

ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ESPAÑA^(*)

NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA

Profesor Titular de Derecho Procesal y acreditado para el cuerpo de Catedráticos
Universidad de Salamanca

1.- Planteamiento preliminar

Durante muchos años se ha venido forjando el reconocimiento a las personas jurídicas como sujetos de Derecho, tanto en el plano material posibilitando su participación en el tráfico jurídico, como desde la óptica procesal, garantizándoles, cuando se plantean conflictos y se afectan a sus derechos e intereses, el acceso al proceso reclamando su protección ante los órganos jurisdiccionales competentes, quienes deben prestar su tutela con escrupuloso respecto a las garantías derivadas de la presunción de inocencia y del debido proceso.

Esta acción legislativa *en positivo*, impulsada fuertemente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la que se las reconoce como titulares de derechos fundamentales¹, en los últimos años ha tenido que complementarse con una acción legislativa *en negativo*: el mundo jurídico que crea y ampara a las personas jurídicas ha tenido que plantearse en sus producciones normativas qué hacer no sólo con aquéllos que usan y abusan² de estas organizaciones para llevar a cabo,

^(*) Este trabajo se enmarca en la investigación desarrollada en dos Proyectos de Investigación financiados por el Ministerio de Educación (DER2009-13351) y la Junta de Castilla y León (SA033A10-1).

¹ Con relación a los procesales vid. ECHARRI CASI, *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: Las consecuencias accesorias*, Pamplona, 2003, págs 179 y ss.; ID., «Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales», *Diario La Ley*, núm. 7632, 2011, págs 1 y ss.; HERNÁNDEZ GARCÍA, «Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables», *Diario La Ley*, núm. 7427, 2010, págs 6 y ss.

² El Grupo de Acción Financiera (FATF-GAFI) desde hace años viene mostrando su preocupación por el aumento del uso de personas jurídicas para encubrir la titularidad real y el control de los activos de procedencia ilegal, lo que se puede evidenciar no sólo en sus *40 Recomendaciones* en materia de lavado de activos y financiación del terrorismo —en especial la 2, 5, 12, 17, 33 y 34— y en las *9 Recomendaciones especiales* contra la financiación del terrorismo —en especial la VI—, sino en la incidencia que sus planteamientos han tenido en la readaptación de los distintos sistemas nacionales de prevención. Así ha sucedido en España con la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Sobre la misma vid. ALIAGA MÉNDEZ, *Normativa comentada de prevención del blanqueo de capitales (adaptada a la*

directa o indirectamente, actuaciones delictivas³, principalmente relacionadas con el fraude, la corrupción, el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, sino también cómo exigir responsabilidad penal a las propias organizaciones⁴, de forma equilibrada⁵. Por tanto, por pura coherencia jurídica una vez que se ha reconocido a las personas jurídicas como sujetos de Derecho, y se les ha otorgado la correspondiente capacidad para ostentar facultades y obligaciones, a las mismas hay que someterlas a la ley y al Derecho⁶, adoptando para ello *un modelo*, y en esto casi

Ley 10/2010), Madrid, 2010; VEGA SÁNCHEZ, *Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Nueva Ley 10/2010, de 28 de abril*, Madrid, 2011.

³ Vid. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, págs 37 y ss., que analiza como por existir organizaciones se incrementan los riesgos de que los empleados, a título individual y prevaliéndose de la *opacidad interna* de las mismas, cometan actos delictivos.

Con este planteamiento, vid. además MIR PUIG, LUZÓN PEÑA (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996; PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, Barcelona, 1997; NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal de la empresa*, Valencia, 2000; FEJOO SÁNCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, 2002; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Valencia, 2002; SCHÜNEMANN, «Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas», *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid, 2002, págs 129 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad en el Derecho Penal de la empresa*, Madrid, 2005; ID. (coord.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas contemporáneas*, Pamplona, 2006; ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones. Presupuestos sustantivos y procesales*, Valencia, 2008; DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Madrid, 2009; FEJOO SÁNCHEZ, *Cuestiones actuales del Derecho Penal económico*, Montevideo, 2009, págs 20 y ss.; RAMÓN RIBAS, *La persona jurídica en el Derecho penal. Responsabilidad civil y criminal de la empresa*, Granada, 2009, págs 277 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho Penal*, Pamplona, 2011.

⁴ Con relación a la amplitud de los destinatarios de la ley penal vid. BACIGALUPO SAGESSE, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998, págs 368 y ss.

⁵ Es decir, que la persona jurídica no debe pasar de *ignorada legalmente* a *de facto* ser la *única responsable*, lo cual sucedería si los operadores jurídicos se dieran por satisfechos con identificar a una persona jurídica e imputarle los hechos delictivos, sin *malgastar* recursos personales y técnicos en localizar a la persona física que está detrás del comportamiento delictivo; y es que, como ya señalara SCHÜNEMANN, «sólo se puede alcanzar una eficacia preventiva del Derecho Penal equivalente a la que existe en el ámbito de la actuación individual si, en correspondencia al entrecruzamiento de mecanismos de acción colectiva y acción individual, se conmina también una combinación de sanciones individuales y colectivas; sí, por tanto, expresado con otras palabras, se completa el Derecho Penal individual con un Derecho sancionatorio dirigido contra la empresa en cuanto tal» (SCHÜNEMANN, «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea», AA.VV., *Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas en Honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pág. 581). Vid. además NIETO MARTÍN, *La responsabilidad...*, op. op.cit., págs 48 y ss., quien defiende que esta doble vía diseñada apoyada en la responsabilidad colectiva y en la responsabilidad individual abarata los costes y aumenta la efectividad en la protección de los bienes jurídicos.

⁶ Para CARBONELL MATEU, «hoy es absolutamente inconcebible el mundo del Derecho sin el protagonismo absoluto de sociedades, fundaciones y demás personas jurídicas... [S]i las sociedades no estuvieran sometidas al Ordenamiento jurídico, éste no regiría: sencillamente, no

cada país ha tomado un camino divergente, en todo o en parte, de los aspectos más importantes en esta cuestión⁷: la forma y el lugar de regularlo —en normas penales y/o procesales, en los códigos generales o en leyes especiales—, la naturaleza jurídica de la responsabilidad —penal, civil, administrativa o mixta—, los tipos de personas jurídicas responsables —con relevantes inclusiones y exclusiones—, las relaciones y conexiones entre personas jurídicas y físicas, las conductas tipificadas determinantes de la responsabilidad, los criterios de imputación, las circunstancias modificativas y eximentes de la responsabilidad, las consecuencias jurídicas imponibles a las personas jurídicas —comunes o no con las de las personas físicas—.

El planteamiento de este tema nos conduce directamente a una de las cuestiones más controvertidas y novedosas del panorama legislativo penal —procesal— nacional e internacional de los últimos años:

a) *controvertida*, porque durante años ha existido una resistencia⁸ en la doctrina en admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al primar la idea de que por incapacidad de acción, por ausencia de culpabilidad delictiva y por imposibilidad de ser sujeto pasivo de penas, son irresponsables y no cabe castigarlas en sí mismas⁹, al menos dentro de la esfera penal¹⁰, quizá todo ello derivado de una

habría Estado de Derecho» (CARBONELL MATEU, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, 2010, pág. 7).

⁷ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, «Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal», GASCÓN INCHAUSTI (coord.), *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal*, Pamplona, 2010, págs 23 y ss., quien realiza una sistematización de las cuestiones más controvertidas, al menos desde la óptica procesal, a partir del tratamiento jurídico de algunos ordenamientos jurídicos como los de Alemania, Austria, Bélgica, Chile, Francia, Italia, Países Bajos y Suiza, lo que tiene que servir tanto al legislador como a los operadores jurídicos para colmar las lagunas existentes en el ordenamiento penal español.

En este sentido, por ser el chileno de los más recientes ordenamientos en incorporar la responsabilidad penal de las personas jurídicas y por haberlo hecho, como España, acuciado por la *presión internacional* en este caso como *peaje jurídico* para poderse incorporar a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, vid. HERNÁNDEZ BASUALTO, «La introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Chile», CHEYRE, OLIVARES TRAMÓN, RODRÍGUEZ GARCÍA (edits.): *Chile en el Club de los países desarrollados*, Santiago de Chile, 2010, págs 273 y ss.

⁸ Como con reiteración ha señalado ZUGALDÍA ESPINAR, el verdadero obstáculo ha estado en que la dogmática tradicional no ha estado muy dispuesta a asumir la necesidad de elaborar una teoría jurídica del delito de la persona jurídica (ZUGALDÍA ESPINAR, «Vigencia del principio *societas delinquere potest* en el moderno Derecho Penal», HURTADO POZO, ROSAL BLASCO, SIMONS VALLEJO (coords.), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Valencia, 2001, pág. 259; ID., *La responsabilidad...*, op.cit., págs 245 y ss.).

⁹ Vid. ROSAL BLASCO, PÉREZ VALERO, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y consecuencias accesorias en el Código penal español», HURTADO POZO, ROSAL BLASCO, SIMONS VALLEJO (coords.), *La responsabilidad...*, op.cit., págs 23 y ss., quienes de manera sintética analizan

incapacidad en reconocer que las diferencias entre las personas físicas y las jurídicas son *insuperables*¹¹;

b) *novedosa*, porque la realidad de la participación de sociedades en acciones delictivas relacionadas en ámbitos como los señalados y las dificultades en identificar al sujeto actuante¹² ha motivado que poco a poco la doctrina especializada, y los organismos internacionales, hayan presionado para que los Estados modifiquen sus ordenamientos jurídico-penales acogiendo al aforismo *societas delinquere potest*¹³.

el estado de la cuestión en la doctrina *tradicional* española —mayoritaria hasta hace meses— y la más *moderna* —y minoritaria—.

¹⁰ Lo habitual ha sido, al menos, relegar la exigencia de la responsabilidad al ámbito del Derecho Administrativo, donde *curiosamente* se utilizan similares exigencias en materia de acción y culpabilidad, pero en el que lógicamente las garantías penales y procesales tienen un menor *alcance* y *trascendencia*. Vid. RANDO CASERMEIRO, *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, Valencia, 2011.

Sobre esta cuestión referida en concreto a las personas jurídicas y su posible responsabilidad vid. PALIERO, «La sanción administrativa como medida moderna en la lucha contra la criminalidad económica», AA.VV., *Hacia un Derecho...*, op.cit., págs 469 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo español», MIR PUIG, LUZÓN PEÑA (coords.), *Responsabilidad*, op.cit.; CESANO, *Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica*, Buenos Aires, 2006, págs 54 y ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 3.^a ed., Pamplona, 2009, págs 196 y ss.; GÓMEZ TOMILLO, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español*, Valladolid, 2010, págs 179 y ss.

¹¹ Cfr. BACIGALUPO SAGESSE, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un problema del sujeto del Derecho Penal», MIR PUIG, MODOLELL GONZÁLEZ, GALLEGO SOLER, BELLO RENGIFO, (coords.), *Estudios de Derecho Penal económico*, Caracas, 2002, pág. 159.

¹² Lo cual, más allá de que se pueda exigir o no responsabilidad criminal a la persona jurídica, tiene su trascendencia procesal en materia de prescripción, lo que ha llevado al legislador a recoger en el art. 132.2 CP una tercera regla según la cual, y a los efectos de la interrupción de la prescripción, es posible realizar una identificación *provisional* e *inconcreta*: «...la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho».

¹³ Con su habitual clarividencia ROXIN marcó hace años el escenario del cambio: «*Societas delinquere non potest*: este era el principio rector de un Derecho Penal que se mueve de la responsabilidad por el resultado en la Edad Media hacia la imputación individual. Por el contrario, en el futuro las sanciones a los entes colectivos jugarán un gran papel. Pues las formas sociales dañosas de la criminalidad económica, y también ambiental, tienen su origen en empresas grandes y poderosas; pero también la comercialización de los más variados productos dañinos para la salud será siempre un gran problema del Derecho Penal. Si en dichos casos se completa el tipo penal, frecuentemente se hace difícil y a veces imposible averiguar quiénes dentro de la empresa son responsables, ya que la responsabilidad se reparte entre muchas personas y la culpa de uno solo es difícil de probar. Tampoco pueden afrontarse eficazmente los peligros que provienen de una gran empresa penando a una sola persona que puede fácilmente ser reemplazada. En cambio, las sanciones vinculadas a un fracaso de organización (independientemente de a quién en particular alcance la culpa) pueden ser muy efectivas preventivamente. Estas

Con la aprobación en junio de 2010¹⁴ de la Ley Orgánica 5/2010 de modificación del Código Penal¹⁵, a imagen y semejanza de lo que han hecho países europeos —como Francia, Bélgica, Holanda, Portugal, Reino Unido, Suiza, Italia, Austria, Dinamarca, Noruega, Islandia, Suecia— e iberoamericanos —como Argentina, Chile, México, Perú y Venezuela—, España ha incorporado sin ambages el principio *societas delinquere potest* como una *teórica necesidad* surgida por ser Estado Parte de diversos organismos internacionales en los cuales, desde los últimos veinte años, se viene pidiendo a los signatarios, en los instrumentos jurídicos aprobados, una responsabilidad penal clara para las personas jurídicas en general, o al menos en determinadas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente y preocupante¹⁶, tal y como acontece en corrupción, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...¹⁷.

sanciones, cuya elaboración jurídica está todavía en sus inicios, no requieren de una acción y una culpabilidad humana, sino de una opción y una culpabilidad de la propia persona jurídica distinta a aquéllas, por lo que resulta necesario elaborar para las personas jurídicas unas reglas especiales de imputación» (ROXIN, *Dogmática Penal y política criminal*, Lima, 1998, pág. 461).

¹⁴ Años antes ya lo había intentado en la fracasada reforma del Código Penal de 2007. Sobre la misma vid. AA.VV., «La responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos», *Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, 2007; BACIGALUPO SAGESSE, «La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma del Código Penal de 2006 (Art. 31 *Bis*)», AA.VV., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario», *Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, 2007, págs 199 y ss.; CUADRADO RUIZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?», *Revista Jurídica de Castilla y León*, vol. 12, 2007, págs 121 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, «Hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, vol. 38, 2008, págs 237 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad...*, op.cit., págs 249 y ss.; MARTÍNEZ RUIZ, «El ser o no ser de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista de Derecho Penal*, núm. 28, 2009, págs 11 y ss.; MORALES PRATS, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: perspectivas de reforma en el Derecho penal español», ÁLVAREZ GARCÍA, (dir.), *La adecuación del Derecho Penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Valencia, 2009, págs 47 y ss.

¹⁵ Con relación al régimen transitorio de la reforma, y su aplicación a determinados delitos, vid. la Circular 3/2010 de la Fiscalía General del Estado.

¹⁶ Como gráficamente señala ARROYO ZAPATERO, «si nuestro Papa Inocencio IV pudiera levantar la cabeza y observar las características de un caso de fraude y bancarrota como el de la sociedad ENRON comprendería que, sin querer hacer comparaciones entre el proceso al imperio ENRON y el proceso al emperador Federico II, ahora es claramente necesario afirmar la exigencia de una responsabilidad penal no sólo frente a los individuos que actúan en el seno de una empresa, sino contra la empresa misma, es decir, contra aquella sociedad empresarial que hace posible la actuación criminal de sus administradores» (ARROYO ZAPATERO, «Persone giuridiche e responsabilità penale in Spagna», AA.VV., *Societas punire potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, pág. 179).

¹⁷ De esta manera es justificada en este punto el cambio del Código Penal español en Exposición de Motivos de la reforma de 2010. Incluso, esta idea es reafirmada más detalladamente en la Disposición Final Sexta con una enumeración de las Decisiones Marco que se *entienden incorporadas*

Aquí radica la primera gran falencia de la reforma del Código Penal, por cuanto estamos ante una fundamentación jurídica fruto de la *presión internacional* pero ayuna de profundas razones de política criminal¹⁸ y del debido consenso doctrinal¹⁹ —y

por esta reforma del Código Penal en la materia que estamos tratando y en otras, si bien cabe la duda, como señala VENTURA PÜSCHEL, si se trata de una simple declaración sobre *resultados* o sobre *propósitos* (VENTURA PÜSCHEL, «Incorporación de derecho de la Unión Europea. Disposición final sexta», QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Pamplona., 2010, pág. 425).

¹⁸ MATA BARRANCO considera que la esencia de la reforma en esta materia tiene que arrancar de un cuestionamiento claro: qué aporta político-criminalmente la responsabilidad penal de la persona jurídica que no pueda solucionarse con la responsabilidad penal individual siempre que ésta se concrete en quien o quienes, dentro de la empresa, realmente toman las decisiones delictivas y gestionan su ejecución (MATA BARRANCO, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», JUANES PECES (dir.), *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico-penal del empresario*, Madrid, 2011, pág. 74). Con relación a ello vid. CARBONELL MATEU, MORALES PRATS, «Responsabilidad, op.cit., págs 55 y ss.

¹⁹ A nivel doctrinal sigue existiendo una profunda división no sólo entre los partidarios y detractores de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, sino incluso del *modelo* a adoptar. Vid. los trabajos aparecidos sobre el texto reformado del Código Penal de BAJO FERNÁNDEZ, «La responsabilidad penal colectiva», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 98, 2009, págs 31 y ss.; NIETO MARTÍN, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010», *Revista Xurídica Galega*, núm. 63, 2009, págs 47 y ss.; AA.VV., *Reforma Penal. Memento Experto Francis Lefebvre*, Madrid, 2010, págs 11 y ss.; BARALLAT LÓPEZ, «Claves de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Iuris: Actualidad y Práctica del Derecho*, núm. 154, 2010, págs 40 y ss.; CARBONELL MATEU, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su *dogmática* y al sistema de la reforma de 2010», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 101, 2010, págs 5 y ss.; CARBONELL MATEU, MORALES PRATS, *Responsabilidad*, op.cit., págs 55 y ss.; CROS GARRIDO, «La ley que instaura la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Abogacía*, núm. 6, 2010, págs 57 y ss.; FERNÁNDEZ TERUELO, «Algunas consideraciones críticas sobre el nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido por la LO 5/2010», *Revista de Derecho Penal*, núm. 31, 2010, págs 43 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, núm. 7464, 2010, págs 7 y ss.; GÓMEZ TOMILLO, *Introducción...*, op.cit.; MORALES PRATS, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 *bis*, 31.2 supresión, 33.7, 66 *bis*, 129 y 130.2 CP)», QUINTERO OLIVARES, (dir.), *La reforma...*, op.cit., págs 45 y ss.; RIVAS VERDES-MONTENEGRO, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: problemas dogmáticos y soluciones legislativas», *La Ley Penal*, núm. 75, 2010, págs 50 y ss.; SOLÉ RAMÓN, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Hacia una nueva regulación de la persona jurídica como sujeto activo del Derecho Penal y del proceso penal», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 13, 2010, págs 1 y ss.; ÚBEDA DE LOS COBOS, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por la Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio», *La Ley Penal*, núm. 77, 2010, págs 25 y ss.; AA.VV., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, núm. 7483, 2010, págs 9 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, «*Societas delinquere potest* (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio)», *La Ley Penal*, núm. 76, 2010, págs 5 y ss.; AA.VV., «Problemática procesal derivada de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, núm. 7626, 2011, págs 1 y ss.; BACIGALUPO SAGESSE, «Artículo 31 *bis*», GÓMEZ TOMILLO, (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, 2011, págs 270 y ss.; ID., «Los criterios de imputación de la responsabilidad de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 *bis* y 129 CP)», *Diario la Ley*, núm. 7541, 2011, págs 1 y ss.;

jurisprudencial—: si se analizan a fondo esos textos internacionales aprobados en el seno de Naciones Unidas²⁰, el Consejo de Europa²¹, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico²² y la Unión Europea²³ fundamentalmente,

CORCOY BIDASOLO, MIR PUIG, (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, 2011, págs 127 y ss.; FERRÉ MARTÍNEZ, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 2011; GARCÍA ARÁN, «Art. 31 bis», CÓRDOBA RODA, GARCÍA ARÁN, (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Madrid, 2011, págs 385 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Madrid, 2011, págs 65 y ss.; MATA BARRANCO, «La responsabilidad...», op.cit., págs 67 y ss.; QUINTERO OLIVARES, «Art. 31 bis», QUINTERO OLIVARES, (dir.), *Comentarios al Código Penal español. Tomo I (arts. 1 a 233)*, 6.ª ed., Pamplona, 2011, págs 362 y ss.

²⁰ Vid. la Convención contra la delincuencia organizada transnacional de 15 de noviembre de 2000; y la Convención contra la corrupción de 31 de octubre de 2003.

²¹ Vid. la Recomendación N.º R (88) 18 adoptada por el Comité de Ministros el 20 de octubre de 1988 sobre responsabilidad de las empresas con personalidad jurídica por los delitos cometidos en el ejercicio de sus actividades; el Convenio penal contra la corrupción de 27 de enero de 1999; el Convenio sobre cibercriminalidad de 23 de noviembre de 2001; y el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, y sobre la financiación del terrorismo de 16 de mayo de 2005.

²² Vid. el Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de 17 de diciembre de 1997.

²³ Vid. el Corpus Iuris para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea; el Convenio Europeo de 26 de julio de 2005 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas; el Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1998 para la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal; la Acción Común 98/733/JAI del Consejo, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea; la Decisión Marco 2000/383/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro; la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y falsificación de medios de pago distintos del efectivo; la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre lucha contra el terrorismo; la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos; la Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a las estancias irregulares; la Decisión Marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal; la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado; 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; la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas; la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información; la Decisión Marco 2005/667/JAI del Consejo, de 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques; la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo; la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo,

podremos comprobar como en los mismos *sólo* se obliga a los Estados, «de conformidad con sus principios jurídicos», a adoptar sanciones «efectivas, proporcionadas y disuasorias»²⁴, entre las que se pueden incluir sanciones administrativas, medidas de seguridad y otras consecuencias jurídicas distintas de las penas en sentido estricto²⁵.

2.- En general: algunas características básicas

En primer término, la propia Exposición de Motivos de la LO 5/2010 comienza destacando el carácter *pormenorizado* de la nueva regulación²⁶, así como el carácter *tasado* y *cerrado* de los sujetos y supuestos en los que puede esta responsabilidad ser declarada. Sin embargo, dista de ser *completo* en aspectos esenciales tales como los delitos en los que es aplicable, lo que como veremos obliga a realizar un repaso del articulado —nuevo— del Código para poder determinar el ámbito de aplicación, que es incompleto; el estatuto procesal de la persona jurídica, por mucho que en la reforma *penal* encontremos implicaciones o

de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la criminalidad organizada; la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal; y la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

²⁴ También se comprometen, desde hace muchos años, a que las peticiones de cooperación y asistencia jurídica internacional no se vean frenadas o negadas por el país requerido con base en esgrimir como impedimento que la misma afecta a una persona jurídica.

²⁵ Esta conclusión ya fue puesta de manifiesto con toda rotundidad en 2006 por el Consejo General del Poder Judicial cuando emitió su preceptivo Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 2006 —cuya tramitación parlamentaria no prosperó—: «El Derecho Comunitario únicamente exige que en los supuestos de conductas criminales realizadas por personal directivo, las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables o exigírseles responsabilidades por determinadas infracciones de naturaleza penal y que pueden serles impuestas por ello sanciones de naturaleza penal o administrativa. La imputación de responsabilidad de naturaleza penal a las personas jurídicas no lleva implícita necesariamente la imputación subjetiva de hechos delictivos, por lo que no debe considerarse que sea consecuencia de un imperativo de Derecho Comunitario que las personas jurídicas deban ser objeto de un régimen de responsabilidad penal como el de las personas físicas, como tampoco que las sanciones hayan de ser de naturaleza penal». Con relación a las previsiones contenidas en este Proyecto de 2006, vid. JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, «La responsabilidad penal de la persona jurídica en el Espacio Judicial Europeo. Comentarios al Proyecto de modificación del Código Penal de 2006», ARANGÜENA FANEGO, SANZ MORÁN (coords.), *La reforma de la Justicia Penal. Aspectos materiales y procesales*, Valladolid, 2008, págs 85 y ss.

²⁶ A pesar de esta declaración de intenciones eso no quiere decir que el trabajo de inserción de diferentes menciones en el articulado del Código Penal haya sido *perfecto* y *coherente* con el sentido de la reforma; por ejemplo, en el art. 570 quáter CP, cuando determinan los efectos derivados de las actividades delictivas de las organizaciones y grupos delictivos fijan la *disolución* y cualquier otra de las *consecuencias* del art. 31 *bis* CP.

alusiones aisladas a medidas cautelares, manifestaciones del principio de oportunidad, responsabilidad civil...; los criterios concretos que permiten excluir la responsabilidad de las personas jurídicas; o los efectos que se derivan para determinadas personas, interesadas en su existencia —como los trabajadores y sus familias, los clientes, los acreedores...—, si como consecuencia de un sentencia penal condenatoria se acuerda por ejemplo el cierre de la sociedad²⁷.

Relevante destacar que se prevé un sistema *complementario* al régimen tradicional de responsabilidad penal exigible a las personas individuales, que no se ven eximidas de tener que hacer frente a su responsabilidad personal por el hecho de haber actuado dentro de una persona jurídica.

Como en el sistema penal español ninguna persona puede ser condenada por hechos que no le sean imputables, la existencia de un *defecto de organización* es el presupuesto de punibilidad de las personas jurídicas en todos los casos, lo que se evidencia especialmente en casos de ausencia del debido control sobre las personas que hayan actuado bajo la autoridad de los administradores²⁸, y ello con independencia de que las actividades delictivas fueran conocidas y/o autorizadas por la propia persona jurídica.

Finalmente, también se puede catalogar de *compatible* y *autónomo* este sistema, por cuanto la responsabilidad penal de la persona jurídica puede declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad de la persona física, o no se haya podido dirigir el procedimiento contra ella; a consecuencia de ello, se ha tenido que derogar el hasta entonces vigente art. 31.2 CP, conforme al cual cuando en una sentencia penal se impusiera una pena de multa al autor del delito del pago de la misma era responsable —de manera directa y solidaria— la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó²⁹. Incluso más, porque la

²⁷ A pesar del silencio legal y de la supresión de la primera parte del art. 129.1 CP, esto debiera significar que por la trascendencia de las medidas el órgano jurisdiccional deba oír previamente a la persona jurídica —a sus titulares o a sus representantes legales— y al Ministerio Fiscal.

²⁸ Con relación al mismo, y al parecer del Consejo General del Poder Judicial, vid. ROBLES PLANAS, «El 'hecho propio' de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2009, págs 2 y ss.

²⁹ Vid. SOTO NIETO, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Significado y alcance del artículo 31 del Código Penal», *Diario La Ley*, núm. 5495, 2002, págs 1 y ss.; GALÁN MUÑOZ, «¿*Societas delinquere nec punire potest?* Algunas consideraciones críticas sobre el artículo 31.2 CP», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 18, 2006, págs 229 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, «El nuevo art. 31.2 del Código Penal: cuestiones de *lege data* y de *lege ferenda*», GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Modelos...*, op.cit., págs 239 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, ORTIZ DE URBINA GIMENO, «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*, 2006, núm. 2, págs 1 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad*, op.cit., págs 242 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, «La responsabilidad», op.cit., págs 44 y ss. Destacar además la Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado, en la que, como era lógico, se reclamaba, desde una óptica meramente procesal, necesarias y urgentes

conurrencia, 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.

3. En particular: algunos aspectos destacables

A) Sujetos responsables

El art. 31 *bis*.5 CP determina de forma excluyente y negativa algunas personas jurídicas, tanto de Derecho público como privado, a las que no son aplicables las disposiciones relativas a la responsabilidad penal, las cuales pueden ser agrupadas de la siguiente forma³⁰:

1) Entidades de Derecho público y asimiladas: el Estado, las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, los Organismos Reguladores y las organizaciones internacionales de Derecho público, cuya justificación está tanto en la dimensión constitucional que tienen las funciones que ejercen, como en que desde un punto de vista práctico el Estado no necesita *autosancionarse* en sus propios órganos, puesto que además si lo hiciera las consecuencias económicas de la multa y de otras posibles penas —suspensión, disolución, clausura...— le privarían de los fondos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

2) Entidades estatales mercantiles y ejercientes privados de funciones públicas: las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, las organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas —como los Colegios Profesionales o las Cámaras de Comercio—, y las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. Aunque con carácter general su fundamento sería similar al del grupo anterior, los *peligros* y *excesos* que ello puede representar obligan a que la jurisprudencia realice una interpretación restrictiva de expresiones como «políticas públicas», «interés económico general» o «entidades públicas empresariales», para que por medio de

reformas: «La asimilación de la persona jurídica responsable *ex art.* 31.2 CP al imputado implicará la necesidad de reconocerle el derecho a la tutela judicial efectiva, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y a no sufrir indefensión. En definitiva habrá de reconocérsele el derecho al proceso debido. Deberá garantizarse la participación de la persona jurídica en el proceso, habrá de incluirse a la misma en el acta de acusación del Fiscal y en el auto de apertura de juicio oral y habrá de admitirse su personación por medio de abogado y procurador ya en la fase de instrucción, reconociéndole igualmente la posibilidad de recurrir la sentencia en cuanto a las responsabilidades que en la misma se le atribuyan. Cabrá igualmente exigirle a la persona jurídica fianza para garantizar las responsabilidades pecuniarias que pudieran imponérsele en sentencia».

³⁰ AA.VV., *Reforma Penal. Memento*, op.cit., págs 14-15.

alguna de las excluidas no se esté propiciando un cauce para la *huida* del régimen administrativo.

3) Agentes políticos y sindicales: los partidos políticos³¹ y sindicatos³². Sin obviar el rol que se les encomienda constitucionalmente al servir de cauce al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, esta exclusión puede ser criticada por su amplitud y por no hacerse eco de la realidad diaria por los numerosos problemas cuya actuación genera en materia electoral, de financiación, urbanística..., por lo cual no sería descabellado pensar que como una excepción más al régimen general de responsabilidad se podrían haber previsto y modulado para estos casos alguna de las penas —como la multa—, rechazado de plano otras —como la disolución o la suspensión de actividades—.

Finalmente, en estos supuestos hay prevista una excepción al régimen de exclusión de responsabilidad: los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una *forma jurídica* creada —*ex novo* y *ad hoc*³³— por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal, lo que obligará al Juez o Tribunal a retrotraerse mentalmente al momento de la creación del organismo para valorar si en sus promotores, fundadores, administradores o representantes concurría —*oculto*— tal propósito³⁴.

³¹ Es paradójico, y contradictorio, que la decisión político-criminal de excluir a los partidos políticos conviva con la vigencia de la Ley de Partidos Políticos, en cuyo art. 10 se prevén dos auténticas penas: la suspensión judicial y la disolución.

³² Llama la atención que no se incluya entre los excluidas a las asociaciones empresariales, las cuales, como destaca el art. 7 de la Constitución, junto a los sindicatos —que sí lo son— contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios.

³³ No parece muy justificable el alcance restrictivo de esta previsión, que sólo afecta a las personas jurídicas creadas *ex novo* y *ad hoc*, dejando sin castigar a aquellas que si bien en su origen se hubieran creado de forma legal pasado el tiempo se han desvirtuado convirtiéndose en una organización criminal organizada.

³⁴ Tal y como señala GARCÍA ARÁN, este propósito individual es inimaginable en la constitución de órganos integrados en el aparato estatal, muchos de los cuales necesitan de una decisión administrativa; y también es difícil imaginarlo en entidades mixtas como las sociedades mercantiles estatales y aquellas en cuyo impulso está implicado el Estado. Siendo así, parece que la excepción queda reducida a las entidades cuyo origen y constitución es impulsado por sujetos privados, fundamentalmente partidos políticos y sindicatos (GARCÍA ARÁN, «Art. 31 *bis*...», *op.cit.*, págs 414-415).

B) **Ámbito de aplicación.**

En lugar de haber optado por la fórmula de recoger una declaración genérica y abierta³⁵ atinente al ámbito de aplicación del art. 31 *bis* CP, en su apartado primero, de forma tajante, se circunscribe la exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas a «los supuestos previstos en este Código», lo que equivale a referirse de forma indirecta a que existe un listado cerrado de delitos, que como tal no existe en ningún precepto por lo que tiene que ser *construido* a partir de la regulación de muchos tipos penales en la parte especial del Código Penal.

Un catálogo que en atención a la filosofía que ha inspirado la reforma dista de ser, por un lado, *completo*³⁶, por cuanto aunque en el origen de la criminalización pudiera el legislador haber estado pensando principalmente en el sector de la delincuencia económica ejecutada en ámbitos empresariales, ni alcanza a toda ella³⁷ ni lo que es más importante se restringe sólo a ella, lo que complica todavía más la

³⁵ RODRÍGUEZ RAMOS propone reformar ya el Código Penal adoptando el criterio de *numerus apertus*, ya que según sí criterio «todos los delitos, incluidos el asesinato o los contrarios a la libertad sexual, pueden cometerse por cuenta y en provecho de las personas jurídicas (pagando a un sicario para eliminar a un valioso directivo de la competencia, por ejemplo), bastando para ello hacer una tabla de equivalencia de las penas previstas para unas y otras ‘personas’, con una proporcionalidad dimanante de la peculiar naturaleza de la responsabilidad penal de la persona jurídica, que siempre será un modo de participación imprudente por omisión en delitos cometidos por alguna persona física» (RODRÍGUEZ RAMOS, «¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)», *Diario La Ley*, núm. 7626, 2011, pág. 2).

³⁶ La ausencia explícita de este listado en el art. 31 *bis* CP conduce inexorablemente a alguna paradoja digna de mención cuando hacemos un repaso a la regulación de muchos de los delitos. Así por ejemplo sucede en los delitos contra los derechos de los trabajadores, cuya tipificación no ha sufrido modificaciones, y ello por dos motivos: primero, porque pese a que el art. 318 CP si prevé que las personas jurídicas puedan cometer estos delitos —especialmente serios cuando omita medidas de seguridad que pongan en peligro grave la vida, salud o integridad física de los trabajadores— nada se dice de manera expresa acerca de la posible exigencia de responsabilidad penal *ex* art. 31 *bis* CP, por lo que los únicos responsables serán los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos, y también quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello; y segundo, al menos este *olvido* puede ser mínimamente paliado por cuanto en el mismo art. 318 CP se faculta a los órganos judiciales para poder decretar, según las circunstancias concurrentes, alguna o alguna de las medidas accesorias previstas en el art. 129.1 CP, que después de la reforma han pasado de cinco a dos: la misma pena que corresponda al autor del delito y la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita. A las ausencias podrían sumarse también: los delitos de manipulación genética (art. 162 CP); la alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262 CP); la resistencia a entidades u organismos inspectores (art. 294 CP); y el delito de asociación ilícita (art. 520 CP).

³⁷ No se entiende que no se fije la responsabilidad penal de las personas jurídicas ni en los delitos societarios (arts. 290 a 297 CP) ni en los delitos de corrupción entre particulares (art. 286 *bis* CP), y más cuando como hemos indicado la justificación de la reforma se radica en textos internacionales, muchos de ellos dedicados en todo o parte a la prevención y represión de la corrupción pública y privada.

intelección del régimen jurídico de esta modalidad de responsabilidad; y por otro, *coherente* con la realidad criminológica, por cuanto alguno de los tipos penales que sí forman parte del ámbito aplicativo difícilmente podrán ser ejecutados desde personas jurídicas: serán más bien organizaciones criminales las que actúen en diversos ámbitos, para lo cual, por lo general, ni necesitan ni adquieren ningún tipo de personalidad³⁸.

Por orden cronológico, podemos entender incluidos en el régimen de imputación de las personas jurídicas los siguientes ilícitos penales:

- delitos de obtención o tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o trasplante de los mismos (art. 156 *bis*.3 CP);
- delito de trata de seres humanos (art. 177 *bis*.7 CP);
- delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 *bis* CP);
- delitos contra la intimidad por descubrimiento y revelación de secretos (art. 197.3 CP);
- delitos de estafa (art. 251 *bis* CP);
- insolvencias punibles (art. 251 *bis* CP);
- daños informáticos (art. 264.4 CP);
- delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial y al mercado y a los consumidores (art. 288 CP);
- blanqueo de capitales (art. 302.2 CP);
- delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 *bis* CP);
- delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 *bis*.4 CP);
- delitos contra la ordenación del territorio y el urbanístico (art. 319.4 CP);
- delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 327 y 328.6 CP);
- delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 343.3 CP);
- delitos de riesgo provocados por explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes u otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos (art. 348.3 CP);
- delitos contra la salud pública por medio de drogas (art. 369 *bis* CP);
- delitos de falsificación de tarjetas de crédito (art. 399 *bis* CP);

³⁸ FERNÁNDEZ TERUELO, «Algunas, op.cit., pág. 45.

- delitos de cohecho (art. 427.2 CP);
- tráfico de influencias (art. 430 CP);
- delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445.2 CP);
- y delitos de colaboración con organización terrorista (art. 576 *bis* CP).

C) Conexión entre la persona jurídica y la persona física.

La exigencia de responsabilidad penal de la persona jurídica sólo será posible en la medida de que el juzgador aprecie una relación entre ella y una persona física; esto es, que es *indirecta* porque necesita una persona física que haya cometido el injusto penal. Cuestión distinta, tal y como hemos apuntado en el apartado anterior, es que acreditada esta relación la persona jurídica tenga que responder por sí misma aunque la persona física no lo haga por no haber podido ser enjuiciada o por haber resultado exculpada.

A consecuencia de ello, nos encontramos con que el legislador ha recurrido a un doble criterio para determinar la responsabilidad de las personas jurídicas:

a) en primer término, las hace responsables de los delitos cometidos *en nombre o por cuenta* de las mismas por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho, pero si y sólo si cuando se haya hecho *en su provecho*³⁹;

b) en segundo, se añade la responsabilidad por los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y *por cuenta y en provecho* de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas antes, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el *debido control*, atendidas las concretas circunstancias del caso. Se parte, por tanto, de la idea no sólo que son hechos que se realizan por una pluralidad de personas, organizadas jerárquicamente y con división de funciones, que se aprovechan de su particular configuración legal para diseñar desde los *mandos* los actos ilícitos para que sean ejecutados por la *base*, sino que las personas jurídicas están obligadas *autorregularse*⁴⁰,

³⁹ Haciendo una interpretación literal parece que estamos ante unas exigencias acumulativas. No obstante, tendrá que ser la jurisprudencia la que concrete el significado del provecho propio y si ese provecho para la empresa puede ser concurrente con un beneficio personal del infractor.

⁴⁰ Vid. NIETO MARTÍN, «El programa político-criminal del *Corporate Government* (Derecho Penal de la empresa y gobierno corporativo)», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 11, 2004, págs 259 y ss.; ID., «La responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa», BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Gobierno corporativo y Derecho Penal: Mesas Redondas, Derecho y Economía*, Madrid, 2008, págs 131 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Cuestiones*, op.cit., págs 55 y ss.; SÁNCHEZ REYERO, «Estudio sobre la responsabilidad de la persona jurídica, el doloso dependiente y el *corporate compliances*», *Diario La Ley*, núm. 7653, 2011, págs 10 y ss.;

a tener un programa⁴¹ de prevención de delitos⁴² —ya habituales en el ámbito laboral— en el que de manera general estén implicados todos los integrantes de la empresa —dirigentes y empleados⁴³— pero que de forma específica esté liderado —o al menos del que formen parte— por expertos penalistas que diseñen y ejecuten una estrategia empresarial jurídica de previsión e intervención en los delitos⁴⁴. Para bien ser, en poco tiempo, y a falta de control legal, como en este caso

BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y*, op.cit., págs 79 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, «La responsabilidad», op.cit., págs 68 y ss.

⁴¹ Pero no uno *cualquiera*, sino uno *cualificado* en el que se den, al menos, las tres exigencias manifestadas por CORCOY BIDASOLO y MIR PUIG debe de ser un programa que tenga por objeto evitar aquellos delitos para los que el Código Penal prevé la responsabilidad penal de la sociedad; debe acreditarse como objetivamente idóneo para evitar delitos de la misma naturaleza del ocurrido, aunque en el caso concreto haya sido burlado como consecuencia de la incorrecta ejecución del plan por parte de un cuadro intermedio, o de cualquier trabajador de la empresa; debe ser diseñado, y su cumplimiento supervisado, por un órgano constituido por agentes suficientemente autónomos e independientes (CORCOY BIDASOLO, MIR PUIG (2011) (dirs.): *Comentarios*, op.cit., pág. 134). Sobre los mismos vid. además MAGRO SERVET, «Hacia la necesidad de implantación del plan de prevención jurídica en las empresas (Una exigencia legal tras la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal)», *Diario La Ley*, núm. 7633, 2011, págs 3 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, «¿Cómo puede delinquir...», op.cit., págs 6 y ss.

⁴² Esta misma filosofía de castigar por conductas omisivas de deberes de vigilancia y denuncia también está presente en el Código Penal cuando, por ejemplo, en el art. 301.3 se castigan las conductas de blanqueo realizadas por *imprudencia grave*, de las cuales, según el nuevo art. 302.2 CP pueden ser también cometidas por las personas jurídicas, lo que les va a obligar, si no quieren ser condenadas como corresponsables, a controlarlas, detectarlas, denunciarlas... Sobre este polémico tipo, diseñado como instrumento orientado a penalizar actos de blanqueo respecto de los cuales no haya sido posible probar el dolo del sujeto, de forma tal que se convierte en un *tipo de recogida* en el que no se pretende tanto castigar a quien opera sobre unos bienes cuyo origen criminal no conoció, debiendo haberlo hecho, como a quien, siendo sospechoso de haber tenido noticia de esa procedencia, no se le pudo probar, vid. por todos FABIÁN CAPARRÓS, «Algunas observaciones sobre el blanqueo imprudente de capitales (Aspectos doctrinales y jurisprudenciales)», *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, núm. 89, 2011, págs 131 y ss.

⁴³ Se sigue echando en falta que en España se regule de manera sistemática en el ámbito penal la figura de los denunciantes internos —*whistleblowers*— en cuestiones básicas como su ámbito de aplicación, su régimen de responsabilidad y los mecanismos de protección ante su actuación. Sobre ello vid. RAGUÉS I VALLÈS, «¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2006, núm. 3, págs 1 y ss.; RODRÍGUEZ YAGÜE, «La protección de los *whistleblowers* por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y procesales», ARROYO ZAPATERO, NIETO MARTÍN (coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho Penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca, 2006, págs 447 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Discrepancias en cuanto al tratamiento de los ‘whistleblowers’», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 103, 2006, págs 318 y ss. Resaltar además como con relación a estos *deberes de información* por parte de *sujetos obligados* en el ámbito de actuaciones relacionadas con el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, es interesante estudiar los arts. 17 y ss. de la ya citada Ley 10/2010.

⁴⁴ Como señala GARCÍA QUINTAS, se hace necesario que el abogado de empresa, con independencia de su tamaño, cambie «su perfil hacia uno más cercano para la mayoría de la sociedad, creciendo incluso hacia el lado formativo, propedéutico, de la profesión, ya que el

parece que la exigencia alcanza a los *medios* —el programa— y no a los *resultados* —negativos, de ahí que se le exija responsabilidad a la persona jurídica—, habrá que intentar que se *homologue*, a partir de la jurisprudencia, un control interno de juridicidad *mínimo* y *objetivo* que permita evitar la sanción penal a las personas jurídicas, pero en el que este *incentivo* no pueda alcanzarse sin ningún límite⁴⁵.

Parece entonces que de esta forma omnicomprendiva de la actividad empresarial, al menos en línea de principios, al doblar la responsabilidad personal en colectiva se busca aumentar la efectividad en la protección de los bienes jurídicos y, por qué no decirlo, abaratar los costes que se generan con su investigación y persecución⁴⁶.

D) Atenuación de la responsabilidad

El particular régimen de responsabilidad al que se someten a las personas jurídicas, diferente al de las personas físicas, también se puede evidenciar al leer las atenuantes y comprobar como los presupuestos aplicativos sólo se pueden dar con posterioridad a la comisión del delito y a través de la actuación de sus representantes; es decir, que el legislador *premia* con la atenuación a la persona jurídica que de manera *inmediata* colabore en la investigación de los hechos y en la reparación de la víctima, y de manera *mediata* prevenga de manera efectiva que en el futuro puedan producirse hechos similares.

En concreto son cuatro las atenuantes previstas expresamente⁴⁷, cada una de ellas además siendo eficaz únicamente si no se han flanqueado los límites temporales —*inconcretos*⁴⁸— que en cada caso se indican (art. 31 *bis*.4 CP):

empresario sabe bien que sin necesidad de llegar a la condena en sentencia, la mera investigación desde el juzgado puede tener unos efectos devastadores sobre el crédito social y el margen operativo cotidiano de una persona jurídica» (GARCÍA QUINTAS, «Una *culpa in vigilando* penal para las personas jurídicas», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 807, 2010, pág. 15).

⁴⁵ Nos referimos a que habrá que considerar cuestiones como la ilicitud de la prueba o el secreto profesional, muy debatidas en los últimos meses cuando se ha generalizado la política de fijar legalmente *deberes específicos de colaboración* con la Administración de Justicia, incluso de profesionales jurídicos.

⁴⁶ En desarrollo de este planteamiento vid. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad*, op.cit., págs 48 y ss.

⁴⁷ Aunque no está así previsto legalmente, no debiera haber problema en que las personas jurídicas se puedan beneficiar del catálogo *general* de circunstancias atenuantes recogidas en el art. 21 CP, siempre que le sean aplicables —porque algunas están pensadas sólo para darse en personas físicas: *v. gr.*, obrar por causas y estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante— y con relación a las cuales el art. 31 *bis*.4 CP no tenga previsto un tratamiento especial —como sucede con la confesión o la reparación de la víctima—; estamos pensando en la nueva circunstancia 6.^a incorporada al art. 21 CP, con clara trascendencia procesal: la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa. Con relación a ella vid. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, «La ‘nueva’

a) Haber procedido⁴⁹, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella⁵⁰, a confesar la infracción a las autoridades⁵¹.

atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 102, 2010, págs 45 y ss.; MAGRO SERVET, «La regulación específica de la atenuante de dilaciones indebidas en el nuevo art. 21.6 del Código Penal», *La Ley Penal*, núm. 77, 2010, págs 1 y ss.; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «La nueva atenuante por dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento», *La Ley Penal*, núm. 80, 2011, págs 1 y ss.

⁴⁸ Se han repetido algunos de los previstos con carácter general por el Código en el art. 21 —«antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él» y «en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral»—, por lo que habría sido más conveniente fijar límites temporales más concretos e identificables, como ya con relación al texto del Proyecto defendían PEDRAZ PENALVA, PÉREZ GIL, CABEZUDO RODRÍGUEZ, «Aspectos procesales de la reforma del Código Penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, (dirs.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Valencia, 2010, pág. 24.

⁴⁹ Pero *quién*, porque se puede plantear un conflicto de intereses y de estrategia defensiva cuando el representante legal de la empresa esté implicado personalmente en la comisión de los hechos ilícitos. Si nos atenemos a la reforma propuesta del art. 787.8 LECR sobre la conformidad, el encargado de *transmitir* este acto personalísimo de la persona jurídica debería ser su Procurador, apoderado de manera especial para efectuar esta declaración; de esta forma, no hay posibilidad de conflicto tanto porque el representante no podría llevar a cabo la confesión como porque en caso de que el representante también esté imputado parece claro que ambos sujetos *no deben —y pueden—* compartir Procurador —y Abogado—, con lo cual el Procurador de la persona jurídica transmitirá fielmente la voluntad de su poderdante.

⁵⁰ Relevante será determinar *cuándo*, y *de qué forma*, tomará conocimiento la persona jurídica que el procedimiento se está dirigiendo contra ella, porque, entre otras cuestiones, a diferencia de las personas físicas, no puede acordarse frente a ella medidas cautelares de naturaleza personal; además, como es sabido, esto incide directamente en el ejercicio del derecho de defensa. Con independencia de la aplicabilidad de sólo alguno de los criterios de imputación establecidos en los arts. 118 y 767 LECR, al menos, según el proyectado nuevo art. 119 LECR, podrá tener lugar cuando en su domicilio social la persona jurídica reciba una citación en la que se le comunique su convocatoria para la realización de la primera comparecencia, cuyo objeto fundamental es informar a la persona jurídica, a través de su Abogado y —si acude— su representante de los hechos que se le imputan, lo que se verificará por escrito, o mediante la entrega de una copia de la denuncia o querrela presentada.

⁵¹ No se especifica *cuáles*, pero cabe entender que además de las policiales y judiciales el precepto permite incluir a las autoridades administrativas, al igual que en la «colaboración» —genérica— de la segunda atenuante, sin que haya que olvidar los problemas que pueden surgir cuando la confesión se haya producido sólo en los procedimientos de inspección en el ámbito administrativo, como vía también de eludir sanciones, y se pretenda su eficacia en sede judicial, en la que el art. 24.2 CE reconoce plenamente el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

Más allá de ello, los efectos en uno y otro ámbito difieren importantísimamente, ya que estamos diciendo que en el ámbito penal la confesión es una atenuación, mientras que en el ámbito administrativo sancionador puede llegar a suponer la exoneración de hacer frente a las consecuencias jurídicas. Así se hace en el art. 65 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, con la persona física o jurídica que sea la primera en aportar elementos de prueba *relevantes*.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas⁵², en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas⁵³ para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido, en cualquier momento del procedimiento pero siempre con anterioridad al juicio oral, a reparar⁵⁴ o disminuir el daño causado por el delito.

d) También antes del comienzo del juicio oral, haber establecido⁵⁵ medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica, en cuya determinación será fundamental la práctica de una prueba pericial puesto que la valoración que hay que hacer del *programa de compliance para el futuro*, y de su eficacia, no puede limitarse a su previsión jurídico-formal⁵⁶.

E) Transformación de la persona jurídica

El principio de personalidad de la pena, tal y como tradicionalmente se ha venido entendiendo para las personas físicas, también es objeto de un replanteamiento legal con base no sólo en el origen de estas personas jurídicas —son *creaciones artificiales* del legislador— sino también en el intento de tratar de conjugar

⁵² Con ello se está presuponiendo que la persona jurídica dispone de instrumentos y procedimientos de control interno, bien antes de la comisión de los hechos para cuando estos sucedan, bien porque conocidos los hechos, y habiéndose —o no— iniciado las actuaciones judiciales, los crea de manera específica para, entre otras cuestiones, beneficiarse de cara a la fijación en la sentencia de las consecuencias derivadas del delito cometido.

⁵³ Parece que no se premia la *simple colaboración*, sino el *resultado*, lo cual puede derivar en situaciones injustas, e incluso en incentivar actuaciones que puedan suponer vulneraciones —y renunciadas, indirectamente inducidas— de derechos fundamentales.

⁵⁴ Aunque no se dice *a quién* hay que reparar, parece que hay que entender que a la *víctima*, la cual en algunos casos será *difusa* y de difícil reparación práctica, puesto que esta atenuante no deja de ser una reiteración de la general recogida en el número 5 del art. 21 CP: haber procedido el culpable a reparar el daño causado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

⁵⁵ Siguiendo la lógica, en general de la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica, y en especial de esta cuarta atenuante y su relación con la segunda, se podría haber optado por incluir una *eximente* si la persona jurídica ha actuado diligentemente, porque antes de la comisión de los hechos ya disponía de un adecuado programa preventivo, que aunque falló, una vez que conoció los hechos los reportó a las autoridades competentes y colaboró en su investigación.

⁵⁶ Como señala BACIGALUPO ZAPATER, el objeto de esta prueba es el mismo que la requerida para acreditar la no reprochabilidad de la organización, es decir, la no culpabilidad de la organización, estando la única diferencia en la perspectiva temporal: la pericial para acreditar la ausencia de culpabilidad de organización se refiere a un sistema ya existente antes de la comisión del delito imputable a la persona jurídica, mientras que la destinada a evaluar el sistema de prevención futuro que fundamentaría la aplicación de la atenuante se refiere a un programa de *compliance* que todavía no ha sido puesto en funcionamiento (BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y*, op.cit., pág. 95).

que a consecuencia de la transformación fraudulenta de una persona jurídica en otra u otras distintas se puedan evadir responsabilidades⁵⁷.

En sede de la regulación de la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos, el art. 130.2 CP considera que la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida, y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión⁵⁸; en cada caso, el órgano jurisdiccional sentenciador podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica, considerándose que existen estas dos situaciones cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos. Con esta disposición, no es extraño pensar que el legislador haya querido trasladar sobre la persona jurídica *nueva* la carga de probar la falta de conexión entre las actividades comerciales precedentes y las actuales, por lo que la jurisprudencia tendrá que estar vigilante para que una interpretación estricta en este sentido no se produzca, y menos cuando eventuales *nuevos titulares* sean terceros de buena fe.

F) Régimen sancionador: penas y formas de aplicación

También en este punto la norma reformadora ha recrudecido su tratamiento jurídico, en un triple sentido:

a) son *penas*, y no como hasta ahora *consecuencias accesorias*, si bien algunas de ellas pueden ser también acordadas por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa⁵⁹;

⁵⁷ Y es que, como señala QUINTERO OLIVARES, «si es una ficción jurídica, por más que necesaria, la equiparación entre la persona física y la persona jurídica o moral, mayor ficción aún sería entender que el concepto de muerte del reo puede extenderse sin problema a la persona jurídica» (QUINTERO OLIVARES, «La extinción de la responsabilidad de las personas jurídicas (art. 130 CP)», QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *La reforma*, op.cit., pág. 117).

⁵⁸ Desde la óptica procesal, estamos ante un claro supuesto de *sucesión procesal*, del que nada se dice en la propuesta de reforma de preceptos procesales y cuyo tratamiento jurídico en la Ley de Enjuiciamiento Civil es difícilmente aplicable, con lo que se pone en riesgo la defensa efectiva de sus derechos e intereses legítimos y la producción de indefensión.

⁵⁹ Así se establece en el art. 33.7 *in fine* CP para la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial. Con esta previsión se pretenderá evitar la reiteración delictiva, proteger a las víctimas, facilitar la investigación asegurando pruebas, asegurar las responsabilidades pecuniarias, e incluso dar eficacia a un eventual comiso. Nuevamente la parquedad a las alusiones procesales por el *legislador*

b) dándole carácter *imperativo*, a diferencia de la redacción anterior de las consecuencias accesorias del art. 129 CP cuya aplicación era facultativa para los órganos judiciales; y

b) porque si bien la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, se entiende que en los casos en los que pueda exigirse responsabilidad penal a las personas jurídicas son supuestos cualificados que justifican la imposición de otras medidas más severas. No es de extrañar entonces que el nuevo art. 33.7 CP considere como *graves* todas las penas aplicables a las personas jurídicas, incluida la multa.

El catálogo de penas está integrada por las siguientes (art. 33.7 CP)⁶⁰:

a) Multa, por cuotas⁶¹ o proporcional⁶², pagadera de manera íntegra o fraccionada⁶³. De manera específica, 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 (art. 31 *bis.2 in fine* CP).

b) Disolución de la persona jurídica, que producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita,

penal hace que surjan innumerables cuestiones relacionadas con el momento procesal —que también debe ser posible su adopción en el juicio oral y en fase de impugnación—, la duración —proporcional, y al menos inferior al límite máximo de la pena—, el procedimiento, etc.

⁶⁰ A la vista de alguna de ellas habría sido conveniente que la reforma del Código Penal hubiera incluido un nuevo tipo de quebrantamiento de condena por el incumplimiento reiterado de la persona jurídica de las penas impuestas, ya que no parece muy aplicable al caso ni la regulación general de esta conducta en los arts. 468 a 471 CP, ni la desobediencia genérica del art. 556 CP.

⁶¹ Las penas de multa imponibles a personas jurídicas tendrán una extensión mínima de 10 días y máxima de 5 años —mientras que para la persona física son 2 años— (art. 50.3 CP). Según el art. 50.4 CP, la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros —entre 2 y 400 euros para las personas físicas—; y a efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de 30 días y los años de 360.

⁶² Dispone el art. 52.4 CP que cuando se prevén multas para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, de no ser posible el cálculo en base a tales conceptos, el órgano judicial motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes: 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; multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior; y multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

⁶³ El pago de la multa impuesta a una persona jurídica puede ser fraccionado durante un período de hasta 5 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. En caso de que 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 (art. 53.5 CP).

debiéndose proceder a la liquidación de su patrimonio y a la inscripción de dicha disolución en los registros públicos⁶⁴.

c) Suspensión de sus actividades, sin que legalmente se especifique si son *todas*⁶⁵ o solamente *algunas* que motivadamente debería determinar el órgano judicial en la sentencia⁶⁶, y ello por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Clausura de sus locales y establecimientos, que hay que entender como *temporal*⁶⁷ ya que se señala un plazo máximo que no podrá exceder de 5 años, y que además determina, en caso de que no disponga de otros locales o establecimiento, la suspensión de las actividades, que podrán ser reanudadas a la terminación del plazo señalado en la sentencia puesto que la existencia de la persona jurídica no se habrá visto afectada.

e) Prohibición, definitiva o por un tiempo máximo de 15 años, de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; es decir, que estamos ante una suspensión *atenuada* y *limitada*. En este caso, se reputa esencial la motivación en la sentencia de la imposición de la pena y su conexión con actividades concretas de las personas jurídicas relacionadas directamente con actividades delictivas cometidas, favorecidas o encubiertas.

f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de 15 años.

g) Intervención judicial, que no podrá exceder de 5 años y que podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. Al ser una pena⁶⁸ prevista para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, el Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, tendrá que determinar exactamente el contenido de la intervención, quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La

⁶⁴ Más ampliamente vid. MOYA JIMÉNEZ, *Disolución, liquidación y transformación de sociedades de capital*, 2.ª ed., Barcelona, 2011.

⁶⁵ Se podría entender que si la suspensión es de todas las actividades este mismo efecto se alcanzaría con la clausura de los locales, y además esta segunda medida permite una modulación más si no se extiende a todos los locales y establecimientos.

⁶⁶ Para tratar de compatibilizar la existencia de esta pena con la prohibición de realizadas acciones futuras, debemos entender que la misma esta referida a las demás actividades en cuyo ejercicio no se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

⁶⁷ En el derogado art. 129.1.a) CP se establecía igual medida y límites, pero añadiendo la posibilidad de que el cierre pudiera ser *definitivo*.

⁶⁸ Vid. VELÁZQUEZ MARTÍN, «La intervención judicial de bienes como medida penal», *Revista del Poder Judicial*, núm. 87, 2008, págs 47 y ss.; ID., *La intervención judicial de bienes y empresas. Estudio procesal*, Pamplona, 2009.

intervención acordada se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal⁶⁹.

Por otra parte, el nuevo art. 66 *bis* CP establece la reglas para la aplicación de las penas indicadas a las personas jurídicas haciendo reenvíos a la normativa general en esta materia, marcando algunas especialidades. Más concretamente, estas reglas se pueden estructurar de la siguiente forma:

1) En los delitos dolosos, los órganos judiciales apreciarán las circunstancias atenuantes o agravantes de conformidad con los ocho criterios del art. 66 CP, a excepción del quinto, referido a los casos de cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia.

2) Cuando la pena a imponer a la persona jurídica sea⁷⁰ la disolución, la suspensión de actividades, la clausura de sus locales y establecimientos, la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, o la intervención judicial, para decidir sobre su imposición y extensión el órgano judicial deberá tener en cuenta las siguientes cuestiones:

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;

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

3) Cuando a las penas tasadas legalmente, exceptuando la multa —por su naturaleza— y la disolución —que por esencia no admite gradación temporal— se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido

⁶⁹ Puesto que el art. 2.68 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial ha dejado sin contenido los artículos 601 a 610 LECR, esta regulación básica de la intervención judicial tiene que ser completada, de manera específica, con las previsiones sobre el interventor (tiene derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica, y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones; además, reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria), y de manera genérica, con las previsiones de los artículos 630 a 633 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la «administración judicial». A este respecto vid. VELÁZQUEZ MARTÍN, DÍAZ BARCO, *Medios alternativos de ejecución forzosa. La administración judicial*, Pamplona, 2002; ESCALER BASCOMPTE, *La administración judicial*, Barcelona, 2004; ORTA RAMÍREZ, *La administración judicial*, Barcelona, 2005.

⁷⁰ Es decir, cualquiera menos la multa.

por una persona física. Además, para la imposición de estas sanciones por un plazo superior a 2 años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

a) que la persona jurídica sea reincidente;

b) que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, entendiéndose que se produce este hecho siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

4) Para la imposición con carácter permanente de las penas de disolución y prohibición de realizar actividades futuras en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, así como para la imposición por un plazo superior a 5 años esta última pena así como de la de 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, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

a) que se esté ante un caso de reincidencia, situación que el art. 66.1.5.^a CP arbitra como agravante cualificada si la persona —jurídica en este caso— hubiera sido condenada ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en el mismo título del Código Penal y además si fueran de la misma naturaleza;

b) que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, lo que se presumirá que sucede cuando la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

G) Responsabilidad civil.

Más allá de las previsiones generales del Código Penal que en esta materia continúan vigentes y que le afectan⁷¹, de forma concreta el nuevo art. 116.3 CP señala que la responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil; además, cuando por los mismos hechos resulten también condenadas personas físicas, ambas responderán de forma *solidaria* (art. 116.3 CP) y no subsidiaria, como sucedía antes, criterio que mejora las expectativas de ser efectivamente reparadas e indemnizadas las víctimas⁷². Y aunque no se diga nada en este párrafo tercero del art. 116 CP, rige la disposición general contenida en el

⁷¹ En concreto, el art. 120 CP en los supuestos de responsabilidad subsidiaria de los números 2 a 5, y el art. 122 CP sobre responsabilidad directa cuando por título lucrativo se participe de los efectos de un delito o falta.

⁷² Compartimos con GÓMEZ TOMILLO el criterio de que en los casos en los que la falta de condena a la persona física se deba a la ausencia de culpabilidad material —como acontece con la inimputabilidad—, como se mantiene el carácter antijurídico de la conducta realizada hay que postular el mantenimiento de la regla de la solidaridad (GÓMEZ TOMILLO, *Introducción*, op.cit., pág. 194).

primer párrafo: si son dos o más los responsables de un delito o falta los Jueces o Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno⁷³.

4. Con carácter excepcional: la responsabilidad de los entes colectivos sin personalidad

Hasta la reforma de 2010 todo el régimen jurídico de responsabilidad de las personas jurídicas en España estaba recogido en el art. 129 CP, el cual, básicamente, se había construido sobre la base de la previsión de unas denominadas «consecuencias accesorias»⁷⁴, debidamente listadas⁷⁵, a imponer en un procedimiento penal⁷⁶ en la sentencia final —e incluso algunas de ellas como medidas cautelares durante la instrucción del proceso penal⁷⁷—, con la finalidad de prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma, cuya naturaleza jurídica —penas, medidas de seguridad o consecuencias complementarias a las penas— ha mantenido dividida durante años a la doctrina, sin que la jurisprudencia

⁷³ Para un estudio más en profundidad vid. MAGRO SERVET, «El régimen de las responsabilidad civil de las personas jurídicas ‘delinquentes’ en el proyecto del Código Penal», *Práctica de Tribunales*, núm. 39, 2007, págs 46 y ss.

⁷⁴ Con relación a las mismas vid. BACIGALUPO SAGESSE, *La responsabilidad*, op.cit., págs 277 y ss.; DEL ROSAL BLASCO, PÉREZ VALERO, «Responsabilidad», op.cit., págs 28 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, «Vigencia», op.cit., págs 250 y ss.; ID., *La responsabilidad*, op.cit., págs 181 y ss.; ECHARRI CASI, *Sanciones...*, op.cit.; FUENTE HONRUBIA, *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código penal*, Valladolid, 2004; GUARDIOLA LAGO, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal*, Valencia, 2004; CARRASCO ANDRINO, «Acerca de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del art. 129 C.P.», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 18, 2006, págs 139 y ss.; ROBLES PLANAS, «¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austríaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2006, núm. 2, págs 15 y ss.; CUADRADO RUIZ, «La responsabilidad», op.cit., págs 121 y ss.; RAMÓN RIBAS, *La persona*, op.cit., págs 149 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal», RINALDONI, DESPOUY SANTORO (coord.), *Contribuciones Iberoamericanas sobre Derecho Penal Económico*, Buenos Aires, 2010, págs 164 y ss.

⁷⁵ En concreto, las consecuencias que el Juez o Tribunal podía imponer eran: 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 aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; y la intervención de la empresa.

⁷⁶ Para ROBLES PLANAS, el único sentido en que podría admitirse que al sistema de reglas y principios propios de la atribución de responsabilidad de la persona jurídica se le denominara «penal» sería en el de tener únicamente en común con la pena que se impone en un procedimiento penal (ROBLES PLANAS, «¿Delitos...», op.cit., pág. 18).

⁷⁷ Vid. DE LA FUENTE HONRUBIA, «Las consecuencias accesorias como medidas cautelares en el proceso penal», *La Ley Penal*, núm. 13, 2005, págs 1 y ss.

haya podido aportar mucho al debate debido al reducidísimo número de resoluciones judiciales en esta materia⁷⁸.

A día de hoy, este mismo precepto se ha mantenido como integrante de las disposiciones atinentes a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero reservando en exclusiva su contenido *privilegiado*⁷⁹ para fijar el régimen de responsabilidad de los «entes sin personalidad», esto es, empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que como carecen de personalidad jurídica no les es aplicable el art. 31 *bis* CP.

A estos entes se les hace responsables en el caso de que se comentan en su seno delitos y faltas, con su colaboración, a través o por medio de ellas. A las mismas el órgano judicial les *puede*⁸⁰ imponer, de manera motivada en la sentencia⁸¹, una o varias *consecuencias accesorias* a la pena que corresponda al autor —persona física— del delito⁸², las cuales pueden ser: específicamente de estos entes, la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita; y comunes a las personas jurídicas del art. 31 *bis* CP, la suspensión de sus actividades, la clausura de sus locales y establecimientos, la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el

⁷⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2006, núm. 2, págs 4-5.

⁷⁹ Nos parece totalmente acertada la visión que expresa DE LA MATA BARRANCO, quien no entiende por qué se trata de forma desigual a las entidades jurídicas que tienen personalidad y las que no las tienen, ya que a éstas últimas, por muy responsables que sean, ni las consecuencias accesorias a imponer son obligatorias ni el régimen sancionador es tan rígido: se prescinde de que incumplan o no obligaciones de control o supervisión, se prescinde de que quien cometa el delito lo haga representando a la sociedad, y se prescinde incluso de que se actúe en provecho de ésta (DE LA MATA BARRANCO, «La responsabilidad...», op.cit., pág. 86).

⁸⁰ A diferencia de las personas jurídicas sancionadas por el art. 31 *bis* CP, la imposición de estas consecuencias jurídicas no es obligatoria, lo que aumenta el arbitrio judicial. Ahora bien, que sea así no quiere decir que sea coherente, puesto que como señalan GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO y JUANES PECES, «no puede tolerar que sea más difícil la persecución de entidades creadas para la comisión de infracciones penales o que las promuevan que la de sociedades en cuyo seno se haya delinquido por déficit de control» (GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, JUANES PECES, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor», *Diario La Ley*, núm. 7501, 2010, pág. 3).

⁸¹ Y también, como en el caso de las personas jurídicas, el Juez de Instrucción puede acordar como medida cautelar durante la instrucción de la causa, a los efectos establecidos en el art. 129 CP y con los límites señalados en el artículo 33.7 CP, la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial.

⁸² Como señala RODRÍGUEZ RAMOS, lo que ha hecho el legislador es disimular la materialidad de estos entes con el eufemismo *consecuencias accesorias del delito* y sin estimarles sujeto activo de esos delitos generadores de tal responsabilidad (RODRÍGUEZ RAMOS, *Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, 4.^a ed., Madrid, 2011, pág. 311).

sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, y la intervención judicial.

Estas consecuencias accesorias sólo se pueden aplicar a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones cuando el Código Penal lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

5. Con carácter de urgencia: el diseño del *status* jurídico-procesal de la persona jurídica en el proceso penal

En el Informe al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006 el Consejo General del Poder Judicial llamó la atención al legislador —y a la comunidad jurídica— del hecho de que con instituir en sede penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas no basta: es imprescindible adaptar la regulación del proceso penal español a esta nueva filosofía punitiva puesto que en la práctica se van a generar una serie de problemas en cuya resolución no van a bastar las previsiones de la LECR y del derecho supletorio, en particular las de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y no terminaba ahí su denuncia, ya que se atrevió a enumerar algunas de las cuestiones más relevantes que deberían ser objeto de regulación, convirtiendo entonces el problema en una *exigencia de carácter absoluto*⁸³: la capacidad procesal penal de los entes sin personalidad; su representación necesaria en el proceso y también la de las personas jurídicas, ponderando los conflictos de intereses que pueden aparecer con las personas físicas encausadas; la designación de postulantes; el derecho a la defensa gratuita y de oficio de las personas jurídicas y las entidades sin personalidad; la posibilidad de simultanear las posiciones procesales de acusador y acusado; la extensión con o sin matices de los derechos procesales de la persona física a la persona jurídica y a las demás entidades; las particularidades que puede presentar un instrumento procesal tan generalizado como el de la conformidad con la acusación; las condiciones del enjuiciamiento en ausencia y los efectos de la declaración de rebeldía; la posición y los derechos procesales de terceros afectados, como sucede con los socios minoritarios o titulares afectados por la clausura de sus establecimientos; y los efectos de la cosa juzgada material.

⁸³ Cfr. PEDRAZ PENALVA, PÉREZ GIL, CABEZUDO RODRÍGUEZ, «Aspectos procesales...», op.cit., pág. 19, quienes de manera gráfica afirman que en la práctica hay una «imposibilidad de estirar aún más unas estructuras procesales parcheadas hasta extremos insólitos que, bordeando ya lo inadmisibles, desaconsejan una reforma meramente parcial que prolongue la agonía de un texto legal ineludiblemente llamado a ser superado. Configurar una vez más un juez penal que, más allá de su constitucional papel de intérprete y aplicador de normas deba asumir la tarea de crearlas en cada caso, para suplir con ello el abandono o la dejadez consciente o inconsciente del Legislador no parece una base sólida con la que augurar un venturoso futuro a la reforma que ahora debatimos».

Cuestiones todas ellas de gran enjundia jurídica, a las que se podrían añadir otras relacionadas con la jurisdicción, la competencia⁸⁴, la sucesión procesal, la legitimación y el ejercicio de la acción popular, la postulación y el ejercicio efectivo del derecho de defensa, el conflicto de intereses entre la persona jurídica y sus representantes legales o administradores de hecho o de derecho —con las consecuentes derivaciones en el desarrollo y práctica de las actuaciones—, la prescripción, los niveles de colaboración y sus efectos con las autoridades administrativas y judiciales, las instituciones y mecanismos de cooperación procesal internacional para hacer efectiva la investigación, enjuiciamiento y sanción de las condenas..., sobre las cuales la doctrina ha comenzado⁸⁵ a reclamar su abordaje legal⁸⁶, proponiendo soluciones al respecto, muchas de las cuales pasan inexorablemente por una modificación urgente⁸⁷ de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁸⁴ Eventualmente atribuyéndosela a órganos judiciales especializados, como se viene haciendo en otros países en materia de criminalidad económica y crimen organizado. A este respecto *vid.* BACIGALUPO ZAPATER, «Órganos judiciales especializados en criminalidad económica en Europa», MIR PUIG, MODOLELL GONZÁLEZ, GALLEGO SOLER, BELLO RENGIFO (coords.), *Estudios...*, op.cit., págs 183 y ss.; MAGRO SERVET, «Soluciones ante los nuevos fenómenos delictivos: Los juzgados contra la delincuencia organizada», *La Ley Penal*, núm. 49, 2008, págs 1 y ss.

⁸⁵ Incluso, como SILVA SÁNCHEZ y FEIJOO SÁNCHEZ, ya lo hacían anteriormente con relación a las consecuencias accesorias del art. 129 CP, en cuya regulación sólo se preveía, antes de acordar la adopción de una de las medidas, la celebración de una audiencia con el Ministerio Fiscal y con los titulares de la empresa o sus representantes legales, sabiendo que éstas tienen que estar —por sí mismas, y por los efectos que se pudieran derivar sobre terceras personas como acreedores, empleados y socios— pero sin tener claro en calidad de qué, al no ser *tanto* como un imputado ni *tampoco* como un responsable civil (SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1999, pág. 144; FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones*, op.cit., pág. 213).

⁸⁶ *Vid.* DÍAZ PITA, «Aspectos procesales de los arts. 31 y 129 del Código Penal: ¿*Societas delinquere non potest?*», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 20, 2008, págs 13 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad*, op.cit., págs 335 y ss.; PEDRAZ PENALVA, PÉREZ GIL, CABEZUDO RODRÍGUEZ, «Aspectos procesales», op.cit., págs 19 y ss.; AA.VV., «La responsabilidad», op.cit., págs 9 y ss.; GASCÓN INCHAUSTI, «Consecuencias procesales», op.cit., págs 42 y ss.; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, JUANES PECES, «La responsabilidad», op.cit., págs 1 y ss.; HERNÁNDEZ GARCÍA, «Problemas», op.cit., págs 4 y ss.; PÉREZ GIL, «Cauces para la declaración de responsabilidad penal de las personas jurídicas», ALVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC. (dirs.), *Comentarios*, op.cit., págs 583 y ss.; PORTAL MANRUBIA, «La persona jurídica ante la jurisdicción penal tras la última reforma del Código Penal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2010, págs 173 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, «*Societas*», op.cit., págs 3 y ss.; AA.VV., «Problemática procesal», op.cit., págs 1 y ss.; BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos procesales», *Diario La Ley*, núm. 7625, 2011, págs 8 y ss.; ECHARRI CASI, «Las personas jurídicas», op.cit., págs 1 y ss.; DE LA MATA BARRANCO, «La responsabilidad», op.cit., págs 87 y ss.

⁸⁷ En plena tramitación del Proyecto de Ley se defendieron distintos *patches* para tratar de arreglar este desajuste legislativo: o que la *vacatio legis* de la nueva legislación se condicionara a la entrada en vigor de una reforma considerable de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que permita la introducción de la persona jurídica como imputada con iguales garantías a los imputados que son personas físicas; o que se acordara la suspensión de la entrada en vigor de los preceptos relativos

Una vez más, evidenciamos que el legislador español no piensa en clave de *sistema penal*⁸⁸: actúa con demasiada frecuencia a golpe de *impulsos*, no siempre muy bien identificados y explicados, y en este caso en particular no se entiende fácilmente como por un lado ha tratado de incluir con fórceps un modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en un Código Penal *joven*, pero concebido sobre otros principios, y por otro ha *olvidado* su introducción en un sistema procesal *viejo*, en el que a pesar de las sucesivas reformas que ha sufrido, especialmente en los últimos veinticinco años, sigue estando pensado para situaciones en las cuales la posición jurídica de imputado la ocupan una o varias personas físicas. La entrada en el proceso penal de la persona jurídica tiene que ser aclarada *por qué, cuándo y cómo*, y es un error en pensar que basta con asimilar su estatus, bien al de un tercero responsable civil, bien al de la persona física imputada, bien al de un testigo.

Con carácter de *urgencia*, e incomprensiblemente de manera *incompleta*, al menos a tenor de lo expuesto en los párrafos anteriores, el Gobierno ha aprovechado que en marzo de 2011 se ha iniciado la tramitación parlamentaria del «Proyecto de Ley de medidas de agilización procesal», centradas en los órdenes contencioso-administrativo y civil, para incluir sorpresivamente un primer artículo en el que se proponen modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «encaminadas a garantizar derechos fundamentales de los ciudadanos»⁸⁹, en seis materias con las que se trata de concretar las implicaciones procesales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas⁹⁰.

En concreto, primero se aborda una cuestión atinente a la competencia objetiva⁹¹, que en principio, ante la variación de tipos penales que se relacionan con

a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas hasta la elaboración de las previsiones procesales correspondientes. Cfr. PEDRAZ PENALVA, PÉREZ GIL, CABEZUDO RODRÍGUEZ, «Aspectos procesales, op.cit., p. 20; DE LA FUENTE HONRUBIA, «Personas jurídicas: art. 31 bis CP», ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Consideraciones*, op.cit., pág. 51; CARBONELL MATEU, MORALES PRATS, *Responsabilidad*, op.cit., pág. 85; CARBONELL MATEU, «Responsabilidad, op.cit., pág. 33.

⁸⁸ Al menos en esta materia, porque en la misma Ley Orgánica 5/2010 se han llevado a cabo modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como se evidencia en la Disposición Final Primera.

⁸⁹ Así se justifica la reforma en este punto en el apartado III de la Exposición de Motivos, calificando además de «inexcusables» los cambios propuestos.

⁹⁰ Vid. APARICIO DÍAZ, «Aproximación a las modificaciones previstas por el Proyecto de Ley de Medidas de Agilización Procesal: el tratamiento procesal-penal de la persona jurídica», *Diario La Ley*, núm. 7657, 2011, págs 1 y ss.

⁹¹ Nada se dice de la competencia funcional ni de la competencia territorial. Con relación a la *funcional*, si nos referimos a la instrucción de los procedimientos, será competente el Juzgado de Instrucción en todos los casos, menos en aquellos en los cuales lo sea el Juzgado Central de Instrucción por ser competente objetivamente un Juzgado Central de lo Penal o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Más problemas plantea la determinación de la competencia *territorial*, puesto que el criterio genérico del *forum delicti comissi* del art. 14 LECR en muchos

la actividad de la persona jurídica, puede corresponder a casi todos los órganos penales⁹² competentes cuando el infractor es una persona física: un Juzgado de lo Penal, una Audiencia Provincial, la Audiencia Nacional⁹³, e incluso un Tribunal del Jurado. Así, se propone la adición de un nuevo art. 14 *bis* LECR conforme al cual cuando 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 jurídica⁹⁴.

En segundo término se reforman diversas cuestiones en materia de imputación de la persona jurídica y de su participación en la tramitación del procedimiento, ubicándolas, pese a la amplitud y variedad de las cuestiones tratadas⁹⁵, en el título

supuestos no será fácil de concretar, tanto por la pluralidad y diversidad de hechos objeto de enjuiciamiento como por la posible responsabilidad conexas de personas físicas y jurídicas.

⁹² Quizá sería una buena oportunidad para darle un papel importante también a los Juzgados de lo Mercantil.

⁹³ Además de supuestos típicos concretos relacionados en el art. 65 LOPJ, no podemos no se pueden olvidar dos cuestiones:

a) Aunque ni el en Código Penal reformado ni en las modificaciones propuestas a la LECR se contienen previsiones relacionadas con la extensión y límites de la jurisdicción española en los delitos que se puedan imputar a las personas jurídicas, son de aplicación los arts. 21 y 23 LOPJ, en cuyo caso, cuando sean cometidos fuera del territorio nacional y su enjuiciamiento corresponda conforme a las leyes o tratados internacionales a órganos jurisdiccionales españoles del orden penal la competencia, en función de la pena señalada, la tendrán o un Juzgado Central de lo Penal o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (arts. 65.1.º.e) y 89 *bis*.3 LOPJ).

b) En algunos delitos el Código Penal ha establecido que aunque el hecho punible se haya cometido en el extranjero la jurisdicción penal española es competente para enjuiciarlo. Así sucede con el blanqueo de capitales, a tenor del art. 301.4 CP: El culpable —pudiendo ser ahora una persona jurídica— será igualmente castigado aunque el delito del que provienen los bienes, o los actos penados en los artículos anteriores, hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.

⁹⁴ Salvo que la única justificación sea pragmática en orden a dar *certeza* a la identificación del juez ordinario predeterminado por la ley, no se entiende esta previsión si partimos de la proclamada *autonomía* de la responsabilidad de la persona jurídica y de lo particular que son las *penas* que se le pueden imponer, que por su naturaleza en nada son aplicables a las personas físicas; además, tampoco debiera servir este criterio para determinar la competencia en casos de *conexión* —cuando sean imputados conjuntamente personas físicas y jurídicas—, situaciones que de forma habitual en la práctica —como indirectamente intuye el legislador: «aun cuando»—, y que son resueltas por el art. 18 LECR. Si una hipotética *complejidad* de los procedimientos penales en los que está imputada la persona jurídica ha pesado tanto en el hacer del legislador, quizá es mejor optar por una propuesta *radical* de atribuir en exclusividad la competencia a un único tipo de órgano judicial penal, por ejemplo, a los Juzgados de lo Penal, como desde el Proyecto de Ley defienden PEDRAZ PENALVA, E., PÉREZ GIL, CABEZUDO RODRÍGUEZ, «Aspectos procesales, op.cit., págs 20 y 21.

⁹⁵ Como se relaciona, exceden con mucho de cuestiones referidas a la postulación procesal, como por ejemplo, por las alusiones a las medidas cautelares.

relativo al derecho de defensa y a la asistencia jurídica gratuita⁹⁶ en los juicios criminales. Primero se propone dar de nuevo contenido al art. 119 LECR, recogiendo determinadas exigencias complementarias a las previstas en el art. 775 LECR para cuando la primera comparecencia del imputado tenga lugar con una persona jurídica:

a) La citación a la persona jurídica se hará⁹⁷ en su domicilio social⁹⁸, requiriendo a la entidad que proceda a la designación de Abogado y Procurador para ese procedimiento⁹⁹, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo, se procederá a su designación de oficio¹⁰⁰.

b) Esta comparecencia se realizará exclusivamente con el Abogado de la entidad, si bien la persona jurídica imputada podrá designar expresamente a un representante¹⁰¹ para que asista a dicho acto junto al Abogado, pero sin que su presencia sea necesaria¹⁰², ya que la inasistencia del representante especialmente designado¹⁰³ para acudir al acto de primera comparecencia no impedirá la práctica del mismo con el Abogado de la entidad.

⁹⁶ A pesar de que *ocupan* el lugar de preceptos que abordaban esta materia, de ello nada se dice, cuando sabemos lo restrictiva que en esta materia son las previsiones contenidas en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita sobre personas jurídicas: sólo pueden llegar a ser titulares del derecho las asociaciones de utilidad pública y las fundaciones inscritas registralmente. Sobre ello, *vid.* RODRÍGUEZ GARCÍA, *Justicia gratuita: Un imperativo constitucional*, Granada, 2000, págs 70 y ss.; NIETO GUZMÁN DE LÁZARO, *Turno de oficio y justicia gratuita*, Madrid, 2008, págs 72 y ss. En buena lógica, para no minusvalorar la situación jurídica de imputada de la persona jurídica, a la que también alcanza este derecho constitucional previsto directamente en el art. 119 CE, e indirectamente en el art. 24 CE, es necesaria una reforma urgente de la legislación —Ley y Reglamento— en materia de justicia gratuita.

⁹⁷ No se dice a quién, pero parece que, de ser conocido, a su representante legal.

⁹⁸ Hay que entender que cuando no sea posible —por no conocerse, o por estar en el extranjero— podrá realizarse la comunicación en el lugar en que conste en los registros públicos, o en aquellos locales o establecimientos en los cuales está desarrollando su actividad.

⁹⁹ Lo que no se obliga es a que la persona jurídica designe a un representante legal, en caso de no tenerlo.

¹⁰⁰ Importante reto para los Colegios profesionales el disponer de Abogados y Procuradores especializados y capacitados, para que puedan hacer *efectivo* el derecho de defensa de las personas jurídicas en procesos penales que por lo general serán muy complejos y técnicos.

¹⁰¹ Que no tiene que ser el *legal* que la represente en el tráfico económico y jurídico general, y que en su momento habrá sido designado por los órganos estatutarios de conformidad con la legislación aplicable a cada una de las personas jurídicas públicas, privadas y mercantiles a las que les son aplicables este régimen jurídico. Estamos, por tanto, ante un *representante necesario*, que nunca podrá ser quien directamente estuvo involucrado en los hechos enjuiciados.

¹⁰² A consecuencia de ello, el legislador evita tener que resolver la cuestión de cómo proceder si la persona jurídica imputada no designa, o nombra *ex novo*, un representante.

¹⁰³ Se entiende que acudirá *apoderado* de una manera específica ante las eventualidades que se puedan presentar en la comparecencia por la imputación de la persona jurídica, y *en sintonía* con la postura defensiva que esgrima el Abogado defensor.

c) El Juez, sin tomar declaración alguna a quienes comparezcan en nombre de la entidad, informará al Abogado de la persona jurídica imputada y, en su caso, a la persona especialmente designada para acudir al acto en su representación, de los hechos que se imputan al ente. Esta información se facilitará por escrito, o mediante la 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. En caso de que el Procurador se tenga que nombrar de oficio, se comunicará su identidad a la persona jurídica imputada.

Después, se propone también dar nuevo contenido al art. 120 LECR según el cual cuando la ley requiera o autorice la presencia del imputado en la práctica de diligencias de investigación o de prueba anticipada se entenderán siempre referidas al abogado defensor de la persona jurídica. No obstante, la entidad imputada podrá designar expresamente a una persona determinada para que asista al acto en su representación junto al letrado encargado de la defensa. 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.

A todo ello se añade en este mismo artículo una declaración genérica de inaplicación a las personas jurídicas imputadas de todas aquellas disposiciones que sean incompatibles con su especial naturaleza; en especial, no les son aplicables:

a) las disposiciones relativas a la declaración de imputado, que no procederá en ningún caso sin perjuicio de las alegaciones por escrito que se puedan presentar por el abogado defensor, o de cuantas declaraciones de testigos o de personas físicas imputadas sean propuestas por el mismo;

b) las previsiones relativas a la declaración del acusado y al ejercicio del derecho a la última palabra en el acto del juicio oral, sin perjuicio de cuanto pueda manifestar el letrado de la entidad en defensa de la misma en su informe final;

c) las relativas a las medidas cautelares de carácter personal¹⁰⁴.

En tercer lugar, en orden a la celebración del juicio oral con una persona jurídica procesada, el Proyecto de Ley establece la adición¹⁰⁵ de un nuevo art. 786 *bis*:

¹⁰⁴ Aunque en este caso con la declaración genérica de inaplicación a las personas jurídicas imputadas de las disposiciones contrarias a su naturaleza jurídica, de forma expresa el legislador quiere aclarar que el representante de la persona jurídica sólo estará sujeto a las medidas que se acuerden contra él con base en su responsabilidad directa, y nunca por su estatus en la organización de la persona jurídica.

¹⁰⁵ Relacionado con ello, también se propone añadir un párrafo final al art. 746 LECR en materia de suspensión del juicio oral cuando la procesada sea una persona jurídica, reenviando su contenido al nuevo art. 786 *bis* LECR. Y según lo que comentamos, esta suspensión sólo es

LECR pero limitado a cuestiones de postulación y representación: sólo será necesaria la presencia del Procurador y del Abogado de la persona jurídica acusada, sin que ésta deba estar representada por otra persona distinta de aquél. No obstante, la persona jurídica acusada podrá designar expresamente a una persona determinada para que acuda a la vista en representación de la entidad, ocupando en la sala el lugar reservado al acusado, sin que pueda designarse a estos efectos a quien haya de declarar como testigo o a quien deba tener cualquier otra intervención en la práctica de la prueba. La incomparecencia de la persona especialmente designada no impedirá en ningún caso la celebración de la vista con el abogado y el procurador del ente acusado.

En cuarto lugar, como en atención a la penalidad de las conductas de las que puede ser responsable una persona jurídica cabe¹⁰⁶ que esta quiera manifestar su conformidad, partiendo de la regulación general de los arts. 784.3, 787 y 801 LECR, y 50 de la Ley del Jurado, se normativizan dos cuestiones específicas. Según el nuevo apartado 8 del art. 787 LECR, el *único*¹⁰⁷ sujeto encargado de expresar¹⁰⁸ al

procedente acordarla cuando quienes no comparezcan, justificadamente, sean el Abogado y el Procurador de la persona jurídica, cuya presencia es obligatoria, no así la del representante; además, la suspensión se producirá por un corto espacio de tiempo, porque el órgano jurisdiccional, si con esa inasistencia aprecia una actitud obstruccionista de cara a impedir el correcto desarrollo de las actuaciones, siempre puede dirigirse a los Colegios profesionales de Abogados y Procuradores instándoles a que designen de oficio dos profesionales para la defensa y representación de esa persona jurídica.

¹⁰⁶ Puesto que el art. 787 LECR señala como tope para que la conformidad manifestada por el acusado produzca efectos jurídicos que «la pena no excediere de seis años de prisión», *en teoría* cualquiera de las penas establecidas en el nuevo art. 33.7 CP, por ser de naturaleza diversa, serían susceptibles de ser objeto de la conformidad; sin embargo, no dudamos que la jurisprudencia rechazará las declaraciones de conformidad de la persona jurídica acusada cuando la pena más grave de las pedidas por las acusaciones sea la disolución. Concordamos con aquellos que piensan que aunque sea difícil de imaginar en la práctica esta situación para la persona jurídica, el espíritu de la norma en todas las versiones de la conformidad —en el procedimiento ordinario, en el abreviado, en los juicios rápidos, en los procesos ante el Tribunal del Jurado, o incluso en el proceso de menores— es que no pueda ser admitida cuando la pena con la cual tiene que conformarse el acusado es de especial gravedad, lo que aquí sucede por cuanto para la persona jurídica hablar de su disolución equivale a provocar su *muerte* jurídica y económica. Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, «Consecuencias procesales, op.cit., pág. 95.

¹⁰⁷ Sí lo es con relación al representante, cuya presencia y/o declaración no es relevante. Sin embargo, no es baladí la postura que adopte el Abogado de la persona jurídica ante la conformidad de la persona jurídica acusada: por un lado, con su presencia puede controlar los *desmanes* en que pudiera incurrir el Procurador —que *traslada* la voluntad de la persona jurídica pero también la *compromete*—, y más importante, como la conformidad es una declaración de voluntad que para producir efectos jurídicos tiene que ser manifestada conjuntamente por el acusado y por su defensor, una disconformidad de éste determinará que el órganos jurisdiccional competente, si estiman fundada su posición jurídica, acuerden la continuación del juicio *ex art. 787.4.II LECR*.

¹⁰⁸ El Procurador actúa como mero *transmisor* de la voluntad de la persona jurídica, ya que por mucho que se le exija a este representante estar apoderado especialmente es poco realista entender que sin acuerdo de los órganos estatutarios pueda aceptar penas como las previstas en el art. 33.7 CP, entre ellas no lo olvidemos, la disolución. Como señala PORTAL MANRUBIA, la

órgano jurisdiccional competente su conformidad es el Procurador que la represente, siempre y cuando tenga otorgado poder especial con esta atribución. Además, se prescinde de la exigencia de tener que ratificar dicha declaración de conformidad.

Finalmente, se propone la regulación específica en un nuevo art. 839 *bis* LECR de una posible declaración de rebeldía de la persona jurídica¹⁰⁹ por su falta de comparecencia ante un llamamiento judicial: cuando esté imputada una persona jurídica, sólo podrá ser llamada por medio de una requisitoria cuando no haya sido posible su citación para el acto de primera comparecencia, al no tener un domicilio social conocido¹¹⁰. En esa requisitoria habrá que hacer 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. La requisitoria 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 imputado¹¹¹. Cuando transcurra el plazo fijado sin haber

«actuación del administrador debe realizarse en interés de la sociedad, respetando su deber de lealtad y fidelidad hacia la misma, sin que reporte un beneficio propio o a terceros» (Cfr. PORTAL MANRUBIA, «La persona jurídica, op.cit., pág. 180).

Incluso, como salvaguarda, se puede hacer una interpretación amplia del art. 787.7 LECR para que cuando se abra la vía de impugnación porque, o bien no se han respetado los requisitos y términos de la conformidad, o bien porque el acusado no ha prestado libremente la conformidad, se pueda hacer uso de ella si el Procurador ha llevado a cabo comportamientos desviados y desleales con la voluntad de la persona jurídica, contradiciendo incluso las facultades que le ha conferido en el poder especial.

¹⁰⁹ La falta de apariencia física de la persona jurídica sólo puede derivar, como señala GASCÓN INCHAUSTI, en una «fuga ficticia» de la misma por inasistencia de su Abogado —y eventualmente su representante— (GASCÓN INCHAUSTI, «Consecuencias procesales, op.cit., pág. 64).

¹¹⁰ Como estamos en situaciones en las cuales de lo que se parte es del desconocimiento del domicilio social de la persona jurídica y no de una voluntad inequívoca de sustraerse a la acción de la Justicia, como sucede en muchos de los casos fijados legalmente para dictar una requisitoria frente a personas físicas, si lo que se busca es la efectividad de la comunicación el legislador debería pensar que estas comunicaciones también podrían llevarse a cabo en otros locales o establecimientos de la persona jurídica, e incluso, de ser conocidos, directamente con su representante legal, Abogado o Procurador, fijándose en estos casos cautelas complementarias para asegurar la recepción final de la comunicación y dejando claro que estos sujetos sólo actúan como *transmisores* de la citación, y sin que por tanto, por ejemplo, a resultas de una posterior incomparecencia de la persona jurídica pudieran acordarse medidas compulsivas personales contra esos sujetos.

¹¹¹ Muy correcta y útil para el tráfico económico —y jurídico— esta previsión, que ya se podría haber hecho extensible en la reforma del Código Penal a los casos en los cuales sobre la persona jurídica se acuerdan medidas cautelares. Y también en materia de publicidad e inscripciones en registros, en su Informe el Consejo General del Poder Judicial apuntó la conveniencia de que se pueda inscribir la condena en el Registro Central de Penados y Rebeldes, lo cual puede ser beneficioso para conocer si la persona jurídica ha sido disuelta por sentencia firme o ha sido

comparecido la persona jurídica, se la declarará rebelde, continuando los trámites de la causa con el Abogado y el Procurador designados de oficio¹¹², entendiéndose con éstos todos los trámites procesales hasta su conclusión. No se dice nada más, pero hay que entender que este artículo se está refiriendo a las actuaciones anteriores a la apertura del juicio oral, momento en el cual será necesaria la presencia formal de la persona jurídica, sin que quepa en la situación descrita¹¹³ la realización de juicios en ausencia de la persona jurídica, tanto cuando sea la única imputada como cuando lo sea conjuntamente con una o varias personas físicas¹¹⁴.

6. Conclusiones

El Derecho Penal, al igual que otras disciplinas jurídicas, ha tenido que mudar algunos de sus principios y conceptos tradicionales, anclados en la idea simple de que el delito es una conducta individual, de un *solitario social*¹¹⁵, que afecta a una sola víctima, para tratar de hacer frente a las actividades delictivas complejas cometidas por —o a partir— de personas jurídicas, y ello desde una doble óptica: represora a corto plazo, exigiendo sin ambages responsabilidad penal a los entes colectivos, y a medio y largo plazo preventiva, por cuanto la amenaza de ser sancionadas debe ser

condena a la pérdida de algún derecho; para ello, se hace necesario adaptar el Registro para que se puedan contener los datos específicos para la identificación de personas jurídicas, así como aquellos otros que sean precisos para evitar, en la medida de lo posible, actuaciones fraudulentas bajo la apariencia legal de otras personas jurídicas. Incluso, podría pensarse en un *registro independiente* para las personas jurídicas, conectado con otros registros públicos, donde de manera ordenada y completa se recogieran todas las cuestiones apuntadas.

¹¹² Como realmente quienes no comparecen son sus Abogados y Procurador, directamente la norma propuesta entiende que el órgano judicial se habrá dirigido a los Colegios profesionales para que le designen del turno de oficio a un Abogado y a un Procurador. Con ello, el legislador se *aborra* el tener que determinar cómo proceder cuando la persona jurídica no tiene designado un representante, o cuando teniéndolo, lo remueve —de forma voluntaria u obligatoria, como cuando el mismo resulta imputado en el mismo asunto— y no lo hace, cerrando un poco más el paso a situaciones no muy irreales en las cuales la persona jurídica puede querer abusar de su falta de corporeidad y de su inactividad para designar representante para eludir —o al menos dilatar— la exigencia de responsabilidad penal.

¹¹³ Distinto será que la primera comparecencia se hubiera celebrado, bien en su convocatoria *original* o bien a resultas del éxito de la requisitoria, puesto que en ese caso ya habrán estado presentes en la misma, de forma obligatoria, Abogado y Procurador de la persona jurídica, y a criterio de ésta un representante, constando a partir de ese momento el domicilio de la persona jurídica a efecto de las notificaciones ulteriores. En estos casos, lo que habría que verificar es que se está dentro del ámbito de aplicación establecido en el art. 784.4 LECR y que además el órgano judicial entiende que existen suficientes elementos para juzgar a la persona jurídica en ausencia y además se cumplen los presupuestos generales previstos en el art. 775 LECR, entre ellos, la presencia necesaria del letrado de la persona —jurídica— ausente, ya sea el designado de su confianza o uno del turno de oficio.

¹¹⁴ Entendemos que son de aplicación en estos casos los arts. 786.1.I y 842 LECR.

¹¹⁵ SCHÜNEMANN, «Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas», *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid, 2002, pág. 129.

entendida por éstas como un mandato compulsivo para cumplir fielmente la normativa reguladora de la actividad empresarial y los controles y garantías inherentes a la misma.

Una vez más en pocos años, la *eficacia* en la respuesta penal demandada por la sociedad ha pesado lo suficiente para que el legislador internacional en general, y el español en particular, haya modificado las normas penales en pro del anhelo de poder imputar un hecho delictivo a las *personas sin alma*¹¹⁶, escapando de las inercias conservadoras y continuistas de la dogmática, temerosa de que pierdan valor y vigencia alguna de las garantías informantes de un sistema jurídico-penal constitucionalizado. Por tanto, estamos ante una nueva normativa con un gran *impacto* jurídico, y también social y económico.

En la somera exposición de los cambios legales orquestados por la LO 5/2010 de reforma del Código Penal sería *injusto* centrarse sólo en los problemas de *forma* y obviar el *fondo* buscado con el cambio, pero también lo sería no reconocer que este propósito de criminalizar y responsabilizar a las personas jurídicas es un trabajo *en evolución*, que requiere ser acompañado de otros cambios legales, y *perfectible*, porque aunque haya sido a vuela pluma en este trabajo hemos *denunciado* ausencias, incoherencias y asistematicidades, que hasta que sean solventadas legislativamente su interpretación y solución queda en manos de la jurisprudencia, tanto por vía de la analogía como de la *creatividad e improvisación procedimental*¹¹⁷, un *estado de necesidad*¹¹⁸ que en última instancia se trasluce en una aficción a seguridad jurídica y a garantías procesales constitucionalizadas.

Lo que no se le puede negar al legislador penal de 2010 es que sabía lo que buscaba, y así lo ha plasmado —con más sombras que luces y sin prever un adecuado régimen transitorio¹¹⁹— en el Código, sin hacer uso del *fraude de etiquetas*¹²⁰ de la regulación derogada: que las personas jurídicas puedan ser responsables penalmente y que por sus comportamientos ilícitos se les puedan imponer verdaderas penas. Ahora sólo queda que el *legislador procesal* continúe *pronto* con esta tarea reformadora y ajuste la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal al brocardo *societas delinquere potest*, y de paso que se utilice esta carencia como un motivo más para

¹¹⁶ FOFFANI, «Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. ¿Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 10, 2010, pág. 4.

¹¹⁷ GASCÓN INCHAUSTI, «Consecuencias procesales, op.cit., págs 44 y 103.

¹¹⁸ PÉREZ GIL, «Cauces, op.cit., pág. 583.

¹¹⁹ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, «La responsabilidad, op.cit., págs 138 y ss.

¹²⁰ BAJO FERNÁNDEZ utiliza esta expresión para referirse a la situación creada en la anterior regulación de los arts. 129 y 31.2 CP en la cual, para *evitar problemas* dogmáticos, a las sanciones en las que podía incurrir una persona jurídica no se les llamaba «penas» sino «medidas de seguridad» o «sanción administrativa». Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, «La responsabilidad, op.cit., pág. 50.

concienciarlo de que en el fondo el problema está en que no tenemos una Ley de Enjuiciamiento del siglo XXI, como la civil.