Finalmente, no resulta ocioso indicar los efectos indirectos negativos de «autocensura» en el ejercicio de la libertad de expresión y de información que podían resultar de la amenaza potencial del cierre o clausura temporal del medio de información por el mero hecho de la admisión de una querrela criminal por cualquier tipo de delito relacionado con la actividad terrorista o de bandas armadas, que cualquier persona pueda cometer a través de ese medio. La disposición legal puede operar así como una coerción indirecta sobre el ejercicio de las libertades de expresión y de información del art. 20 de la Constitución, que resultarían incompatibles con éstas, y con un Estado democrático de Derecho”.

Por ello, en nuestra opinión, es imposible adoptar una medida cautelar sobre un medio de comunicación en base a las disposiciones del art. 33.7 *in fine* o el art. 129.3 del Código Penal. En todo caso, deben existir alternativas a la clausura de medios de comunicación

que permitan preservar el derecho fundamental a la libertad de información y de opinión consagrado en el artículo 20 de la Constitución⁶³⁴.

Es por ello, que la imposición de manera cautelar de las mismas sanciones penales que el delito conlleva, aunque limitadas temporal y objetivamente, pueden suponer una anticipación del cumplimiento de la condena, con la consiguiente lesión del derecho fundamental a la presunción de inocencia antes aludido (art. 24.2 CE).

7. Las medidas cautelares y los programas de cumplimiento

La reforma del Código Penal que se ha articulado a través de la LO 1/2015 ha supuesto una modificación sustancial en la responsabilidad de las personas jurídicas y la irrupción definitiva de los programas de control o programas «*compliance*».

El impacto de estos programas de prevención en este sistema de responsabilidad especial de las entidades, puede llegar a eximirlas de su responsabilidad penal. En las normas reguladoras de los programas se viene exigiendo un contenido concreto de los programas y la doctrina del Tribunal Supremo en su sentencia núm. 154/2016, de 29 de febrero, ha avalado la potencia de los programas para eximir a las entidades de responsabilidades penales.

Además, se establece que se debe exigir a la acusación la carga de la prueba de la inexistencia de los programas de cumplimiento y su ejecución en el seno de la organización de la persona jurídica⁶³⁵.

⁶³⁴ Como señala ECHARRI CASI, en referencia al caso «Euskaldunon Egunkaria» “los fines de prevención de la reiteración delictiva perseguidos con esta medida, podían haberse conseguido usando otras posibilidades alternativas de intervención cautelar que no implicaran la interrupción de la actividad informativa, de la elaboración, impresión y distribución del diario. Sobre todo cuando, según la prueba practicada, el análisis de la línea informativa permitía descartar que el periódico fuera instrumento para la comisión de delitos o soporte de actividad criminal alguna”. ECHARRI CASI, F.J., “Las personas jurídicas...”, *op.cit.*, págs. 14-16.

⁶³⁵ El Tribunal Supremo, sentencia 154/2016, de 29 de febrero, llega a utilizar conceptos indeterminados como cultura de cumplimiento.

Por ello, debemos plantearnos la influencia de estos programas en la fase cautelar desde la premisa de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas depende de la existencia y de la implantación de los mecanismos de control para que no puedan cometerse delitos. En el proceso cautelar también serán determinantes los sistemas de control establecidos por las entidades y la acusación debe acreditar su inexistencia o su incorrección para superar el juicio de idoneidad del juez instructor para la adopción de las medidas cautelares.

A raíz de la doctrina jurisprudencial, el juez instructor debe considerar y realizar un diagnóstico sobre la existencia, contenido, implantación y seguimiento de los programas de cumplimiento de la organización de la persona jurídica.

Si bien la persona jurídica encausada puede argumentar y acreditar todas las circunstancias relativas a estos programas, no debemos olvidar que corresponde a la acusación⁶³⁶ que solicita la medida cautelar presentar los elementos que descarten absolutamente la existencia de estos programas de cumplimiento. Por ello, estamos ante un elemento clave en la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo que es imposible que se adopten medidas cautelares sin valorar en profundidad este elemento.

En caso de acreditarse la existencia correcta de estos programas de cumplimiento no procedería adoptar ninguna medida cautelar sobre la persona jurídica. Solamente en el caso contrario, que los programas de cumplimiento no existieran o fueran absolutamente inadecuados, tendría el juez instructor la posibilidad de considerar idónea, proporcionada y necesaria la adopción de la medida cautelar.

⁶³⁶ Aunque se trate de una decisión controvertida adoptada por el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 154/2016, de 29 de febrero.

CAPÍTULO XVI.

El procedimiento para la adopción de las medidas cautelares contra las personas jurídicas.

1. Introducción.

El procedimiento previsto en la LECRim para el proceso cautelar es inadecuado para tan importante trámite y exige, una vez más, una labor de integrar y complementar sus disposiciones. Los elementos esenciales del procedimiento de adopción de las medidas cautelares se articulan a través de tres preceptos, el primero de ellos, el artículo 544 quáter LECRim que, en su apartado segundo, establece que:

“La medida se acordará previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas. El auto que decida sobre la medida cautelar será recurrible en apelación, cuya tramitación tendrá carácter preferente”.

A su vez, el artículo 33.7 *in fine* CP dispone que:

“La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa”.

Y, por último, en una previsión normativa idéntica del artículo 129.3 CP, en relación a las consecuencias accesorias, establece que:

“La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7”.

Se trata de una regulación escasa y muy corta para tan fundamental cuestión, por ello, la doctrina ha criticado la deficiente regulación de las medidas cautelares. PORTAL MANRUBIA critica que: “el legislador, con la actual regulación, tampoco completa el marco de la tutela cautelar debido a que no expone el contenido de los presupuestos

legales para su adopción, ni su compensación en el supuesto en que la medida cautelar y la pena final sean heterogéneas, art. 58.4 CP”. La misma crítica que realiza el profesor BURGOS LADRÓN DE GUEVARA para el que también hace falta una regulación específica para imponer las medidas cautelares a las personas jurídicas.⁶³⁷

En todo caso, la adopción de medidas cautelares contra las personas jurídicas, en el marco de su responsabilidad penal, requiere, necesariamente, una serie de presupuestos y requisitos que vamos a analizar en los siguientes apartados.

2. La existencia del delito.

Para el inicio de un proceso penal es un requisito esencial que estemos un supuesto de hecho donde se haya cometido un delito o la existencia de indicios que se haya cometido un delito. Sin delito no existe proceso penal y, por tanto, tampoco ningún tipo de responsabilidad penal.

Además, para activar la responsabilidad penal de las personas jurídicas es fundamental que el delito tenga una cualidad específica, debe pertenecer obligatoriamente al catálogo de delitos que tiene como efecto activar la responsabilidad penal de las entidades, porque solamente en este caso se podrá incoar un procedimiento penal frente a la persona jurídica por la comisión de un delito.

⁶³⁷ LÓPEZ JIMÉNEZ, R., “La adopción de las medidas cautelares en los procesos de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Reflexiones sobre el proceso penal, jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal, 25 y 26 de abril de 2013*, AAVV. MORENO CARENA, V., (dir.), Tirant lo Blanch, 2015, pág. 275-276.; PORTAL MANRUBIA, J. “El enjuiciamiento penal de la persona jurídica”, *Diario la Ley*, nº 7769, 2012, La Ley, pág. 11.; Para BURGOS LADRÓN DE GUEVARA: “Nos encontramos ante la previsión de auténticas medidas cautelares reales en el proceso penal español, aunque sin una regulación específica”, que manifiesta su extrañeza por la habilitación legal para imponer medidas de cautelares reales distintas a las que “de las que entonces estaban legalmente previstas —fianza, embargo y responsabilidad civil de terceras personas—”. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos procesales”, *Diario La Ley*, núm. 7625, 2011, La Ley, pág. 1 y ss.

3. El órgano competente para acordar la medida cautelar frente a la persona jurídica.

El órgano jurisdiccional competente, para acordar las medidas cautelares contra las entidades, es el juzgado de instrucción porque así lo establece literalmente la regulación normativa “podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa” (arts. 33.7 *in fine* y 129.3 CP).

En la regulación, incluso, se establece la fase del proceso en la que es posible acordar las medidas cautelares, la expresión “durante la instrucción” no deja espacio a ninguna otra interpretación: las medidas cautelares contra la persona jurídica solamente podrán ser acordadas durante la fase de instrucción del proceso penal.

La cuestión que se plantea es si, consecuentemente, se excluye la posibilidad de acordar medidas cautelares en otras fases del proceso penal, por ejemplo en el juicio oral o en la impugnación de la sentencia. En este aspecto, coincidimos con el planteamiento de GIMENO BEVIÁ sobre la necesidad de una regulación más adecuada como la italiana donde “la competencia la ostentan todos y cada uno de los Jueces que están conociendo del asunto (*“il giudice che procede”*), por lo que pueden ser adoptados también con posterioridad a la instrucción”⁶³⁸.

4. La categorización de la persona jurídica.

Antes de la adopción de las medidas cautelares, el juzgado de instrucción debe resolver y establecer la clasificación de la persona jurídica frente a la que se instruye la causa penal, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo que ha establecido tres categorías jurídicas, por lo que tendrá que situar a la persona jurídica contra la que se instruye el proceso criminal en una de estas tres categorías:

⁶³⁸ GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal...*, *op.cit.*, pág. 358.

- a) A pesar de la posible comisión de un ilícito penal, considerar que la persona jurídica opera con normalidad en el mercado.
- b) Considerar que la persona jurídica desarrolla una actividad en el mercado, sin embargo, su actividad legal es menos relevante que su actividad ilegal.
- c) Aquellas sociedades puramente instrumentales o de “pantalla”, sin ninguna clase de actividad legal o meramente residual y aparente, creada, exclusivamente, para la comisión de hechos delictivos.

El juez instructor debe decidir motivadamente y mediante resolución expresa la categoría jurídica a la que pertenece la persona jurídica, sobre todo, si considera a la persona jurídica instrumental, por considerarla un simple instrumento del delito, debiendo comunicar a los representantes legales de la persona jurídica esta resolución.

5. La solicitud de las medidas cautelares.

El artículo 544 quáter LECRim en su regulación incorpora la expresión “previa petición de parte” por lo que se exige que antes de que el juez instructor acuerde cualquier medida cautelar sea solicitada por alguna acusación personada en el proceso penal.

5.1. El principio acusatorio y las medidas cautelares.

En el proceso penal, además de la acusación pública o Ministerio Fiscal, pueden participar en calidad de sujetos activos la acusación popular ejerciendo la acción popular y a la acusación particular en defensa del interés de la víctima o perjudicado⁶³⁹. Cualquiera de las acusaciones tiene el derecho de solicitar la adopción de las medidas cautelares frente a

⁶³⁹ Obviamos la figura del acusador privado al no existir en el catálogo de delitos que puede cometer la persona jurídica ningún delito de los que puedan ser perseguidos solo mediante querrela del ofendido.

la persona jurídica en la fase de instrucción⁶⁴⁰ y, sin esta solicitud, el juez instructor no va a poder adoptar las medidas cautelares.

También la Audiencia Provincial de Barcelona, en un auto de 16 de septiembre de 2004, se pronuncia en ese sentido “la adopción de una medida cautelar de la naturaleza de la aquí combatida, aun cuando nada se establezca al respecto en la ley procesal, parece razonable que sea adoptada a petición rogada de alguna de las partes personadas como acusación procesal, pues sólo a ellas va a corresponder instar en su día la imposición de una consecuencia accesoria a la pena que lleve aparejados efectos análogos a los inherentes a la medida adoptada cautelarmente”.

Es la consecuencia de que en el proceso penal de nuestro ordenamiento jurídico rijan el principio acusatorio que impide también la adopción de oficio de las medidas cautelares. Aunque se discuta este extremo en relación a la adopción de medidas cautelares patrimoniales o reales, ya hemos adelantado que se pueden adoptar de oficio, a pesar de las dudas que suscita.

La regulación del artículo 589 LECRim establece que, si del procedimiento penal resultan indicios de criminalidad contra una persona, el juez “mandará” que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias “decretándose” a su vez, en el mismo auto judicial, el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare la fianza.

Por ello, esta normativa procesal penal se ha venido entendiendo como una autorización al juez para actuar de oficio en estas dos medidas cautelares concretas⁶⁴¹. Sin embargo, se ha venido defendiendo que la interpretación del mandato del artículo 589 LECRim debe

⁶⁴⁰ GIMENO BEVIÁ nos recuerda que los trabajadores y los acreedores no están autorizados para solicitar las medidas cautelares. El único mecanismo contemplado para canalizar los intereses de los trabajadores o de los acreedores será el de personarse en el procedimiento penal que se sigue frente a la persona jurídica como acusación, en este caso, particular por reunir la cualidad de perjudicados. GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal...*, *op.cit.*, pág. 358.

⁶⁴¹ La fianza y el embargo son las únicas medidas cautelares reales que cuentan con cierta regulación en las normas procesales penales, pero en todo caso se complementan con la regulación procesal civil.

entenderse referida a la adopción de las medidas cautelares patrimoniales cuando sean necesarias por haberlo solicitado alguna de las acusaciones⁶⁴².

A pesar de la expresión imperativa del artículo 589 LECRim que parece autorizar al juez para acordar de oficio la medida cautelar de fianza y, subsidiariamente, el embargo, puede defenderse una interpretación por la que se debe exigir una acusación o petición concreta⁶⁴³.

Reparando en la legislación procesal civil, de aplicación junto con los principios del Derecho Penal, en relación a las medidas cautelares de fianza y de embargo constatamos que se ha venido exigiendo, sobre la base de la regulación del artículo 721 LEC, dos exigencias:

- Que las medidas cautelares no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio por el tribunal, sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales.
- Que no se podrán acordar medidas más gravosas que las solicitadas.

En nuestra opinión ambas cuestiones tienen traslado al procedimiento penal contra las personas jurídicas y, en concreto, al marco de las medidas cautelares, excluidas la fianza y el embargo. Por lo que, también estas deben ser adoptadas tras la pertinente solicitud previa y la respectiva audiencia contradictoria, quedando, en todo caso, el juez instructor condicionado a no poder acordar medidas más gravosas que las solicitadas por la acusación. En nuestra opinión, la opción más garantista redundaría en un mejor ejercicio del

⁶⁴² Según MAGARIÑOS YÁÑEZ nunca debe interpretarse de “manera indiscriminada y mecánica”. MAGARIÑOS YÁÑEZ, J.A., “¿Es posible el aseguramiento cautelar de la pena de multa? La posición de las Audiencias Provinciales”, *Diario La Ley*, núm. 8662, 2015, Wolters Kluwer, pág. 4.

⁶⁴³ La adopción de las medidas cautelares patrimoniales tras el auto de apertura de juicio oral del procedimiento abreviado no presenta ningún debate puesto que en ese caso existe una acusación previa, ajena al juez instructor. Como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 62/98, de 17 de marzo, FJ 5, “en el procedimiento abreviado al Juez Instructor le es necesaria para proceder a la apertura del juicio oral la existencia de una acusación previa, ajena a él mismo, de modo que, al no efectuarse una imputación judicial sino al limitarse el Juez a dar traslado de una acusación plausible de parte, no se requiere mayor motivación que el recordatorio de las previsiones legales oportunas”. Otra cuestión distinta es la adopción de las medidas cautelares patrimoniales en fase de instrucción, en donde se podría defender que en base al art. 721 LEC es necesario una solicitud de una de las partes acusadoras, si bien es cierto que en la práctica forense la adopción de estas medidas viene siendo acordada de oficio.

derecho a la defensa y, por ello, incrementa las garantías procesales y derechos de la persona jurídica encausada.

Por ello, y en todo caso, las únicas medidas cautelares que permiten su adopción de oficio son la fianza y el embargo, las únicas que se encuentran reguladas en la normativa procesal penal. En el resto de medidas patrimoniales en aplicación de la LEC rigen los criterios procesales civiles que exigen la instancia de parte.

Por último, y en referencia expresa a las medidas cautelares personales, debe existir también una correlación entre la petición que realiza la acusación para la adopción de una medida cautelar y el auto que estime o desestime las mismas. En un doble sentido, por una parte, para aplicar la congruencia en relación a la solicitud y, por otra, para limitar la posibilidad de imposición de las medidas cautelares exclusivamente a las solicitadas.

5.2. *El derecho a la defensa y el principio de congruencia.*

El derecho a la defensa de la persona jurídica encausada exige tener la oportunidad de plantear una estrategia correcta ante la petición de las medidas cautelares y, para ello, debe conocer la solicitud concreta que se le realiza por la acusación. Sólo así podrá articular las alegaciones o elementos que para su mejor Derecho desee plantear, contradiciendo la acusación que se le plantea.⁶⁴⁴

⁶⁴⁴ Valga como ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 232/2012, de 25 de junio, que recoge en sus fundamentos de derecho la concepción del principio acusatorio en nuestro ordenamiento, recordando que el Tribunal Constitucional ha declarado que el principio acusatorio exige que “nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria (STC 11/1992), pues el derecho a ser informado de la acusación es indispensable para poder ejercer el derecho de defensa en el proceso penal (STC 141/1986) y su vulneración puede entrañar un resultado material de indefensión prohibido por el art. 24.1 de la Constitución Española (SSTC 9/1982 y 11/1992)”. Junto con el derecho que tiene el acusado de ser informado y conocer de la acusación que se plantea para poder ejercer su derecho a la defensa, debiendo el juez o tribunal pronunciarse en su resolución “sobre los términos del debate, tal y como han sido formulados en las pretensiones de la acusación y la defensa, lo cual significa, entre otras cosas, que ha de existir siempre una correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia” (STC 19/2000, de 31 de enero).

El debate que se plantea en relación a la congruencia exige que una vez formulada la petición de adopción de medidas cautelares, el juez instructor puede acordar cualquier tipo de medida cautelar o se tiene que ceñir exclusivamente a estimar o desestimar las solicitadas por la acusación. Entendemos que, si el debate jurídico se centra en una solicitud concreta, la resolución final debe ser coherente con el debate contradictorio que se plantea y se debe ceñir a decidir sobre los extremos concretos que se plantean al juzgador. El derecho a la defensa y el principio de congruencia exigen la discusión y la decisión sobre una solicitud concreta y, además, el principio acusatorio no deja margen de maniobra para el juez.

Esta posición se refuerza por las propias las características de las medidas cautelares personales, cada una de ellas especialísima y con efectos contundentes, por lo que, el ejercicio del derecho a la defensa obliga a que las acusaciones formulen detalladamente las medidas cautelares concretas⁶⁴⁵ que estiman se deben imponer a la persona jurídica en el proceso penal. Además, de los motivos concretos que estimen que justifique su adopción, para garantizar plenamente el derecho a la defensa de la persona jurídica. El juez instructor una vez conocidas las específicas medidas cautelares que se solicitan, y tras la celebración de la oportuna audiencia, resolverá estimando o desestimando su adopción.

Otra cuestión absolutamente distinta es la relativa a la graduación de la medida cautelar solicitada por la acusación. Sobre esta cuestión, entendemos que, si las acusaciones no han procedido a la graduación de la medida cautelar, corresponde al juez instructor decidir el grado de intensidad de la medida cautelar en base a un análisis de las circunstancias que se plantean en la causa penal.

⁶⁴⁵ Si bien es cierto que el Tribunal Supremo ha establecido que el principio acusatorio no puede suponer que no se apliquen las penas previstas en los tipos delictivos de nuestro ordenamiento jurídico, en su acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 27 de noviembre de 2007, que indica que "el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena", no creemos que tenga aplicación en el marco de las medidas cautelares en las que su solicitud, identificándolas, no plantea ninguna dificultad técnica.

Vamos a contrastar nuestra posición con el auto de 15 de noviembre de 2012 del Juzgado Central de Instrucción número 6 de la Audiencia Nacional⁶⁴⁶, que ya percibe el impacto de la incorporación de la responsabilidad penal a través de la LO 5/10, por lo que “hay actividades que deben imputarse exclusivamente a las concretas personas físicas que las han realizado (con o sin la cobertura de la intervención de una empresa concreta) ya que no tienen exculpación en la reforma sobre actividades previas y posteriores a la entrada en vigor de la LO 5/10 que les compete igualmente y otras, que deben imputarse a las empresas por la acción de sus representantes legales, exclusivamente por los hechos acaecidos tras el 24 de diciembre de 2010”, fecha de entrada en vigor de la LO 5/2010.

En el auto se estipula que conforme a la configuración jurídica de las medidas cautelares estas deben ser rogadas. La cuestión se suscita porque la acusación pública no solicitó ninguna medida cautelar sobre algunas personas jurídicas encausadas y, consecuentemente, al juez instructor le es imposible acordar ninguna medida sobre ellas. Así se recoge en el auto en cuestión:

“Como resumen de las diversas comparecencias practicadas en el curso de la toma de declaración como imputadas de diversas Personas Jurídicas, el Ministerio Fiscal finalmente:

- No solicitó medidas cautelares contra las mercantiles (...), por lo que, consecuentemente con la configuración de las mismas como medidas cautelares rogadas, esto es, a instancia de parte, no pueden acordarse, ya que el art. 544 LECRim literalmente exige que «la medida cautelar se acordará previa petición de parte»”.

5.3. *Los programas de cumplimiento.*

Además, las acusaciones deben incluir en su solicitud su posición sobre los programas de cumplimiento que la persona jurídica ha podido adoptar en su organización, un análisis sobre su contenido, ejecución y seguimiento, puesto que corresponde a la acusación, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo establecida en la sentencia núm. 154/2016, la acreditación de su inexistencia en el seno de la persona jurídica.

⁶⁴⁶ Se trata de un supuesto de delincuencia organizada relacionada con el narcotráfico, en la que las personas físicas controlan innumerables personas jurídicas, que sirven de instrumentos para la introducción en el mercado de drogas y dar un curso legal a los bienes obtenidos con producto de su actividad ilícita.

Los programas de cumplimiento o prevención constituyen un elemento nuclear en la decisión final sobre la declaración de la responsabilidad penal de la persona jurídica encausada. Por lo tanto, este aspecto debe ser especialmente y correctamente tratado en la solicitud que la acusación formula. La solicitud de adopción de las medidas cautelares frente a la persona jurídica sin una exposición razonada sobre los programas de cumplimiento, sobre su existencia o inexistencia, en su caso sobre su grado de ejecución y su contenido dentro de la organización de la entidad, no puede ser acogida.

Los escenarios que se pueden plantear en la audiencia sobre adopción de las medidas cautelares sobre las entidades con respeto a los programas de cumplimiento, son los siguientes:

- a) No existe ningún programa de cumplimiento ni nada que se le asemeje en la organización de la entidad, ni tan siquiera algún tipo de dato o indicio objetivo de lo que pudiéramos llamar una cultura de valores dentro de su seno que sirva de barrera para la comisión delictiva.

El primero de los escenarios, a nuestro entender, junto con los demás requisitos legales necesarios, permite la adopción de cualquier tipo de medida cautelar sobre la persona jurídica siempre que sea idónea, necesaria y proporcionada al supuesto concreto.

- b) Existe algún tipo de programa de cumplimiento, si bien su contenido, su ejecución o control de seguimiento adolece de graves defectos. La conclusión a la que podemos llegar es que el programa de cumplimiento, por adolecer de los aspectos esenciales, no se ha materializado en el seno de la persona jurídica.

El segundo de los supuestos, en nuestra opinión, debe llevar al juez de instrucción a una adecuada ponderación de la situación y a actuar con absoluta prudencia. Se pronostica un debate contradictorio sobre la aplicación de la exigencia sobre la responsabilidad penal basada en los programas de cumplimiento, por lo que las medidas cautelares deben tener la menor intensidad posible.

- c) En el marco de la organización de la entidad existe algún tipo de programa de prevención del delito, si bien, en algunos aspectos, presenta serias o incluso graves deficiencias, sin embargo, la conclusión es que existe un sistema de control real pero defectuoso.

El juez de instrucción no debería adoptar ningún tipo de medida cautelar de las denominadas personales: la clausura de local o establecimiento, suspensión de actividades y la intervención judicial frente a la persona jurídica hasta completar totalmente la fase de instrucción.

- d) En el seno de la entidad existe un programa de prevención con todos los elementos señalados en la regulación legal del artículo 31.5 bis CP.

El juez de instrucción no debería adoptar ningún tipo de medida cautelar frente a la persona jurídica en su calidad de imputada en el proceso penal, a salvo de que la entidad pueda ser responsable civil, con sus consecuencias patrimoniales.

En relación a estos escenarios las opciones que se plantean para el juez instructor en su juego y valoración de probabilidades son diversas y, en todo caso, debemos recordar que los programas de cumplimiento no son el único factor determinante para acordar una o varias medidas cautelares frente a la persona jurídica.

5.4. La forma de la solicitud y su plazo.

En relación a esta solicitud de las medidas cautelares se plantea la cuestión de la forma que debe adoptar, nada dice la norma procesal sobre la cuestión. Sin embargo, la expresión “previa petición de parte” del artículo 544 quáter LECRim exige que una acusación haya realizado previamente una solicitud concreta.

Para ofrecer mayores garantías la misma debería ser por escrito presentado ante el juzgado de instrucción, no obstante, en la práctica judicial la experiencia en torno a la adopción de

medidas cautelares sobre las personas físicas prima la solicitud verbal en la propia audiencia previa. Y, así se ha venido aplicando las audiencias previas celebradas para la aplicación de las consecuencias accesorias de 1995 como medidas cautelares⁶⁴⁷.

Además la exigencia de una solicitud previa descarta absolutamente que el juez instructor pueda adoptar las medidas cautelares antes de la solicitud, procediendo posteriormente a celebrar la audiencia para estimar su acuerdo.

Debe existir una solicitud de la acusación y, sin que se haya planteado ningún plazo concreto, una audiencia para debatir sobre la cuestión. En caso de que la acusación no se presentara a la audiencia previa se le tendría por desistida de su solicitud.

Nuestra propuesta, para garantizar el derecho a la defensa de la persona jurídica, es que debe trasladarse el escrito de solicitud de las medidas cautelares efectuado por la acusación y con intervalo de plazo de tiempo suficiente⁶⁴⁸, para afrontar que la entidad pueda articular su defensa frente a las medidas cautelares solicitadas. El motivo de esta

⁶⁴⁷ Según ECHARRI CASI la audiencia previa imita la audiencia previa para imposición de la medida cautelar de prisión provisional para los individuos. ECHARRI CASI, F.J., *Las sanciones...*, *op.cit.*, págs. 279-281.

⁶⁴⁸ Lamentablemente la regulación procesal penal no estipula ningún plazo ni aclaración sobre esta cuestión, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos como el italiano, normativa referencial para nuestro legislador, que establece en el artículo 47 del Decreto Legislativo n. 231/2001, 8 giugno, que:

“1. Sull'applicazione e sulla revoca delle misure cautelari nonche' sulle modifiche delle loro modalita' esecutive, provvede il giudice che procede. Nel corso delle indagini provvede il giudice per le indagini preliminari. Si applicano altresì le disposizioni di cui all'articolo 91 del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271.

2. Se la richiesta di applicazione della misura cautelare e' presentata fuori udienza, il giudice fissa la data dell'udienza e ne fa dare avviso al pubblico ministero, all'ente e ai difensori. L'ente e i difensori sono altresì avvisati che, presso la cancelleria del giudice, possono esaminare la richiesta dal pubblico ministero e gli elementi sui quali la stessa si fonda.

3. Nell'udienza prevista dal comma 2, si osservano le forme dell'articolo 127, commi 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 10, del codice di procedura penale; i termini previsti ai commi 1 e 2 del medesimo articolo sono ridotti rispettivamente a cinque e a tre giorni. Tra il deposito della richiesta e la data dell'udienza non puo' intercorrere un termine superiore a quindici giorni”.

Es decir, es establece un plazo máximo de quince días entre la solicitud y la audiencia. Por lo que, sería importante adoptar un criterio parecido y romper con la dinámica forense relacionada con la adopción de medidas cautelares sobre las personas físicas gravísimas como la de prisión provisional sin prácticamente posibilidad material de preparación de la defensa.

propuesta surge por los efectos determinantes de las medidas cautelares sobre las entidades y por los diversos intereses que se pueden conjugar en su seno. En las personas jurídicas, nos podemos encontrar con trabajadores, acreedores, propietarios, arrendadores, los suministradores, proveedores, clientes... múltiples intereses que deben llevarnos a exigir, en nuestra opinión, que entre la solicitud y la celebración de la audiencia medie, por lo menos, un plazo de diez días.

En todo caso, existen dos salvedades en este régimen, la primera, la que se refiere a las sociedades instrumentales y, la segunda, la relativa a los actos de investigación del delito acordados por el juez instructor que pueden requerir que provisionalmente, y mientras por ejemplo dura el registro del domicilio de la persona jurídica, se suspendan sus actividades o se clausuren sus locales o establecimientos, además de otro tipo de medidas acordadas para afrontar la investigación de los indicios criminales o de tipo asegurativo por el tiempo indispensable.⁶⁴⁹

5.5. La responsabilidad por los perjuicios ocasionados por las medidas cautelares y la caución.

Por último, queremos plantear una reflexión en torno a la caución que se puede plantear frente al solicitante de la adopción de cualquier medida cautelar, como sucede en el proceso civil.⁶⁵⁰

La solicitud de medidas cautelares, sean personales o patrimoniales frente a la persona jurídica la pueden realizar cualquiera de las acusaciones personadas en el proceso penal y, en el proceso penal nos podemos encontrar con varias acusaciones. Una de las

⁶⁴⁹ Como la previstas en el artículo 588 octies sobre la conservación de datos y protección de datos o informaciones concretas incluidas en un sistema informático de almacenamiento que el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial pueden requerir a la persona jurídica hasta que se obtenga la autorización judicial correspondiente para su cesión durante 90 días, prorrogables hasta un máximo de 180 días.

⁶⁵⁰ La regulación procesal civil exige que el solicitante de una medida cautelar debe prestar una caución suficiente para “responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado” (artículo 728.3 LEC). El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida.

acusaciones actúa en representación del interés público o social; es la acusación pública o Ministerio Fiscal. Su intervención en el procedimiento queda sujeta a las normas de responsabilidad patrimonial del Estado, sin que le sea exigible ninguna garantía sobre su actuación en el proceso penal frente a las personas jurídicas.

En el proceso penal, también pueden intervenir también la acusación popular y la acusación particular de la víctima o del perjudicado. En relación a la acusación popular se le establece la obligación de prestar, conforme al art. 280 LECRim, fianza al intervenir en el proceso penal con la finalidad de prevenir las posibles responsabilidades que su acción genere, tanto en el aspecto de la responsabilidad civil (art. 274.2 LECRim) como de las costas (art. 240.3 LECRim).

No obstante, las naturalezas del proceso penal y el civil son diametralmente opuestas en cuestiones como las que tratamos. Los principios informadores del proceso penal están basados en el principio de oportunidad y, en cambio, los del proceso penal en la necesidad. Por lo que, a nuestro juicio resulta imposible la solicitud a las partes acusadoras de la caución al solicitar al juez la adopción de medidas cautelares.

Corresponde al juez penal realizar los juicios de probabilidad conforme a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad y es éste el que adopta la decisión con todas sus consecuencias. Por lo que, la vía de reparación de los perjuicios en la de la responsabilidad patrimonial del Estado.

En todo caso, se puede discutir la pertinencia de solicitar una caución específica a las acusaciones privadas. En concreto, en lo referente a la acusación popular. No existe ningún obstáculo para evaluar las consecuencias del ejercicio de la acusación en la prestación de la fianza inicial (artículo 280 LECRim), incrementando su cuantía, sin llegar a obstaculizar gravemente el ejercicio de la acción popular⁶⁵¹. Puesto que se viene criticando que las fianzas sean simbólicas y que incluso existe alguna vía, en el art. 110 LECRim (personación), que permite eludir la imposición de fianza, así lo permite por ejemplo la STS núm 855/1992, de 12 de marzo, “cuando el ejercicio de la acción popular

⁶⁵¹ SSTC 62/1983, de 11 de julio; 113/1984, de 29 de noviembre; 147/1985, de 29 de octubre y 50/1998, de 2 de marzo, entre otras.

se realiza en un procedimiento en curso [...] la necesidad de tal requisito no parece ser razonable”), criterio ratificado por la más reciente STS 323/2013, de 23 de abril.

No pudiéndose aplicar la misma normativa, no parece pertinente exigir ninguna caución a la acusación particular que, además, reúne en su participación un interés reforzado absolutamente legítimo y pertinente.

6. La audiencia previa para la adopción de medidas cautelares.

El artículo 544 quáter LECRim exige “la celebración de la vista” antes de que pueda acordar cualquier tipo de medida cautelar contra la persona jurídica, además exige que se deberá citar a todas las partes personadas a este acto. Este es un antiguo requisito que también las consecuencias accesorias del año 1995 preveían.

El juzgado de instrucción incoará una pieza de medidas cautelares y convocará a los representantes legales de la persona jurídica y los acusadores para que en la audiencia⁶⁵² cada parte alegue y pruebe lo que estime pertinente sobre las medidas cautelares solicitadas. Las partes actuarán en igualdad y bajo el manto del principio de contradicción y podrán proponer diligencias investigación de cualquier tipo. Incluso, se podrán acordar diligencias que no puedan practicarse en la audiencia por la que ésta tendrá que volver a ser convocada⁶⁵³.

La defensa de la persona jurídica versará sobre todo tipo de cuestiones formales o sustantivas y, especialmente, sobre los programas de prevención que la persona jurídica ha podido adoptar en su organización, puesto que su aplicación supone una eximente de su responsabilidad penal y, por tanto, en este caso no sería pertinente la adopción de medidas cautelares.

⁶⁵² Para PORTAL MANRUBIA “el incidente para su adopción sigue el modelo acusatorio, puesto que se decreta previa petición de la acusación ante el órgano jurisdiccional que convoca la celebración de una vista en que se citan las partes, art. 544 quáter 2 ab initio LECRim”. PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de la persona jurídica”, *Diario la Ley*, núm. 7769, 2012, La Ley, pág. 12.

⁶⁵³ ECHARRI CASI, F.J., *Las sanciones...*, *op.cit.*, págs. 280-281.

La práctica forense ha venido a recoger en sus resoluciones judiciales la regulación sobre este apartado. El auto 30 de julio de 2012 del Juzgado Central de Instrucción número 4 de la Audiencia Nacional analiza la necesidad de celebrar una audiencia previa antes del adopción de las medidas cautelares sobre la persona jurídica en el proceso penal, y su contenido.

La Audiencia Nacional, en esta resolución judicial, va a admitir que, en primer lugar, se celebre el trámite del incidente de adopción de la medida cautelar, y en segundo lugar, que en el trámite se practiquen diligencias probatorias, a pesar de que no exista ninguna regulación al respecto en el artículo 544 quáter LECRim. En opinión del juez instructor se debe acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil⁶⁵⁴, cuyo artículo 733 establece que:

“1. Como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, en el que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.

Contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno y se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este título. El auto será notificado a las partes sin dilación y, de no ser posible antes, inmediatamente después de la ejecución de las medidas”.

En todo caso, la obligación de celebrar la audiencia anterior a la adopción de las medidas cautelares proviene del derecho a la defensa consagrado directamente en el art. 24 de la Constitución. La conclusión no puede ser más nítida, la aplicación de una medida restrictiva de los derechos de las personas jurídicas requiere que puedan ejercitar su

⁶⁵⁴ El juez de instrucción trae a colación la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2011, en cuanto menciona la necesidad de la audiencia previa para adoptar las medidas cautelares, puesto que tal necesidad aunque no esté previsto expresamente deriva del derecho a la defensa instaurado en el artículo 24.2 de la Constitución: “el artículo 33.7 del Código Penal no menciona la necesidad de previa audiencia del imputado para la adopción de estas medidas cautelares, aun cuando los Sres. Fiscales, por aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deberán proceder conforme establece el artículo 733.1 de la citada Ley , salvo que por razones de urgencia o para preservar el buen fin de la medida, sea preciso actuar conforme autoriza el número 2 del citado precepto. Hay que recordar que no es preciso que el requisito procesal de la audiencia esté previsto expresamente dado que constituye una consecuencia directa de la garantía constitucional del artículo 24.2 de la Constitución Española”.

derecho a ser oídas y a la defensa como establece la Constitución⁶⁵⁵, para ello es imprescindible la celebración de la audiencia previa a la adopción de medidas cautelares y que en la audiencia se pueda ejercitar la defensa en los términos más amplios.

En relación a la representación legal de la entidad en la audiencia previa, queremos traer a colación la doctrina del Tribunal Supremo en su sentencia 154/2016, de 29 de febrero, en relación a la posibilidad de que exista un conflicto de intereses entre la persona física incurso en el mismo procedimiento penal y la persona jurídica. Se debe evitar formalmente la colisión de intereses por el juez instructor, adoptando las medidas necesarias, en caso de que existan unos intereses encontrados, para salvaguardar el derecho a la defensa de la persona jurídica. Lo más normal en estos casos será exigir un cambio de la representación legal de la persona jurídica y que se le nombre una defensa autónoma, aunque necesariamente deberá ser en la mayoría de ocasiones coordinada la defensa de la persona física.

Además, debemos remarcar que no es posible la imposición de medidas cautelares frente al representante legal de la persona jurídica⁶⁵⁶, independientemente de la posible responsabilidad personal en la que pudiera haber incurrido la persona física que ejerce de representante legal de la persona jurídica, pero sin que esta imputación tenga que ver con su cualidad de representante legal.

También queremos tratar la cuestión relativa al impacto que provoca la adopción de medidas cautelares previas sobre determinadas personas físicas, que llevan el peso de la organización, la gestión y la estrategia de la entidad. La adopción en concreto de la medida cautelar de prisión provisional dificulta sobre manera la estrategia defensiva de la

⁶⁵⁵ El juez de instrucción también mantiene otro argumento, en su comparación de las medidas cautelares personales aplicables a las personas físicas y las que se aplican a las personas jurídicas sostiene que analógicamente se podrían aplicar las normas previstas para las personas físicas, en concreto el artículo 505 LECRim que regula la audiencia antes de la adopción de las medidas cautelares personales.

⁶⁵⁶ LÓPEZ JIMÉNEZ, R., “La adopción de las medidas cautelares en los procesos de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Reflexiones sobre el proceso penal, jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal, 25 y 26 de abril de 2013*, AAVV. MORENO CARENA, V., (dir.), Tirant lo Blanch, 2015, pág. 275-276.

propia persona jurídica, incluso pudiera suceder que la prisión provisional fuera incomunicada, y, por ello, debe permitirse un flujo de información suficiente y adecuado entre la defensa de la persona jurídica y estas personas físicas.

Por último, queremos destacar el impacto de la posible adopción por el juez instructor del secreto absoluto del sumario⁶⁵⁷. Este discutible instrumento, en la medida en que limita los derechos fundamentales y, en concreto, el de defensa y el de igualdad de las partes, se utiliza en las investigaciones penales complejas que, en la mayoría de las ocasiones, involucran a las personas jurídicas. En nuestra opinión, en este periodo el juez abandona su posición de garante de la legalidad y aumenta, ante la ausencia de la participación de la defensa, el riesgo de que su instrucción se dirija a aportar elementos que busquen la imputación del investigado. En esta situación las defensas no pueden aportar una visión diferente de los hechos o aportar diligencias de carácter exculpatario. Por ello, en todo caso, se debe preservar el derecho de contradicción, incluido en el derecho de la defensa, en la adopción de las medidas cautelares.

Por lo que se requerirá, a nuestro juicio, para que la defensa de la persona jurídica sea acorde con nuestro ordenamiento jurídico, conocer la solicitud de adopción de medidas cautelares que detalle los supuestos fácticos en los que se basa y los motivos del juez de instrucción si estima la adopción de las medidas cautelares solicitadas.

Sin embargo, no va a ser la tónica de la práctica judicial; como podemos observar en el auto de 25 de enero de 2013 del Juzgado Central de Instrucción número 6 de la Audiencia Nacional, el procedimiento de instrucción penal es declarado secreto, bajo la siguiente fundamentación: “el grupo policial investigador ha descubierto importantes inversiones

⁶⁵⁷ Nos referimos a la posibilidad regulada en el artículo 302 LECRim de declarar el secreto, total o parcial, para todas las partes personadas, en el caso de que el delito fuera público y a propuesta del Ministerio Fiscal, por tiempo no superior a un mes cuando resulte necesario para: a) evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o b) prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso. Si bien se establece un límite de un mes de duración del secreto sumarial y se establece la obligación de alzar el secreto con el menos diez días de antelación a la conclusión del sumario, los tribunales han permitido a los jueces de instrucción prorrogar sucesivamente el secreto motivándolo mediante auto (entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo núm.297/2003, 8 de Septiembre de 2003).

hechas por las personas investigadas con los fondos de procedencia ilícita”, y, a pesar de la limitación en la defensa de las personas jurídicas que supone la declaración de secreto, se acuerdan las siguientes medidas cautelares: "el bloqueo y embargo preventivo de los saldos (y los intereses que devenguen) de las cuentas bancarias, depósitos, valores, títulos, acciones, deuda pública u otros activos financieros y cualquier otro producto existente a favor de las personas y sociedades siguientes, o sobre los que ostenten poderes, cualquiera que sea la forma de administración".

7. La resolución sobre las medidas cautelares.

7.1. Forma y contenido de la resolución.

El artículo 544 quáter LECRim establece⁶⁵⁸ que la resolución judicial adoptará la forma de auto en el que se decidirá si se estiman o desestiman las medidas cautelares solicitadas por la acusación. En la resolución judicial se motivarán las razones que han llevado al juez a acordar o rechazar las medidas cautelares.

Específicamente se deberá realizar un análisis sobre los programas de prevención o «*compliance*» que la persona jurídica ha podido adoptar en el seno de su organización, además de detalles sobre su contenido, su grado de ejecución o de seguimiento.

En el caso de que se acuerden las medidas cautelares, especificará cuáles y la extensión de las mismas, junto con el plazo y las condiciones de su cumplimiento. Esta resolución judicial será notificada a las partes personadas, incluida a la persona jurídica, en el proceso penal.

Al ser la más destacada característica de las medidas cautelares su instrumentalidad con respecto al proceso penal, la resolución va a permanecer desplegando sus efectos durante

⁶⁵⁸ Así lo establece también el artículo 245 LOPJ al establecer que las resoluciones judiciales adoptarán forma de auto cuando decidan “cuestiones incidentales”.

el tiempo que se acuerde necesario pero siempre temporal y provisionalmente. En este periodo el contenido de la medida cautelar va a restringir los derechos de la persona jurídica⁶⁵⁹.

En todo caso, queremos volver a remarcar, que la adopción de ciertas medidas cautelares va a suponer la extinción de facto de la persona jurídica. Las medidas cautelares de suspensión de actividades o la clausura del local o del establecimiento durante un breve tiempo va a tener unas consecuencias irreversibles. Similar efecto tendrá la intervención judicial conforme a las estadísticas mercantiles relativas a los concursos⁶⁶⁰.

También actúan como límite la extensión de las penas a las que la entidad puede llegar a ser condenada. Algunas penas previstas para las personas jurídicas en el artículo 33.7 CP tienen un plazo máximo establecido de duración y, en concreto, las penas de suspensión de actividades, la clausura de local o establecimiento y la intervención judicial tienen establecido un límite de duración máximo de cinco años.

Sin embargo, la aplicación de los criterios para imponer las penas a las personas jurídicas establecidas en el artículo 66 bis CP, la pena sin reincidencia ni instrumentalidad no puede superar los dos años. Es decir, las tres medidas cautelares más intensas que se pueden adoptar como medidas cautelares no pueden superar el plazo establecido para el caso de imponerse como sanciones penales. Por cuanto que, en caso contrario, la superación del plazo máximo señalado para las penas constituiría una situación absurda y sin sentido en la que lo provisional supera lo definitivo⁶⁶¹.

⁶⁵⁹ Como señala PORTAL MANRUBIA “el legislador no ha fijado el plazo máximo en que pueda permanecer vigente la resolución cautelar, debiéndose mantener la misma por un plazo ecuánime. Dicho plazo debe ponderarse reparando en la complejidad del asunto, en la preservación en lo posible de la continuidad del ente y si las actuaciones de la defensa han facilitado la dilación del procedimiento, *per relationem* art. 5.3 CEDH”. PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal...”, *op.cit.*, pág. 11.

⁶⁶⁰ Conforme a los datos suministrados por el Colegio de Registradores Mercantiles relativos al año 2015, de las 4017 entidades concursadas solamente un 7,5% no terminaron liquidándose y, por ello, disolviéndose. Como se puede observar en: www.registradores.org/wp-content/estadisticas/mercantil/concursal/Anuario_Concursal_2015.pdf

⁶⁶¹ Para VELASCO NÚÑEZ en el caso de que las medidas cautelares superaran el plazo máximo previsto para las sanciones definitivas “estaríamos trocando lo cautelar en anticipado”. VELASCO NÚÑEZ, E., “Medidas cautelares sobre la persona jurídica delincuente”, *Diario La Ley*, núm. 8169, 2013, La Ley, pág. 5.

Por ello, deben establecerse límites temporales a las medidas cautelares inferiores a la duración de la pena⁶⁶². Además, y en nuestra opinión, estas modalidades de medidas cautelares impuestas por más de 6 meses hacen imposible, en la práctica, reactivar una persona jurídica con una actividad ordinaria en tráfico mercantil.

En el auto de 15 de noviembre de 2012 del Juzgado Central de Instrucción número 6 de la Audiencia Nacional podemos observar el razonamiento que lleva al juez instructor a adoptar las medidas cautelares “evitar la perpetuación de la situación permanente delictiva que pretende poner a recaudo ilícitas ganancias del narcotráfico, usando testaferros que imponen barreras jurídicas aparentes a una situación ficticia creada con la connivencia del testaferro para evitar su necesario decomiso, debiendo por esas mismas razones continuar el embargo de maquinaria, cuentas bancarias y el resto de las medidas reales ordinarias (bloqueos, anotaciones preventivas, embargos...) ya adoptadas sobre las personas físicas y las personas jurídicas ahora imputadas solicitadas o informadas favorablemente por el Ministerio Fiscal”.

7.2. *La motivación de la resolución judicial acordando las medidas cautelares.*

La resolución judicial que acuerde la imposición de cualquier medida cautelar a la entidad colectiva va a requerir de una especial motivación. El impacto de la fase cautelar sobre los entes colectivos es tan intenso que se viene exigiendo un especial cuidado sobre este extremo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tratado esta obligación como, por ejemplo, su sentencia número 594/2014, de 16 de julio de 2014 que ha venido desentrañando la cuestión, llegando a ratificar la condena de una magistrada por prevaricación.

⁶⁶² PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal...”*op.cit.*, pág. 11.

Estos hechos⁶⁶³ resultan sumamente interesantes porque tratan de medidas cautelares y de personas jurídicas en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En relación a la necesaria motivación del acuerdo de medidas cautelares, el auto de adopción de la medida cautelar de administración judicial es un modelo, en este caso negativo⁶⁶⁴.

El Tribunal Supremo ante esta resolución judicial manifiesta que motivar y fundamentar “es dar cuenta en términos comprensibles, de las razones que tenga el Juez para justificar la decisión adoptada y que esta pueda ser conocida no solo por las partes concernidas, sino por cualquier persona que tenga acceso a la resolución concernida”.

Se considera el auto como un modelo negativo, y no precisamente por su corta extensión si no por su ausencia de razonamiento. Se considera que la magistrada “escamotea las razones de su decisión con una evanescente y vacía referencia”, no se llegan a sopesar “las razones dadas por unos y otros, y determinando el por qué se hicieron prevalecer las del denunciante sobre las del denunciado. Nada se explica”.

Se llega a calificar a la resolución de arbitraria por irrazonable puesto que “solo se conoce la decisión fruto exclusivo de la voluntad de la autora de la resolución y no del

⁶⁶³ Se trata de una magistrada que se hallaba desempeñando sus funciones en un juzgado de instrucción. En su desempeño, recibe una denuncia y dicta un auto sin haber realizado comprobación alguna en relación a los hechos denunciados y sin trámite de audiencia a la persona jurídica frente a la que se ha interpuesto la denuncia penal. No existió solicitud de adopción de medidas cautelares por la acusación pública, que además se opuso a la adopción de las mismas. El auto en cuestión acordaba la medida cautelar de clausura de local, precintando a la persona jurídica el local del que es titular. Al día siguiente la magistrada, previa comparecencia del denunciante y la persona jurídica denunciada, dictó un nuevo auto en el que acordó levantar la medida cautelar de clausura de local, y acordó otra medida cautelar consistente en nombrar a un administrador judicial, todo ello sin motivación alguna. A continuación, mediante dos providencias, acuerda la fijación de honorarios al administrador anteriormente nombrado y acuerda nombrar a otros dos administradores mancomunados junto al ya nombrado, entre ellos a un Letrado con el que la Magistrada tenía una amistad íntima”. Finalmente, por renuncia de dos de los administradores nombrados, se nombra mediante auto a un administrador único, se trata del Letrado con quien tenía una amistad íntima y, por providencia, se acuerda como honorarios para el administrador la cuantía de 2.500 euros mensuales.

⁶⁶⁴ Reproducimos el auto por su interés:

"ÚNICO: A la vista de la anterior comparecencia celebrada en la fecha de hoy, esta Magistrada Juez en virtud de las alegaciones formuladas en la misma, estima conveniente acordar la administración judicial de todo lo recaudado por (...), nombrando para ello a un administrador judicial y una vez éste toma posesión, se declarará el levantamiento de las medidas cautelares adoptadas (precinto del local) por este Juzgado respecto de la referida entidad en el auto señalado. En su momento estas medidas fueron acordadas fundamentalmente en consideración a los derechos de los 15 y/o 20 trabajadores de la entidad referida".

razonamiento, pues tal no existe“. Para la Sala de lo Penal la motivación “es un imperativo de la razonabilidad de la decisión” y en este caso simplemente está ausente. Además de prescindir de todas las garantías y requisitos establecidos en la regulación procesal”.

8. El recurso contra la resolución.

La normativa del art. 544 quáter LECRim no señala expresamente si el recurso que se puede interponer en su contra tiene un solo efecto o ambos efectos. Ante la ausencia de criterio sobre este extremo debemos acudir al resto de disposiciones de la LECrim para resolver la cuestión. El artículo 217 LECRim dispone que el recurso de apelación será admitido en ambos efectos tan solo cuando la misma lo disponga expresamente. Idéntica regla establece el art. 766.1 LECrim en relación al procedimiento abreviado, salvo que la Ley disponga de otra cosa, la interposición del recurso de apelación no suspenderá el curso del procedimiento. Al no existir previsión legal que establezca la posibilidad de que la resolución sobre las medidas cautelares se suspenda por la interposición del recurso de apelación, debemos entender que el recurso lo es en un solo efecto.

En conclusión, la resolución del juzgado de instrucción será impugnabile en un solo efecto por medio de recurso de apelación⁶⁶⁵ y la tramitación del recurso de apelación tendrá carácter preferente como señala el artículo 544 quáter LECRim. La interposición del recurso de apelación, al ser en un solo efecto, no suspenderá los efectos de las medidas cautelares si hubieran sido acordadas por el juez instructor.

⁶⁶⁵ El recurso de apelación es el previsto legalmente tanto en procedimiento ordinario (art. 218 LECRim) como en el procedimiento abreviado y rápido (art. 766 LECRim).

9. La revisión y la finalización de las medidas cautelares acordadas.

Las medidas cautelares sobre las personas jurídicas en el marco del procedimiento penal han sido acordadas en base a unos presupuestos concretos que pueden variar a lo largo del proceso penal. En consecuencia, la variación de los presupuestos debe llevar al juez instructor a la variación también de las propias medidas cautelares acordadas. Las características propias de las medidas cautelares en este ámbito conllevan su instrumentalidad, su provisionalidad y su temporalidad que pueden provocar su modificación o su finalización.

9.1. La modificación de las medidas cautelares.

Las medidas cautelares acordadas sobre la persona jurídica sirven para asegurar las responsabilidades económicas o para evitar la reiteración delictiva, cualquier variación de las circunstancias deben provocar una adaptación de las propias medidas cautelares.

El cambio en los presupuestos de hecho puede suponer el cambio de la propia medida cautelar adoptada modificando su graduación o la sustitución por otras medidas más amplias o menos intensas. En todo caso, se deberá estar a los elementos básicos de su adopción al «*fumus boni iuris*» y al «*pelliculum in mora*».

Nuestro ordenamiento jurídico no conoce la suspensión de la eficacia de las medidas cautelares a diferencia de la previsión del ordenamiento jurídico italiano. El artículo 49 del Dleg 231/2001⁶⁶⁶ regula un procedimiento específico que permite la suspensión de las

⁶⁶⁶ Se trata del *Decreto Legislativo, 8 giugno 2001, n. 231 (in Gazz. Uff., 19 giugno, n. 140)* que en su art. 49 establece que: “1. Le misure cautelari possono essere sospese se l'ente chiede di poter realizzare gli adempimenti cui la legge condiziona l'esclusione di sanzioni interdittive a norma dell'articolo 17. In tal caso, il giudice, sentito il pubblico ministero, se ritiene di accogliere la richiesta, determina una somma di denaro a titolo di cauzione, dispone la sospensione della misura e indica il termine per la realizzazione delle condotte riparatorie di cui al medesimo articolo 17. 2. La cauzione consiste nel deposito presso la Cassa delle ammende di una somma di denaro che non puo' comunque essere inferiore alla meta' della sanzione pecuniaria minima prevista per l'illecito per cui si procede. In luogo del deposito, e' ammessa la prestazione di una garanzia mediante ipoteca o fideiussione solidale. 3. Nel caso di mancata, incompleta o inefficace esecuzione delle attivita' nel termine fissato, la misura cautelare viene ripristinata e la somma depositata o per la quale e' stata data garanzia e' devoluta alla Cassa delle ammende. 4. Se si realizzano le condizioni di cui all'articolo 17 il giudice revoca la misura cautelare e ordina la restituzione della somma depositata o la cancellazione dell'ipoteca; la fideiussione prestata si estingue”.

medidas cautelares impuestas a la persona jurídica, que estaría provocada por la reparación del daño por parte de la persona jurídica.

9.2. *La finalización de la medida cautelar.*

La medida cautelar que se ha impuesto a la persona jurídica se extinguirá al dejar de servir para la finalidad concreta o el plazo concreto para el que ha sido impuesto. Así, vencido el plazo o cumplida la finalidad, habiendo desaparecido los presupuestos que impulsaron su adopción procede dar por finalizada o revocar la medida cautelar.

Ambas situaciones difieren en cuanto al modo de proceder en el marco del proceso cautelar. En el primer supuesto, la finalización, funciona automáticamente por dos razones: o bien porque la posible finalización o el plazo temporal de la medida cautelar se ha previsto o explicitado en la misma resolución judicial que impuso las medidas cautelares, o bien el proceso penal no precisa de la labor instrumental de la medida. En ambos casos operan de manera automática⁶⁶⁷, debiéndose decretar de oficio el cese de la medida cautelar impuesta en su momento a la persona jurídica.

En el segundo supuesto, cuando no se ha previsto la culminación de la medida cautelar y no habiéndose previsto en nuestro ordenamiento jurídico prevé la revocación de la medida cautelar a instancia de las partes, que si bien no requerirán ninguna audiencia por no existir ninguna previsión legal en este sentido, el juez si deberá recabar y contar con la opinión de todas las partes que se encuentran personadas en el proceso penal, independientemente de quien ha realizado la solicitud de su revocación.

- a) La compensación de las medidas cautelares y las penas impuestas en la sentencia.

⁶⁶⁷ GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal...*, *op.cit.*, pág. 362.

Se nos plantea la posibilidad de abonar el tiempo de duración de la medida cautelar impuesta a la persona jurídica cautelarmente en el caso de que le sea impuesta alguna sanción definitiva a la entidad del catálogo del art. 33.7 y 129.3 CP.

Se ha defendido la posibilidad de la compensación realizando una interpretación analógica *in bona partem* de los arts. 58 y 59 del Código Penal⁶⁶⁸.

El problema que se nos plantea es en relación a las medidas cautelares personales y en el supuesto de que la sanción definitiva difiere del contenido de la suspensión de actividades, la clausura de local o establecimiento e intervención judicial.

Si las medidas cautelares personales son homogéneas a las sanciones que se imponen definitivamente en la sentencia condenatoria, la interpretación a favor de la entidad las reglas del art. 58 del Código Penal, deben a llevarnos a la compensación sin ningún género de dudas.

El problema se genera porque la regulación penal no dispone de un régimen regulado para compensar las medidas cautelares heterogéneas porque el art. 59 del Código Penal no dispone de unas reglas nítidas sobre la materia. Es el Tribunal Supremo el que ha venido estableciendo las reglas y criterios que interpretan la norma jurídica y a sus criterios deberemos someternos para resolver esta cuestión⁶⁶⁹.

b) Las medidas cautelares y el concurso de acreedores.

Resulta imprescindible aclarar la eficacia de las medidas cautelares adoptadas frente a las entidades que se encuentran inmersas dentro del marco de un procedimiento concursal. El choque de legitimidades mercantil y penal puede crear graves problemas jurídicos

⁶⁶⁸ DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias...*, *op.cit.*, págs. 181-183.

⁶⁶⁹ Para profundizar sobre este aspecto *vid* DEL ALCAZAR VILADOMIU, C., “De nuevo con el abono de medidas cautelares heterogéneas: ¿hay vida más allá de la obligación de comparecer *apud acta*? (Comentarios a la Jurisprudencia dictada con posterioridad al acuerdo del pleno no jurisdiccional de 19 de diciembre de 2013)”, *La Ley Penal*, núm. 124, 2017, Wolters Kluwer, pág. 15-16.

prácticos si se imponen medidas cautelares penales que dificultan o bloquean la labor de la administración concursal de la persona jurídica.

A salvo de las situaciones de hecho concretas y, a pesar de la preferencia de la jurisdicción penal⁶⁷⁰, deberá considerarse que el procedimiento concursal establece, en caso de liquidación, unas reglas y criterios nítidos sobre el destino del patrimonio que la jurisdicción penal no puede alterar⁶⁷¹.

10. Notas finales.

Para terminar con este apartado, y a modo de resumen, queremos recoger un test de legitimad constitucional exigible en torno a los requisitos objetivos y subjetivos que se exigen para que pueda acordarse una medida cautelar frente a una persona jurídica. Sobre la base del auto de auto de 30 de julio de 2012 del Juzgado Central de Instrucción número 4 de la Audiencia Nacional, proponemos los siguientes:

a) La necesidad objetiva.

El requisito básico para el juez de instrucción, como no puede ser de otra manera, es “su necesidad objetiva”, es decir, que las circunstancias concretas exijan la adopción de la medida cautelar.

Se trata de un presupuesto material, es necesaria la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva y su atribución a una determinada persona jurídica en el marco del proceso penal, “como juicio de imputación o de

⁶⁷⁰ El artículo 44 de la LOPJ en relación a los conflictos de competencia establece que: “El orden jurisdiccional penal es siempre preferente. Ningún Juez o Tribunal podrá plantear conflicto de competencia a los órganos de dicho orden jurisdiccional”.

⁶⁷¹ GARCÍA-CAÑADA GONZÁLEZ, J.L., “La adopción de medidas cautelares de contenido económico en proceso penal por presunto delito contra la Hacienda pública, cuando la empresa se encuentra en fase de liquidación concursal. Competencia y efectos”, Diario La Ley, núm., 8975, 2017, Wolter Kluwer, págs. 6-14.

probabilidad acerca de su responsabilidad criminal (*fumus boni iuris o fumus commissi delicti*)”.

b) Finalidad de la medida cautelar.

No puede ser otro que la consecución de “fines constitucionales legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida, que no son otros que los de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

c) La medida cautelar debe ser la opción menos gravosa para la persona jurídica.

Una vez acreditada la necesidad objetiva de adoptar la medida, debe analizarse que “no existan otra medidas menos gravosas a través de las que puedan alcanzarse los mismos fines”.

d) La medida cautelar debe ser adecuada.

La medida cautelar debe responder a los caracteres de excepcionalidad, subsidiaridad, provisionalidad y proporcionalidad en relación a su finalidad, “en ningún caso pueden ser punitivos, ni encaminados a impulsar la investigación, ni a obtener pruebas o declaraciones”.

e) La medida cautelar debe ser proporcional.

Es necesario analizar la procedencia de la medida cautelar con respecto a los hechos que se investigan en el proceso penal, con la penalidad intrínseca a los hechos y con los riesgos que se pretenden evitar. Con la máxima de que al ser privativa de derechos, “ha de ser objeto de una interpretación restrictiva” y proporcional cuando se adopte en fase cautelar sin que aún exista una sentencia condenatoria.

f) La medida cautelar y su legalidad.

En cuanto a la legalidad, en el auto 30 de julio de 2012, se recoge la exigencia de una resolución judicial suficiente y razonablemente motivada en cuanto supone la

restricción de derechos fundamentales, citando las resoluciones de la jurisprudencia constitucional que lo exigen, sentencias núm. 128/1995, núm. 62/1996, núm. 107/1997, núm. 33/1999 “la cual, bajo la forma de auto, ha de expresar refiriéndose al caso concreto, los presupuestos legales, la finalidad constitucionalmente legítima y la ponderación entre los intereses en juego, en aras de poder ser conocidas por el propio afectado y las partes, así como facilitar su revisión judicial en el caso de impugnación”.

CUARTA PARTE.- CONCLUSIONES.

CAPÍTULO XVII.

Conclusiones

- I. En primer lugar, queremos realizar una breve reflexión sobre las técnicas legislativas. El Estado de Derecho y el ordenamiento jurídico penal exigen rigor y pulcritud para atender al principio fundamental de seguridad jurídica. La dispersión normativa, la disfuncionalidades, olvidos, incoherencias, la modificación constante de los textos sustantivos provocan que el Derecho no sea comprensible para los operadores jurídicos y para la ciudadanía. Esta materia es un ejemplo de cómo no debe abordarse una normativa de esta complejidad. .

- II. Para que se legisle correctamente sobre el Derecho Penal se debe exigir un trabajo técnico exhaustivo previo, que a la vista de los resultados regulatorios finales en las normas jurídicas aprobadas no ha tenido un resultado satisfactorio. No puede suceder que cada texto normativo provoque un enfrentamiento y debates desde posiciones antagónicas con puntos de vista irreconciliables. Los profesionales en todas las ramas del Derecho son excelentes y abundan, deben plantearse modos y los cauces necesarios para que se pueda afrontar con garantías el proceso legislativo. Por ello, es más imprescindible que nunca, un trabajo técnico previo intenso y el respeto escrupuloso al principio de legalidad. No podemos esperar que la doctrina y la jurisprudencia acuda al rescate constante, más que interpretando y estableciendo las leyes, llegando a construirlas.

- III. También queremos realizar una breve reflexión sobre la importancia del derecho procesal. No es posible que un ordenamiento jurídico apruebe una reforma del Código sustantivo que provoca un gran cambio en la orientación política-criminal de una materia y que no se acompañe de una ley procesal que sirva de cauce y garantía para el desarrollo práctico de las disposiciones aprobadas.

- IV. A nuestro entender, no es de recibo que un ordenamiento jurídico de un Estado miembro de la Unión Europea no tenga un Código Procesal con todas las garantías,

que regule con una perspectiva integral y sistemática una materia tan fundamental para cualquier Estado de Derecho como es el proceso penal. No es posible reformar constantemente una norma procesal que data de 14 de septiembre de 1882. Es hora de impulsar definitivamente el nuevo Código Procesal Penal.

- V. En un Estado de Derecho con la separación establecida entre los tres poderes, se debería evitar que incluso ante los errores y las regulaciones parciales, el juzgador más que interpretar las normas jurídicas las termine creando, asumiendo el papel de legislador. En el ordenamiento jurídico no se debe permitir que sean los tribunales los que establezcan los requisitos procesales en cuestiones tan trascendentales. Ante problemas nuevos se deben regular procedimientos que aborden la problemática sustancial y que permitan adoptar las decisiones sobre protocolos adecuados para todos los operadores jurídicos.

La aplicación del Derecho exige la coordinación de las normas materiales y las procesales, sino no es posible construir un sistema jurídico eficaz. De otra forma, los problemas prácticos se acumulan e inutilizan las reformas sustantivas que devienen imposibles de aplicar. La práctica diaria exige soluciones adecuadas en el ámbito procesal porque, en caso contrario, los planteamientos sustantivos no tienen posibilidad de desarrollo.

- VI. En relación a la responsabilidad penal de la persona jurídica fue la presión externa la que provocó que se incorporase a nuestro ordenamiento jurídico penal, a través de la LO 5/2010 y, posteriormente, ha sido modificada mediante la LO 1/2015. Se trata de un nuevo régimen especial en nuestra tradición jurídica, cuyas cuestiones centrales y accesorias han provocado innumerables debates y pocos consensos. Habrá que esperar a la evolución de la materia para que sus bases teóricas y, sobre todo, las prácticas judiciales se asienten.
- VII. Los problemas que genera el uso de las entidades en nuestra sociedad y la responsabilidad de la persona jurídica debe articularse desde todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, incluido el penal, de forma coordinada.

El derecho administrativo puede complementar el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La experiencia acumulada en el ámbito administrativo y, en especial, el tributario supone la aplicación de las sanciones económicas a las entidades con menores dificultades teóricas y prácticas. Para imponer sanciones económicas el derecho administrativo es el sistema más efectivo y se podría complementar con la previsión en el ámbito penal de alguna sanción simbólica para las personas jurídicas.

- VIII. Los criterios de atribución de la responsabilidad a las entidades necesitan de normas que complementen sus disposiciones en todos los regímenes de responsabilidad penal que hemos estudiado.
- IX. El estatuto procesal de la persona jurídica debería concretarse y algunos aspectos requieren de las pertinentes reformas que refuercen las garantías de las entidades: entre otros, el reconocimiento del derecho a la defensa y la delimitación de la defensa de la persona jurídica en relación a la persona física imputada.
- X. El régimen de las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal debería complementar normativamente los criterios subjetivos y objetivos de atribución de responsabilidad a la entidad colectiva. Además, el régimen jurídico procesal de la entidad sometida al régimen de las medidas accesorias de este artículo 129 CP debería ser regulado expresamente.
- XI. Se podría considerar la posible eliminación de las remisiones directas de ciertos tipos penales al régimen de las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal y redirigirse al sistema ordinario: si la entidad es una persona jurídica al régimen ordinario de responsabilidad penal de las personas jurídicas del artículo 31 bis del Código Penal y, en cambio, si es una entidad que carece de personalidad jurídica al régimen de las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal.

- XII. Las penas y sanciones previstas en los artículos 33.7 y 129.1 del Código Penal podrían ampliarse para incorporar otro tipo de sanciones de menos intensidad y posibilitar al juzgador un amplio elenco que evite el colapso del sujeto pasivo.
- XIII. Las penas y especializaciones previstas en la regulación de los tipos delictivos con respecto al catálogo de delitos que las entidades pueden cometer, deberían conducir a una regulación genérica y general para todo el catálogo delictivo.
- XIV. Se debería exigir una motivación reforzada para la imposición de penas o sanciones que no sean de multa, puesto que provocarían en la mayoría de ocasiones el colapso injustificado de la entidad colectiva.
- XV. Los artículos 520 y 570 quáter del Código Penal, relativos al terrorismo, también podrían redirigirse al sistema genérico de responsabilidad penal de las personas jurídicas.
- XVI. Las sociedades instrumentales necesitan de un régimen jurídico establecido en las normas sustantivas y procesales, mediando criterios objetivos y procedimientos adecuados para su tratamiento con garantías.
- XVII. Se podría considerar la posibilidad de establecer una conexión entre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el régimen concursal. La experiencia concursal en la gestión de la crisis de las entidades es larga y fructífera, a pesar de tratarse de ámbitos diferentes deben reconducirse en el régimen concursal los parámetros relativos a la gestión de la persona jurídica si es sometida a medidas cautelares y sanciones que supongan su extinción en la práctica real.
- XVIII. Sobre las medidas cautelares. La fase cautelar es la fase más transcendental en relación a la viabilidad de la entidad que participa en el proceso penal, la imposición de medidas cautelares interdictivas o preventivas debe retrasarse a la apertura del juicio oral, en el procedimiento abreviado, y al auto de procesamiento, en el procedimiento ordinario. Las medidas cautelares deben alejarse del inicio de

la investigación y acordarse, si fueran precisas, una vez que la investigación en la fase de instrucción esté consolidada.

Se podrían encauzar las necesidades preventivas urgentes con la intervención de las actividades de la persona jurídica, esta intervención pudiera tener, si el supuesto de hecho lo exigiera, los rasgos de la administración concursal. Sin embargo, bastará con una intervención sobre la actividad de gestión económica y financiera de la persona jurídica.

- XIX. Se tendría que considerar la posibilidad de legislar nuevas medidas cautelares menos contundentes y alternativas a las medidas actualmente previstas que permitan la viabilidad de la sociedad.
- XX. La normativa sobre las medidas cautelares relativas a esta especial responsabilidad penal debería establecer la posibilidad expresa de acordar las medidas cautelares patrimoniales sobre las personas jurídicas.
- XXI. Se podría considerar el reunir a todas las medidas cautelares, incluidas las establecidas en las normas procesales civiles y en los concretos tipos delictivos que regulan determinadas y específicas medidas cautelares, en las normas del procedimiento procesal penal, atendiendo a los principios del Derecho penal.
- XXII. La finalidad concreta de cada una de las medidas cautelares que se puedan adoptar frente a las entidades jurídicas debería ser establecida de manera expresa en la normativa.
- XXIII. La audiencia en la que se puedan acordar las medidas cautelares precisa de una regulación completa para obtener un procedimiento escrito que garantice un ejercicio del derecho a la defensa y a la contradicción aún en fase cautelar debido al determinante impacto que supone su adopción sobre la entidad jurídica.

XXIV. La aplicación de la regulación que integran los regímenes de responsabilidad penal de las personas jurídicas se prevé escasa en la práctica judicial. Si bien se ha apostado por hacer frente a la criminalidad de las personas jurídicas desde el ámbito penal, la experiencia judicial en el periodo 1995-2010 demuestra que las dificultades son enormes y la experiencia judicial es que no se vienen aplicando las regulaciones previstas en la materia, especialmente las medidas cautelares quizás debido a la gravedad de las que se han previeron legalmente. La nueva etapa sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas que se inaugura en el año 2010 tampoco lleva acumulado un elevado bagaje en los juzgados de instrucción y, como en la etapa anterior, la Audiencia Nacional sigue siendo la que más uso hace de esta responsabilidad especial.

La propia Fiscalía General del Estado criticaba en su Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico y apuntaba a la existencia de otras vías alternativas fuera del ámbito penal.

XXV. Se podría regular específicamente una responsabilidad penal para las personas jurídicas en el ámbito de la criminalidad organizada. Y, en paralelo, una normativa para el resto de personas jurídicas. Sin menoscabo en ninguna de las disposiciones planteadas de las normas de garantía sí podrían existir una diferencia en relación a la gravedad de las sanciones y las medidas cautelares que se pudieran acordar.

XXVI. En todo caso, es absolutamente criticable que tras la creación jurisprudencial de la categoría de las sociedades instrumentales, existan tres vías de responsabilidad penal de las personas jurídicas. La primera de las vías es absolutamente garantista y es interpretada de forma que en la práctica puede suponer su imposible aplicación práctica. Nos referimos al régimen del artículo 31 bis del Código Penal y a su interpretación judicial. En cambio, existen otras vías menos garantistas para las entidades que carecen de responsabilidad penal, en forma de consecuencias

accesorias del artículo 129 del Código Penal y, sobre todo, en forma de calificación de las personas jurídicas como instrumentales.

En la práctica judicial, la persona jurídica se va a encontrar con una responsabilidad de diversas intensidades. Una primera opción es la de una responsabilidad penal basada en el artículo 31 bis del Código Penal, en la que los programas de cumplimiento van a tener un papel estelar y en base a la doctrina del tribunal supremo sentencia 156/2016 es la acusación la que va a tener que acreditar el incumplimiento o la falta de estos programas para conseguir una condena de la persona jurídica. En este ámbito, en la práctica, el sistema diseñado de responsabilidad para las personas jurídicas puede dejar de tener vigencia. Habrá de estarse a la configuración jurisprudencial de las actuales consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal que pudieran sumarse a esta vía.

Una segunda opción es la que la sociedad sea calificada como instrumental. Parece que esto podría suceder con las sociedades relacionadas con el crimen organizado, los delitos de corrupción, terrorismo, narcotráfico... que giran en la órbita de la delincuencia organizada y dentro de la esfera de actuación de la Audiencia Nacional. En este caso, la persona jurídica va a ser sometida a un régimen no regulado que nada va a tener que ver con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un régimen de inseguridad jurídica, en la que se van a aplicar las medidas cautelares más intensas. Se tratará de medidas cautelares previstas en las consecuencias accesorias del artículo 129.3 del Código Penal, que van a provocar la inviabilidad inmediata e irrevocable de la entidad. Mucho nos tememos que este régimen jurídico va a suponer una fuerte restricción de las garantías fundamentales que tiene la persona jurídica.

XXVII. La creación jurisprudencial de las sociedades instrumentales a través de la sentencia núm. 154/2016, de 29 de febrero, del Tribunal Supremo excede del cometido de los órganos jurisdiccionales y supone adoptar una función legislativa que no le corresponde. Además, supone dotar de una grave inseguridad al sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

XXVIII. Los programas de cumplimiento y su interpretación jurisprudencial establecen que es la acusación la que debe probar su no existencia e implantación, por lo que constituyen una posibilidad para que las entidades puedan eludir su responsabilidad penal. Y, además, han provocado que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pase a ser, en realidad, una responsabilidad administrativa que va a consistir en la evaluación del diseño, de la ejecución y del control sobre estos programas preventivos.

XXIX. La regulación de los programas de cumplimiento o programas «*compliance*» van a servir a las grandes y, a lo sumo, a las empresas medianas para eximirse de la responsabilidad penal. Las grandes corporaciones que cuentan con recursos e infraestructuras serán las beneficiadas de la instauración de los programas de cumplimiento y se podrán situar fuera del marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En la práctica, la inmensa mayoría de las personas jurídicas, no va a poder dotarse realmente de los programas de prevención por adolecer de falta de medios. Estas entidades, a lo sumo, podrán dotarse de programas de papel o programas que solo existen impresos sin ningún tipo de consecuencia práctica.

Resulta curioso que se haya incorporado un régimen exigido por la presión internacional y que el resultado sea que en la práctica la nueva responsabilidad tenga menos repercusión que la anterior regulación. Los programas de prevención pueden permitir a las sociedades eludir esta responsabilidad y de todas formas el caos procesal podría impedir su aplicación generalizada ante los constantes problemas que se plantean en sede judicial.

En todo caso, se podría tratar de impulsar la incorporación de esta especial responsabilidad a otros programas de responsabilidad que existen en el seno de las sociedades, como puede ser la responsabilidad derivada de la omisión de las normas de prevención de riesgo o la relativa a la protección de los datos de carácter personal, el uso de una sistemática parecida podría servir para la inmensa mayoría de las personas jurídicas para eludir esta responsabilidad penal.

Pudiera suceder que las entidades adoptasen nominalmente los programas de cumplimiento sobre el papel, exigiendo su cumplimiento incluso en los contratos laborales o creando procedimientos sin una implantación real en el seno de las organizaciones. Todo ello sin impulsar una auténtica cultura contra la delincuencia en la empresa y que tenga la virtualidad práctica de eximir de la responsabilidad a la persona jurídica. Resulta difícil incorporar planteamientos jurídicos de otras culturas como, en este caso, la anglosajona en países con mentalidades absolutamente diferentes.

XXX. Por ello, una de las conclusiones que debemos extraer es la de si merece la pena regular cuestiones tan fundamentales para el ordenamiento jurídico, y para las instituciones y para el propio Estado, a sabiendas de que no se van a cumplir en la práctica diaria.

Es la consecuencia negativa de importar unos programas internacionales que además de la literalidad de su contenido llevan incorporada una filosofía de colaboración de las entidades para resolver el conflicto social relacionado con la comisión delictiva en el seno de las empresas. No se puede incorporar solamente los programas de prevención obligados por la presión internacional, se debería realizar un análisis de lo que realmente supone adoptar un sistema de ese tipo, el funcionamiento de los procesos en países que tienen una cultura judicial sobre esta materia y los problemas de adecuar los procesos para esta finalidad. Resulta complicado afrontar las consecuencias de los programas de prevención sin ajustar el proceso penal del siglo XIX donde no existen instituciones adecuadas para tratar el fenómeno como, por ejemplo, la conformidad.

XXXI. Las cuestiones jurídicas y los debates que se plantean en el ámbito doctrinal y jurisprudencial avanzan de una forma u otra hasta vencer a la inseguridad jurídica. Sin embargo, en esta materia se puede producir una desconexión del mundo jurídico del mundo económico real del país. Las empresas necesitan activar las

herramientas concretas para cumplir con la legislación y, en este caso, las constantes reformas legislativas, las diversas interpretaciones y los planteamientos jurisprudenciales provocan una inseguridad jurídica evidente. La cuestión no es que no se pueda legislar sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la cuestión es que se debe legislar correctamente con un planteamiento dirigido después de conocer los límites que el sistema tiene en su aplicación práctica interna o procesalmente y externa en cuanto al impacto en el mundo económico real.

XXXII. Deberíamos considerar la medición del impacto forense del sistema legislativo y realizar los cambios legislativos en base a esos resultados. La forma eficaz de combatir del fenómeno relacionado con esta materia o cualquier otra pasa por medir objetivamente el funcionamiento de las disposiciones actuales (cuántos procesos penales se tramitan, que problemas son los que se detectan, el resultado de las resoluciones judiciales, el impacto de las medidas cautelares...) y después de los resultados, introducir cambios legislativos y comprobar su aplicación práctica, así continuamente. Se trataría de diseñar un sistema jurídico inteligente y realmente eficaz.

XXXIII. En necesaria una reforma legislativa que dote de seguridad sustantiva y procesal a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Estamos tratando con los operadores económicos y dada la condición estratégica de la cuestión resulta obligatorio abordar una reforma sustancial de la cuestión para establecer unas bases sólidas del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Además, de la oportuna reforma procesal para encauzar adecuadamente el sistema el sistema de responsabilidad, con especial atención a la fase cautelar que es la determinante para las entidades.

BIBLIOGRAFÍA.

ARIAS RODRÍGUEZ, J.M., “Algunas reflexiones sobre la política anticorrupción en la Unión Europea”, *Diario La Ley*, núm. 7989, La Ley, 2012.

ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons, 2015.

ARROYO ZAPATERO, L., “Principio de legalidad y reserva de la ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, 1983.

BACIGALUPO SAGGESE, S., “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)”, *DLL* núm.7541, 5 de enero de 2011.

BACIGALUPO SAGGESE, S. y LIZCANO ÁLVAREZ, J, *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción*, Programa Eurosocietal, 2013.

BACIGALUPO ZAPATER, E., *El corpus juris y la tradición de la cultura jurídico-penal de los Estados miembros de la Unión Europea*", Hammurabi, 2000.

BAJO FERNÁNDEZ, M., “Vigencia de la RPPJ en el Derecho Sancionador Español” en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, con FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., y GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., Thomson Reuters, 2016.

BAJO FERNÁNDEZ, M., y GOMÉZ-JARA DÍEZ, C., “Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica” en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, con FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., Thomson Reuters, 2016.

BARBOSA CASTILLO, G. “Principio de legalidad y proceso penal”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 26, núm. 78, 2005.

BASTIDA FREIJEDO, F.J., y AA.VV., *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, 2004.

BELÉN LINARES, M., “Programas de cumplimiento en el seno de la persona jurídicas tras la LO 1/2015”, *La Ley Penal*, núm. 118, La Ley, 2016.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Propiedad Intelectual*, AA.VV. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R (coord.), Tirant lo Blanch, 2015.

BLANCO CORDERO, I. “La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas”, *Diario La Ley*, núm. 7534, La Ley, 2010.

BOLDO RODA, C., *Levantamiento de Velo y persona jurídica en el Derecho Privado Español*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2006.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos procesales”, *Diario La Ley*, núm. 7625, La Ley, 2011.

CACHÓN CADENAS, M., “El procedimiento de decomiso autónomo” en *El nuevo proceso penal tras la reforma de 2015*, AA.VV. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (dir), Atelier, 2016.

CAMPANER MUÑOZ, J. “Notas críticas sobre la novedosa regulación del estatuto penal de las empresas en España”, *Revista de Derecho vLex*, núm. 89, 2011.

CARRASCO ANDRINO, MM, “Acerca de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del art. 129 CP”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2. Época, núm.18, 2006.

CARRETERO SÁNCHEZ, A. “Aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Diario La Ley*, núm. 7786, 30 Ene., La Ley, 2012.

CARRETERO SÁNCHEZ, S., “El papel de los Principios Generales del Derecho en la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Diario La Ley*, núm. 8751, La Ley, 2016.

CASTILLEJO MANZANARES, R., “La actual regulación de la responsabilidad penal de personas jurídicas”, *La Ley mercantil*, núm. 18, Wolters Kluwer, 2015.

CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., “La adaptación del sistema jurídico-penal español a las propuestas internacionales sobre corrupción administrativa”, *Actualidad Penal*, Wolter Kluwer, 2001.

CLEMENTE CASAS, I., y ÁLVAREZ FEIJOO, M., “¿Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿y qué forma le doy? (responsabilidad penal de la persona jurídica en la l.o. 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)”, *Actualidad jurídica* (Uría&Menéndez), núm. 28, 2011.

CUADRADO RUIZ, M.A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 12, 2007.

DANIEL CESANO, J., “La responsabilidad penal de la persona jurídica y el Derecho Comunitario: un caso de tensión constitucional (a propósito de los artículos 2.º y 4.º del Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. LVII, 2004.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “La corrupción ante el Derecho y la Justicia”, *Diario La Ley*, núm. 8153, La Ley, 2013.

DE LA FUENTE HONRUBIA, F.:

- “Garantías materiales y procesales en la imposición de sanciones penales a personas jurídicas. Comentarios a la Sentencia del caso EKIN (Sentencia de 19 de diciembre de 2007, Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional)”, *Diario La Ley*, núm. 6888, La Ley, 2008.
- *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal (medidas aplicables a personas jurídicas y empresas colectivas o individuales)*, Lex Nova, 2004.
- “Las consecuencias accesorias como medidas cautelares en el proceso penal”, *La Ley Penal*, núm. 13, La Ley, 2005.
- “Las consecuencias accesorias del art. 129 del código penal”, en Álvarez García, F. J./ González Cussac, J. L. (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

DE LA MATA BARRANCO, N.J., “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención, instrumentos de prevención en el seno corporativo”, *La Ley Penal*, núm. 87, La Ley, 2011.

DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J.: *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, Ramón Areces, 2014.

DEL ROSAL BLASCO, B., “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, *Diario La Ley*, núm. 8732, La Ley, 2016.

DÍAZ CABIALE, J.A., “El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-10, 2016.

DÍEZ-MAROTO VILLAREJO, J., “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El art. 445 del Código Penal español”, ICADE, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias y Empresariales*, núm. 74, 2008.

DOLZ LAGO, M.J.:

- “Los decomisos: aproximación a sus aspectos sustantivos y procesales tras las reformas del 2015”, *La Ley Penal*, núm. 124r, Wolters Kluwer, 2017.
- “Un acercamiento al nuevo delito *child grooming*. Entre los delitos de pederastia”, *Diario La Ley*, núm. 7575, La Ley, 2011.

DOPICO GÓMEZ-ALLER en Ortiz de Urbina Gimeno, I. (Coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010.

ECHARRI CASI, F.J.:

- “Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales”, *La Ley*, núm. 7632, La Ley, 2011.
- *Sanciones a Personas Jurídicas en el Proceso Penal: Las Consecuencias Accesorias*, Thomson-Aranzadi, 2003.

ESPARZA LEIBAR, I., “Artículo 11: presunción de inocencia y globalización del proceso penal” en *La Declaración Universal de los Derechos Humanos ayer, hoy y mañana = Giza Eskubideen aldakarrikapen unibertsala: atzo, gaur eta bihar*, ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dir.), Aranzadi, 2012.

FABÍAN CAPARRÓS, E., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, 2003.

FARALDO CABANA, C.,

- “Irresponsabilidad penal de la empresa por los delitos contra los derechos de los trabajadores. ¿Sigue siendo posible aplicar las consecuencias accesorias?”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm.34, Iustel, 2013.
- “El blanqueo de capitales tras la reforma de 2010”, *Revista de inteligencia*, núm. cero, primer trimestre, 2012.

FARALDO CABANA, P.:

- “Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales”, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 34, 2014.
- “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 23, Universidad de Santiago de Compostela, 2001-2002.
- “La obligatoria modulación de las multas penales impuestas a la persona jurídica y a la persona física”, *La Ley Penal*, núm. 115, La Ley, 2015.
- “Los delitos contra la propiedad industrial tras la reforma del Código Penal de 2015: análisis del artículo 274”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 35, 2014-2015.
- “¿Se adecua el derecho penal español al Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales? avance de resultados de la evaluación en fase 3”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 66, núm. 2148, 2012.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.,

- “El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, con BAJO FERNÁNDEZ, M. y GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., Thomson Reuters, 2016.
- “La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal” con BAJO FERNÁNDEZ, M., y GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters, 2016.
- “Las consecuencias jurídicas del delito” con BAJO FERNÁNDEZ, M., y GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters, 2016.

FERNÁNDEZ CRUZ, J.A., “La naturaleza y contenido del mandato de Lex Certa en la doctrina del Tribunal Constitucional español”, *Revista de Derecho*, Vol. IX, diciembre 1998.

FERNÁNDEZ DE PAIZ, R., “Los grupos criminales: la sinrazón de una reforma”, *Diario La Ley*, núm. 8060, La Ley, 2013.

FERNÁNDEZ OGALLAR, B., *El derecho penal armonizado de la Unión Europea*, Dykison, 2014.

FRAGO AMADA, J.A., “La recuperación de activos descapitalizados en las insolvencias concursales, con especial referencia a la nueva responsabilidad penal de la persona jurídica”, *La Ley Penal*, núm. 124, Wolters Kluwer, 2017.

FRANCO ARIAS, J., “Una pincelada sobre el procedimiento de decomiso autónomo” en *El nuevo proceso penal tras la reforma de 2015*, AA.VV. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (dir.), Atelier, 2016.

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

GARCÍA MORENO, V.A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Recientes aportaciones”, *Carta Tributaria. Revista de opinión*, núm. 13, Wolters Kluwer, 2016.

GARCIANDIA GARMENDIA, R., “La aplicación española de las normas de Derecho Internacional contra la corrupción”, *Anuario español de derecho internacional*, núm. 24, 2008.

GIMENO BEVIA, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

GÓMEZ JARA-DÍEZ, C.:

- “El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aviso a navegantes judiciales”, *Diario La Ley*, núm. 8632, La Ley, 2015.
- *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, 2005.
- “La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014”, *Diario La Ley*, núm. 8342, La Ley, 2014.
- “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, núm. 7534, La Ley, 2010.
- “Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una anticrítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weezel”, *Política Criminal*, vol. 5, núm. 10, 2010.

- “Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una anticrítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weezel”, *Política Criminal*, vol. 5, núm. 10, 2010.
- “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” con ZARZALEJOS NIETO, J., y BANACLOCHE PALAO, J. en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, 2012.
- “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas” con ZARZALEJOS NIETO, J., y BANACLOCHE PALAO, J. en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, 2012.
- “Sujetos sometidos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas” con BANACLOCHE PALAO, J. y ZARZALEJOS NIETO, J., en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, 2012.
- “¿Imputabilidad de las personas jurídicas?”, con BAJO FERNÁNDEZ, M, JORGE BARREIRO, A., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., en *Libro Homenaje a D. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, 2005.

GÓMEZ MONTERO, A.J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, Núm. 65, 2002.

GÓMEZ TOMILLO, M., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y carga de la prueba de la idoneidad de los programas de cumplimiento”, *Diario La Ley*, núm. 8861, Wolters Kluwer, 2016.

GONZÁLEZ CANO, M.I., *El decomiso como instrumento de la cooperación judicial en la Unión Europea y su incorporación al proceso penal español*, Tirant lo Blanch, 2016.

GONZÁLEZ TAPIA, M.I., “Las consecuencias accesorias del art.129: la nueva responsabilidad penal de los entes sin personalidad jurídica”, en *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad de la persona jurídica*, Dykinson, 2014.

GONZALÉZ TASCÓN, M.M., “Nuevas obligaciones para España en la lucha contra la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil: la Directiva 2011/92/UE”, *Revista Penal*, núm. 30, Tirant lo Blanch, 2012.

GRANADOS SÁNCHEZ, J., “Crowdfunding: La nueva forma de Financiación analizada desde la perspectiva de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, *Diario La Ley*, núm. 8832, La Ley, 2016.

HOBSBAWM, E.J., *Guerra y paz en el siglo XXI*, Crítica, 2007.

HORMAZÁBAL MALARÉE, H., “Personas jurídicas penalmente responsables y medidas cautelares. El auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014”, *Diario La Ley*, núm. 8368, La Ley, 2014.

JAÉN VALLEJO, M., "El espacio judicial común europeo y la unificación del Derecho Penal y Procesal penal en Europa: el corpus juris europeo", en *Principios constitucionales y Derecho Penal moderno. Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional*, Ad-Hoc, 1999.

KOS DRAGO. “Seguimiento de los esfuerzos contra la corrupción en Europa”, *Revista penal*, núm. 16, Tirant lo Blanch, 2005.

LA CRUZ BERDEJO, J.L., (dir.), *Parte General del Derecho Civil, volumen segundo personas*, Bosch, 1990.

LAMARCA PÉREZ, C., “Principio de legalidad penal”, *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 1, 2011.

LANDA GOROSTIZA, J.M., “Artículo 7: No hay pena sin ley” en *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, LASAGABASTER HERRARTE, I. (dir.), Thomson Reuters Civitas, 2015.

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., “Principales problemas procesales en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la luz del borrador del Código Procesal Penal” en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal. 25 y 26 de abril de 2013*, MORENO CATENA (dir.), Tirant lo Blanch, 2015.

LOPÉZ JIMÉNEZ, R.,

- “El legislador español no ha atribuido la responsabilidad penal a las personas jurídicas de la noche a la mañana” en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal. 25 y 26 de abril de 2013*, MORENO CATENA, V. (dir), Tirant lo Blanch, 2015.
- “La adopción de las medidas cautelares en los procesos de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal. 25 y 26 de abril de 2013*, MORENO CATENA, V. (dir.), Tirant lo Blanch, 2015.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Las penas de las personas jurídicas”, *Diario La Ley*, núm. 7920, La Ley, 2012.

MARTÍN QUERALT, J.B., “Procedimientos ejecutivos y derecho de defensa”, *Carta tributaria. Revista de opinión*, núm. 9, 2015.

MARTÍN SAGRADO, O., “El decomiso de las sociedades pantallas”, *Diario La Ley*, núm. 8768, La Ley, 2016.

MASLOW, H. Abraham, *Motivación y Personalidad*, Editorial Díaz de Santos, 2014.

MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., “La Unión Europea y su incidencia en los Derechos penales nacionales”, *Diario La Ley*, tomo 2, La Ley, 1995.

MAZZACUVA, FRANCESCO, “Funciones y requisitos del modelo organizativo en el ordenamiento italiano: el problema del juicio de adecuación” en *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad de la persona jurídica*, PALMA HERRERA, J.M (dir), Dykinson, 2014.

MONTERO AROCA, J., “La competencia penal” en *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, MONTERO AROCA, J. y AA.VV., Edic. 23, Tirant lo Blanch, 2015.

MORENO CATENA, V., (dir.) *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal. 25 y 26 de abril de 2013*, Tirant lo Blanch, 2015.

MORENO CHAMARRO, I., “Cuestiones Procesales”, en *Delitos societarios. Las diferentes figuras delictivas y su aplicación en los Tribunales*, VLex, 2005.

MUÑAGORRI LAGUÍA, I., en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Universidad Pública Vasca, junto con la investigadora ORBEGOZO ORONOZ, I., 2008.

MUÑOZ LORENTE, J., “Los delitos contra el medio ambiente en el proyecto de reforma del Código Penal del año 2009: Análisis crítico y propuestas de cara a los debates parlamentarios”, *La Ley Penal*, núm. 73, La Ley, 2010.

MUÑOZ SABATE, LL., “La prueba del decomiso: el artículo 127 del Código Penal o del mal saber y redactar las leyes” en *El nuevo proceso penal tras la reforma de 2015*, AA.VV. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (dir.), Atelier, 2016.

NEIRA PENA, A.M.:

- “La aplicación jurisprudencial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Reflexiones sobre la STS 154/2016, de 29 de febrero, primera sentencia de condena del TS frente a una persona jurídica”, *Diario La Ley*, núm. 8736, La Ley, 2016.
- “Primer auto de procesamiento contra personas jurídicas. Comentario del auto de 11 de octubre de 2011 del Juzgado Central de Instrucción 6 de la AN”, *Diario La Ley*, número 7768, La Ley, 2012.

NIETO MARTÍN, A.:

- *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*, Iustel, 2008.
- “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *Política Criminal*, núm. 5, 2008.

OUBIÑA BARBOLLA, S., “Responsabilidad penal de la persona jurídica: penas y circunstancias modificativas” en MORENO CATENA (dir.) *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal. 25 y 26 de abril de 2013*, Tirant lo Blanch, 2015.

PÉREZ DEL VALLE, C. “Derecho penal europeo, principio de legalidad y principio de proporcionalidad”, *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2008.

PERMÁN GAVÍN, I., “La responsabilidad de las personas jurídicas puntualizadas para un adecuado planteamiento de la cuestión” en *El sistema sancionador español (Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas)*, VLex, 1998.

POLIBIO, *Historia de Roma*, 2008, Alianza Editorial.

PRIETO SANCHÍS, L., *Garantismo y derecho penal*, Iustel, 2011.

RAMÓN RIBAS, E. “Consecuencias accesorias, art. 129 CP”, en AAVV- Quintero Olivares, Gonzalo (Dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, 2010.

ROCA AGAPITO, L., “Algunas consideraciones sobre la prostitución y la pornografía infantiles”, *Diario La Ley*, núm. 5519, La Ley, 2002.

RODRIGUEZ RAMOS, J., “La culpabilidad en los delitos cometidos por la persona jurídica. El delito de “sospecha blindado” y la responsabilidad objetiva “impura” en la Circular 1/2011 de la FGE”, *Diario La Ley*, número 7694, La Ley, 2011.

SANDE MAYO, M.J., “Estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables” en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal. 25 y 26 de abril de 2013, MORENO CATENA, V. (dir), Tirant lo Blanch, 2015.

SERRANO ZARAGOZA, O., “Contenido y límites del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas en tanto sujetos pasivos del proceso penal”, *Diario La Ley*, núm. 8415, La Ley, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, JM., “La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2006.

SILVA SANCHEZ, JM., y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “El art. 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?”, *Indret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 343, 2006.

TIEDEMANN, Klaus (dir.), Eurodelitos: el derecho penal económico en la Unión Europea, Universidad Castilla-La Mancha, 2005.

TORRES MURO, I., *Foro, Nueva época*, vol. 17, núm. 2, 2014.

UBEDA DE LOS COBOS, J.J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, *La Ley Penal*, núm. 77, La Ley, 2010.

VAN WEEZEL, A., “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Política Criminal*, vol. 5, núm. 9, 2010.

VARONA GÓMEZ, D., “Medios de comunicación y punitivismo”, *InDret, Revista para el análisis del derecho*, 2011.

VERCHER NOGUERA, A., “La persona jurídica y el sistema de *compliance* en el Código Penal. Su aplicación en el contexto ambiental”, *Diario La Ley*, núm. 8833, La Ley, 2016.

VILLACORTA HERNÁNDEZ, M.A.:

- “Efectos perversos de la regulación sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista Contable*, núm. 44, Wolters Kluwer, 2016.
- “La responsabilidad penal de las empresas”, *Revista Contable*, núm. 53, Wolters Kluwer, 2017.

VILLAGRASA ALCAIDE, C., “Reflexiones en torno a la aplicación internacional de la Convención sobre los Derechos del Niño: las pautas marcadas en los Congresos Mundiales por los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia”, *La Ley Derecho de familia*, La Ley, 2014.

VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P., “Derecho penal: algunas reformas necesarias en la actual legislatura”, *Diario La Ley*, La Ley, 2005.

VILLEGAS GARCÍA, M.A.,

- “Hacia un modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas. La STS (Pleno de la Sala de lo Penal) 154/2016, de 29 de febrero”, *Diario La Ley*, núm. 8721, La Ley, 2016.
- *La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas. La Experiencia de Estados Unidos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

YZQUIERDO TOLSADA, M., y ARIAZ MÁIZ, V., *Daños y perjuicios en la propiedad intelectual (por una nueva regulación)*, Trama editorial, 2006.

ZARZALEJOS NIETO, J., “Apuntes sobre la ejecución de penas impuestas a las personas jurídicas”, con BANACLOCHE PALAO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, 2012.

ZUGALDIA ESPINAR, J.M.:

- *Comentarios al Código Penal*, COBO DEL ROSAL, M. (dir.), Edersa, 2000.
- *La responsabilidad penal de empresas, y fundaciones y asociaciones. Presupuestos sustantivos y procesales*, Tirant, 2008.

- “Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal para las personas jurídicas”, *Poder Judicial*, número 46, 1997.

- “Modelos dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas (A propósito de las SSTS de 2 de septiembre de 2015, 29 de febrero de 2016 y 16 de marzo de 2016)”, *La Ley Penal*, núm. 119, La Ley, 2016.

TESIS DOCTORAL

Eneko Etxeberria Bereziartua

Director:

Dr. José Francisco Etxeberria Guridi.

Donostia, Junio 2017.

**MEDIDAS CAUTELARES SOBRE LA
PERSONA JURÍDICA EN EL
ÁMBITO PENAL**

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea