

LA PERSONA JURÍDICA COMO RESPONSABLE PENAL ANTE EL PROCESO

The legal entity as criminally liable on criminal proceedings

Por Patricio Arribas Atienza
Letrado de la Administración de Justicia
patricio.arribas@justicia.es

Artículo recibido: 27/10/17 | Artículo aceptado: 12/12/17

RESUMEN

El presente artículo trata de sistematizar la intervención de la persona jurídica en el proceso, haciendo referencia a las situaciones más trascendentes en que se encontrará el investigado, desde su personación y actuación en las distintas fases de la instrucción, hasta el desarrollo del juicio. Se trata así, de su personación, declaración, la posible conformidad, caso de incomparecencia y una especial atención a las medidas cautelares que puede ser objeto la persona jurídica.

ABSTRACT

This paper deals with the role of the legal entity on the criminal proceeding, pointing out the most transcendental situations of the suspect legal person, from the first appearance to the trial. All of this is analyzed along the different stages of the criminal proceedings: appearance, deposition, possible acceptance of charges and possible failure to appear, paying special attention on the precautionary measures concerning the legal entity.

PALABRAS CLAVE

Persona jurídica, Compliance, Personación, Medida cautelar, Declaración juicio, Conformidad, Instrucción, Incomparecencia, Rebeldía.

KEYWORDS

Legal entity/legal person, Compliance, Precautionary measure, Deposition, Trial, Acceptance of charges, Investigation, Failure to appear, Default.

Sumario: 1. El origen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. 2. La persona jurídica como investigada. 2.1 Competencia. 2.2. Personación e intervención. 2.3. La declaración de la persona jurídica. 2.4. Medidas cautelares. 2.4.1. Regulación de las medidas cautelares aplicables a las

personas jurídicas. 2.4.2. Medidas de carácter personal o contra societatem. 2.4.2.a. Principios para la aplicación de las medidas. 2.4.2.b. Presupuestos de las medidas cautelares. 2.4.2.c. Las concretas medidas previstas en el artículo 544 quáter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 2.4.2.d. Aplicabilidad de los plazos previstos en el Código Penal respecto a las medidas. 2.4.3. Medidas de carácter real. 2.4.4. Procedimiento para adoptar las medidas. 3. La conformidad de la persona jurídica acusada. 4. Incomparecencia de la persona jurídica. 5. Intervención en el juicio oral. 6. Bibliografía.

1. El origen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Para entender debidamente la situación que ocupa la persona jurídica en el proceso, conviene efectuar una mínima aproximación a su origen, lo que vino, al menos en España, determinado por el hecho de que la responsabilidad y circunstancias de determinados delitos hacen imposible la imputación de las personas físicas que materialmente lo han realizado actuando a través de personas jurídicas, o como nos dicen Hurtado Pozo, Del Rosal Blasco y Simons Vallejo, “se hace necesario responsabilizar penalmente a las personas jurídicas por la dificultad de individualizar la autoría y participación de las personas físicas en los casos de los delitos de omisión impropia y, sobre todo, en supuestos de ausencia de dolo”⁹⁶.

A su vez esta responsabilidad penal de las personas jurídicas, se ha articulado de modo que es posible mediante determinados mecanismos, los cada vez más conocidos programas de *compliance officer*, evitar dicha responsabilidad o, en su caso, atenuarla.

El origen de todo ello lo sitúan algunos en 1909 en Estados Unidos, tras una sentencia de su Tribunal Supremo, que sancionó penalmente a una compañía de ferrocarril por la actuación delictiva de sus directivos y con cuyo delito se había beneficiado la propia empresa, lo que dio lugar a que algunas empresas americanas estableciesen programas para evitar estas responsabilidades, cosa que se extendió durante los años sesenta del siglo pasado con motivo de la multiplicación de condenas contra diversas empresas por delitos contra la competencia y la proliferación, asimismo en los años siguientes, de cierta habitualidad de sobornos en la práctica empresarial.

El origen en España de estos programas, es el mismo que el origen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues ambos viene parejos en el tiempo, lo hallamos a finales del siglo XX y principios del actual, al tratar de establecer en el ámbito internacional medidas contra la corrupción y contra

⁹⁶ HURTADO POZO, J., DEL ROSAL BLASCO, B., SIMONS VALLEJO, R.: “*La responsabilidad criminal de las personas jurídicas; una perspectiva comparada*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2.001. Pág. 174.

aquellos delitos graves que por su naturaleza poseen un carácter transfronterizo, a título de ejemplo podemos señalar entre otros el Convenio de Naciones Unidas contra la corrupción, suscrito en Nueva York el 31 de octubre del 2003 o el Convenio Penal contra la Corrupción del Consejo de Europa suscrito en Estrasburgo el 27 de enero de 1999.

Los programas de *compliance*, así como los nuevos controles dirigidos a prevenir la criminalidad vinculados con aquellos, nos dice Ulrich Sieber, constituyen una reacción a los espectaculares escándalos en el campo de la criminalidad económica que ocurrieron hace poco, tanto en los EE.UU. como también en Europa⁹⁷.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se introduce en España a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio de modificación del Código Penal, lo que fundamenta el legislador en la proliferación de instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta a la criminalidad que tiene lugar a través de las personas jurídicas, si bien esto se concreta en determinados tipos delictivos, especialmente los relacionados con la corrupción en el ámbito mercantil y de la contratación administrativa, y también en esos otros tipos en que o bien porque lo conlleva el propio supuesto de hecho de la norma, o bien porque en la práctica se produce una actuación transfronteriza, como pueden ser inmigración ilegal, prostitución infantil, trata de seres humanos y otros, de ahí que se opte al establecer esta nueva responsabilidad por un sistema de *numerus clausus* por el que solo será posible la misma en aquellos tipos que expresamente así se recojan en el código.

Para la exigencia de la responsabilidad se establecieron dos modalidades, una de carácter directo, basada en la relación del sujeto material con la persona jurídica y en la producción de sus consecuencias directas, esto es cuando se trata de personas con capacidad de vincular con sus actos a la persona jurídica y además su acción criminal repercute en provecho de la misma, y otra de carácter indirecta y que tendría que ver con una cierta posición de garante sobre sí misma y su espacio de dominio, basada en una falta de control, falta de control que se evita mediante el establecimiento de los programas de *compliance* a que nos hemos referido.

Esta nueva responsabilidad penal, si bien materialmente tendrá lógicamente que ser actuada por una persona física, se singulariza de modo que la persona jurídica puede incurrir en ella con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física.

Así a partir de dicha Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en contra de la tradición jurídica romana seguida de siempre en España conforme al aforismo

⁹⁷ ULRICH, S.: “Programas de “compliance” en el derecho penal de la empresa. una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. Pág. 1.

societas delinquere non potest, pues no se entendía la existencia del delito en una realidad jurídica en la que no existe la capacidad cognitiva ni volitiva, se reforma el Código Penal reconociendo la posible responsabilidad penal de este tipo de personas, argumentando que “*son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...)*. Esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea”. Y así introdujo los artículos 31 bis al quinquies del [Código penal](#) (CP) regulando toda la cuestión.

Pero téngase en cuenta como distingue el Tribunal Supremo⁹⁸, que debe diferenciarse entre la empresa con actividad real y las que califica como sociedades “pantalla”, carentes de cualquier actividad lícita y creadas exclusivamente para la comisión de hechos delictivos. Estas, según dicha sentencia, han de ser consideradas al margen del régimen de responsabilidad penal del artículo 31 bis CP.

Por último considerar que las consecuencias accesorias del delito que era el instrumento utilizado hasta la fecha con consecuencias, valga la redundancia, para las personas jurídicas por delitos cometidos mediante ellas, decae y queda solo para aquellos entes que carezcan precisamente de personalidad jurídica.

No vamos a entrar aquí, por no ser objeto a tratar, en las condiciones exigidas al programa de compliance officer por nuestra legislación penal, y que consiste en el establecimiento por parte de la persona jurídica de un modelo de organización y gestión que cree las condiciones necesarias de una ética de empresa que evite el delito en su seno, pero hay que tener en cuenta que ésta es la base sobre la que gira todo el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues si se cumple el *programa* quedaría exenta de responsabilidad.

2. La persona jurídica como investigada

Procesalmente la regulación más trascendente es la efectuada por Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, pues esta ley vino a llenar las lagunas legales que existían sobre la forma en la que las personas jurídicas debían intervenir en el proceso penal.

⁹⁸ STS 154/2016 de 29 de febrero.

2.1. Competencia

La concurrencia en la responsabilidad penal de la persona jurídica con la persona física causante materialmente del delito, unido a las peculiaridades de las modalidades de pena previstas para aquella, entre las que como es lógico no se incluye la prisión, llevó al legislador a la necesidad de configurar la norma competencial de manera que no cupiese duda sobre la competencia objetiva en cada caso y a su vez que dicha competencia no pudiese variar según hubiese o no persona física acusada en la causa.

Por ello se introdujo el artículo 14 bis en la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) (LECrím) conforme al cual, para el caso de que su determinación venga referida a la gravedad de la pena se establece que, aun cuando el proceso se dirija solo contra una persona jurídica se tendrá en cuenta la pena prevista para la persona física.

Con anterioridad a la introducción de este precepto en la LECrím, la inseguridad jurídica sobre esta cuestión era notable con diferentes interpretaciones por parte de la doctrina y jurisprudencia menor de las Audiencias de modo que como reclama Pérez-Cruz Martín, *“las normas de competencia judicial han de gozar de un grado de concreción suficiente para impedir designaciones libres o arbitrarias, erigiéndose tal condición en requisito del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley”*⁹⁹ y con esta claridad y precisión en la norma lograda a través del mencionado artículo, se consigue la debida seguridad jurídica.

En materia de competencia territorial no se ha establecido especialidad alguna en relación a las personas jurídicas, si bien es cierto que su determinación puede generar mayores complicaciones que en el caso de las personas físicas, bien porque la acción delictiva se produzca en un lugar y el resultado en otro, bien porque la omisión del control debido para la efectividad del programa de cumplimiento se produzca en un lugar y los resultados dañosos en otro, o bien porque la persona jurídica tenga una estructura descentralizada. Aplicando la teoría de la ubicuidad, según la cual el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo, será el juez competente el del lugar de cualquiera de ellas que primero haya iniciado actuaciones judiciales. Entendemos que con la aplicación de esta teoría, seguida por el Tribunal Supremo¹⁰⁰, se pueden evitar las posibles disfunciones que puedan surgir debido a esta falta de regulación específica.

⁹⁹ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J.: *“Constitución y Poder Judicial”*. Ed. Andavira. Santiago de Compostela, 2013. Págs. 91-92.

¹⁰⁰ Sala 2ª del Tribunal Supremo, Acuerdo no jurisdiccional de 3 de febrero de 2005.

2.2. Personación e intervención

A pesar de que lo normal hasta ahora había sido que la representación de las personas jurídicas se ejerciera directamente por su legal representante, con la Ley 37/2011 de 10 de octubre, se da un vuelco en esta cuestión de modo que ahora el representante de la persona jurídica investigada ya no lo será su representante legal, tal y como se prevé en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) al establecer que por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen, si no conforme a lo dispuesto en el nuevo artículo 119 de la LECrim, la persona designada ad hoc por la entidad, si bien lógicamente nada impide que el designado sea el propio representante legal si lo tienen por oportuno.

Esta persona que es elegida libremente por la investigada, será en principio con quien se sustanciará todo el proceso, actuando en nombre de aquella.

Pero decimos en principio, pues se prevé que si por la persona jurídica no se hace tal designación, su representación sea ostentada por el Abogado designado o como se hace con cualquier otro investigado, el llamado de oficio ante la falta de designación, al ser este con el único con el cual se va a sustanciar el proceso.

No existe ninguna limitación en cuanto a la duración temporal de dicha representación, de modo que el designado puede ser sustituido en cualquier momento y designado otro en su lugar, o en caso de no designación quedar la representación en el sentido que hemos indicado, en el Abogado, sin que dicha designación como nos indica Gacon Inchausti¹⁰¹ pueda ser rechazada por el órgano judicial, salvo que apreciara su carácter abusivo o fraudulento.

Por otro lado entendemos que dada la dicción gramatical del artículo que hace referencia a la designación de “un representante” no sería posible la designación de varias personas que además podrían entrar en contradicción entre ellas distorsionando la lógica unidad de actuación del investigado.

Otra cuestión que cabe plantearse es la posible compatibilidad entre la condición de investigado como persona física por esos mismo hechos, con la de representante de la persona jurídica co-investigada.

Algunos autores como Portal Manrubia¹⁰² mantienen la incompatibilidad en base a la imposibilidad del careo entre co-investigados o ya en fase de juicio oral en relación con el derecho a la última palabra.

Pero lo cierto es que en nuestra legislación no se prevé tal limitación y como dice Banacloche Palao¹⁰³ será la propia entidad la que deba asumir el

¹⁰¹ GASCON INCHAUSTI, F.: “Proceso penal y persona jurídica”. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2012. Págs. 87-88.

¹⁰² PORTAL MANRUBIA, J.: “El enjuiciamiento penal de la persona jurídica”. Ed. *Diario La Ley* Nº 7769. Madrid, 2012.

riesgo de conflicto de intereses, designando libremente a su representante. De modo que solo acudiendo al posible abuso o fraude de Ley podrá el tribunal impedir en determinados supuestos esa doble condición.

En cuanto al modo de designación de dicho representante no se especifica como deba efectuarse este, pero en todo caso entendemos que deberá constar de modo fehaciente y deberá efectuarse directamente por quien ostente la representación legal de la persona jurídica. No veo ningún inconveniente en que la designación se haga por el Procurador si este tiene poder especial para ello, con lo cual bastaría un escrito de este indicando quien ostenta la representación de la que hablamos. También como expone Roma Valdés¹⁰⁴ sería posible mediante comparecencia *apud acta* ante el Letrado de la Administración de Justicia.

2.3. La declaración de la persona jurídica

La declaración irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización. A dicha declaración le será de aplicación lo dispuesto para la declaración de las personas físicas en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluidos los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable.

Con la introducción de un nuevo artículo 119 en la LECrim (el cual había sido derogado en 1996) se establece una serie de peculiaridades en la primera declaración que se tome a la persona jurídica en calidad de investigada y que son las siguientes;

a) La citación se hará en el domicilio social de la persona jurídica, requiriendo a la entidad que proceda a la designación de un representante, así como Abogado y Procurador para ese procedimiento, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo, se procederá a la designación de oficio de estos dos últimos. La falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el Abogado y Procurador designado.

b) La comparecencia se practicará con el representante especialmente designado de la persona jurídica imputada acompañada del Abogado de la misma. La inasistencia al acto de dicho representante determinará la práctica del mismo con el Abogado de la entidad.

c) El Juez informará al representante de la persona jurídica imputada o, en su caso, al Abogado, de los hechos que se imputan a ésta. Esta información

¹⁰³¹⁰³ BANACLOCHE PALAO, J.: "La imputación de las personas jurídicas en la fase de instrucción". Ed. La Ley. Madrid, 2011. Págs. 171-172.

¹⁰⁴ ROMA VALDÉS, A.: "Responsabilidad de las personas jurídica. Manual sobre su tratamiento penal y procesal. Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio y a la Ley 37/2011 de 10 de octubre". Ed. Rasche. Madrid, 2012. Págs. 103-104.

se facilitará por escrito o mediante entrega de una copia de la denuncia o querrela presentada.

d) La designación del Procurador sustituirá a la indicación del domicilio a efectos de notificaciones, practicándose con el Procurador designado todos los actos de comunicación posteriores, incluidos aquellos a los que esta Ley asigna carácter personal. Si el Procurador ha sido nombrado de oficio se comunicará su identidad a la persona jurídica imputada.

De todo lo anterior queda claro quién es la persona física que actuará por la persona jurídica en la declaración y que no es otra que aquella que la propia persona jurídica decida designar libremente para la toma de la declaración, que no debemos confundir con quien sea el representante legal de la persona jurídica que puede coincidir o no con esta. Dicha persona física que la empresa presente para declarar por ella, podrá serlo por su especial conocimiento del asunto, a causa de su personal situación en la empresa, por sus conocimientos técnicos o por el motivo que la persona jurídica tenga por conveniente a su arbitrio, sin necesidad de justificación alguna.

Una peculiaridad importante es que si la persona jurídica investigada no designa a nadie para la toma de declaración se sustanciará el procedimiento con el abogado, y el Procurador y conforme dispone el artículo 409 bis de la LECrim la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación determinará que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar.

Por último recordar, que con anterioridad a la declaración, que conforme al artículo 397 de la LECrim puede el procesado dictarla por sí mismo y si no lo hace lo hará el Letrado de la Administración de Justicia, este Letrado decimos deberá informar al declarante de sus derechos. No es baladí esta cuestión, pues recordemos que la fe pública judicial que ejerce este profesional, constituye un elemento esencial para el perfeccionamiento de la jurisdicción en garantía de los derechos del justiciable sin la cual el acto devendría nulo de pleno derecho.

2.4. Medidas cautelares

2.4.1. Regulación de las medidas cautelares aplicables a las personas jurídicas.

La regulación de las medidas cautelares tienen un claro carácter procesal y por ello el lugar natural de su regulación no puede ser otro que la ley procesal y así es en el caso de las personas jurídicas cuya responsabilidad penal se estableció por la Ley orgánica 5/2010 de 23 de junio de reforma del Código Penal, la Ley 37/2011 que introdujo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal el nuevo artículo 544 quáter referido a las medidas cautelares de este nuevo sujeto de responsabilidad penal, si bien como veremos remitiendo a su vez a las medidas cautelares previstas en el Código Penal.

Así, dicho artículo dispone en su primer párrafo que *“cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, las medidas cautelares que podrán imponérseles son las expresamente previstas en la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”*.

Como vemos dicho precepto no efectúa una regulación directa de dichas medidas y resulta necesario acudir al Código Penal para fijar cuales son las medidas que el Código penal prevé como tales cautelares, el cual en su artículo 33.7 dispone que *“la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa”*

Por tanto estas son y no otras las medidas previstas en la ley de Enjuiciamiento Criminal para las personas jurídicas.

Esto ha hecho que muchos autores como Dopico Gómez-Aller se planten si las medidas cautelares para las personas jurídicas constituyen un *números clausus* que vendría fijado por los tres únicos supuestos previstos en el artículo 33.7 del Código Penal¹⁰⁵.

El debate surge por la estricta remisión del artículo 544 quáter de la LECrim al mencionado 33.7 del Código Penal, pues dado que no cabe la interpretación extensiva del derecho penal, ni sustantivo, ni procesal, parecería que el hecho de concretarse las medidas en el segundo de los preceptos mencionados impediría aplicar cualquier otra no prevista en el mismo.

Para concluir sobre si efectivamente existe dicha limitación, analizaremos que es una medida cautelar y sus clases.

El concepto de medida cautelar en principio resulta pacífico en la doctrina y constituirán tales, todas aquellas que resultan necesarias adoptar para asegurar el cumplimiento de una posible sentencia condenatoria.

En cuanto a las clases de medidas cautelares todos coinciden en distinguir entre personales y reales, si bien a la hora de determinar la razón de la distinción entre unas y otras, ya no resulta tan pacífica la doctrina. Desde una distinción muy básica las personales tendrían por objeto garantizar la presencia del acusado y las reales garantizar las responsabilidades civiles que pudieran decretarse. Sin embargo como decimos esa distinción no es así de nítida y hoy día en cuanto a las personales, para la mayoría de autores incluso, las mismas

¹⁰⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Proceso penal contra personas jurídicas; medidas cautelares, representantes y testigos”. Ed. La Ley 214/20112, Diario La Ley, Nº 7796, Sección Doctrina, 13 de Febrero de 2012, Págs. 4 a 6. El autor considera que de una interpretación literal habría que entender que existe numerus clausus respecto a las medida cautelares, pero debiendo buscarse soluciones a ello llega a la conclusión de entender que la limitación bien solo referida a las medidas personales.

superan la mera finalidad de la presencia del acusado¹⁰⁶. Así hoy día podemos considera como medidas cautelares personales todas aquellas que suponen una limitación de los derechos de las personas y las reales por su parte tendrán siempre carácter patrimonial.

En el caso que nos ocupa en referencia a las personas jurídicas deberemos asumir un concepto amplio de derechos personales de modo que estos no queden limitados a los referidos a las personas físicas en cuanto limitación de su libertad, puesto que la ley así lo ha querido, más teniendo en cuenta que en el proyecto original de ley preveía la prohibición de aplicación de medidas personales a las personas jurídicas¹⁰⁷.

Llegados a este punto entendemos que en principio sería posible aplicar a las personas jurídicas no solo medidas cautelares de carácter real sino también otras de carácter personal o si no queremos denominarlas así, llamémoslas personal o asimilado o como ha establecido gran parte de la doctrina medidas *contra societatem*. El problema lo tendremos a la hora de encuadrar la medida concreta en uno u otro grupo, pero a los efectos que aquí nos ocupa nos resulta indiferente.

Como expuso el Juzgado Central de Instrucción 4 en uno de sus autos; *“nos encontramos ante una medida cautelar de carácter personal. No se trata de asegurar las responsabilidades pecuniarias que pudieran derivarse de las resultas del juicio, para ello están las medidas asegurativas contemplados en los arts. 589 y ss de la LECrim, sino de una medida cautelar tendente a asegurar que, frente a la existencia de una determinada conducta que pudiera ser constitutiva de infracción penal, esta no siga produciéndose en tanto se tramita el proceso ... medida cautelar penal que sin duda tiene una naturaleza personal, pues con ella no se pretende otra cosa que el neutralizar la actividad delictiva de la entidad infractora, y ello mediante medidas limitativas en la libertad de obrar de la misma, que pueden ir desde la mera supervisión o control de sus actividades y decisiones a la remoción y sustitución de sus administradores”*¹⁰⁸.

Así las cosas, tenemos que el artículo 544 quáter de la LECrim recoge unas determinadas medidas que se concretan en el artículo 33,7 del Código Penal que resulta aplicables a las personas jurídicas, medidas estas que se enmarcan en el título VII del Libro II que se dedica a la libertad provisional del procesado, por lo que claramente se refieren dichas medidas, a medidas de carácter personal y por tanto son en el ámbito de esta clase de medidas donde se limita cuáles sean aquellas sin que ello tenga que suponer la imposibilidad de adoptar otras medidas de carácter real o patrimonial que viene reguladas en

¹⁰⁶ DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *“Las medidas cautelares personales en el proceso penal”*. Ed. Bosch. Barcelona, 2015. Pág. 36

¹⁰⁷ Artículo 120,3, c) del Proyecto sobre Medidas de Agilización Procesal publicado en el boletín Oficial de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados de 18 marzo de 2011.

¹⁰⁸ Auto Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de 30 de julio 2012.

otros preceptos de la ley procesal, o incluso otras, como veremos a continuación.

Efectivamente las medidas reales en el ámbito del proceso penal vienen reguladas en el título IX del libro II de la LECrim, artículos 589 a 614 bis referidos a embargos y fianzas.

Pero es que además fuera de la ley procesal también se regula la posibilidad de adoptar medidas de carácter real con ocasión del proceso penal y así el artículo 20 in fine de la Ley hipotecaria dispone que “*en los procedimientos criminales y en los de decomiso podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el encausado, haciéndolo constar así en el mandamiento*”. Lo que por otro lado constituye un argumento más para entender que el artículo 544 quáter de la LECrim, no cierra la posibilidad de otras medidas de carácter real, más si tenemos en cuenta que dicho precepto se modificó por la Ley 41/2015, de 5 de octubre dejando vigente la posibilidad de dicha medida cautelar.

2.4.2. Medidas de carácter personal o *contra societatem*

2.4.2.a. Principios para la aplicación de las medidas

Como ocurre con cualquier medida limitativa de derechos, más si afecta a derechos de la persona, en este caso jurídica, y visto el encuadramiento legislativo de las medidas que nos ocupan, debe entenderse que su adopción deberá respetar una serie de principios que ponderen el adecuado equilibrio entre la necesidad de su adopción y los derechos de la persona investigada.

El primero de esos principios será el de necesidad en el sentido de que, la adopción de la medida resulte absolutamente imprescindible para el objetivo para el que se acuerda.

Además deberá respetarse el principio de subsidiariedad, es decir que respecto de la medida que se decide adoptar, no exista otra menos gravosa con la cual se pueda obtener igualmente las garantías pretendidas

Por último deberá respetarse igualmente el principio de proporcionalidad, de modo que se dé un adecuado equilibrio entre el objetivo perseguido con la medida y la limitación de derechos que se va a producir a través de la misma o como dice Perelló Domenech, comprobar si existe un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que se generan por la limitación de un derecho para la protección de otro bien o derecho constitucional protegido¹⁰⁹.

¹⁰⁹ PERELLO DOMENECH, I.: “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”. *Revista Jueces para la Democracia*, nº 28, 1997. Pág. 70.

2.4.2.b. Presupuestos de las medidas cautelares

Como en toda medida cautelar hay unos presupuestos que deben cumplirse para su adopción.

En primer lugar lo que se conoce como *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, que no es otra cosa que la existencia a la vista de lo actuado de una razonable probabilidad que de la actuación de la persona jurídica sobre la que vamos a adoptar la medida, efectivamente esta pueda resultar condenada.

En segundo lugar la existencia de *periculum in mora*, es decir que exista un alto riesgo que de no adoptarse la medida, el investigado se sustraiga de las posibles resultas del proceso en su contra.

2.4.2.c. La concretas medidas previstas en el artículo 544 quáter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

- La suspensión de su actividad

Es la más gravosa de todas las medidas, puesto que aparte del daño que puede generarle la propia suspensión, pues lógicamente llevará al paro de su actividad con la consiguiente pérdida de ingresos, puede llevar incluso a su disolución tal y como expone en su tesis doctoral Neira Pena en base al artículo 363.1. a) de la [Ley de Sociedades de Capital](#) en el que se prevé la disolución por el cese de la actividad por más de un año¹¹⁰.

No obstante debe tenerse en cuenta que la suspensión de la actividad no tiene necesariamente que ser completa y esa suspensión puede decidirse solo respecto de aquella parte de la actividad que pueda tener relación directa con el delito investigado y que pueda no afectar a otros ámbitos de la persona.

- La clausura de sus locales y establecimientos

La clausura del local no viene referida a la actividad, sino al hecho de no poder ejercerla en un local determinado, y esto hay que entenderlo así, pues en caso contrario no existiría diferencia alguna con la suspensión de la actividad, lo cual por otra parte nos puede llevar a cuestionar la oportunidad de esta medida propia de una pena como cautelar, pues claramente por su propia singularidad no deja la misma de tener un marchamo de castigo. Conforme decimos si la actividad se puede seguir en otro local o establecimiento (no vemos lógico entender aquí el término establecimiento en el sentido mercantil como conjunto de elementos organizativos del empresario al servicio de su actividad mercantil) la misma solo supondría un obstáculo salvable por aquel mismo al que se le aplica.

- La intervención Judicial

¹¹⁰ NEIRA PENA, A. M^a.: "La persona jurídica como parte pasiva del proceso penal". Tesis doctoral, Universidad de La Coruña, 2015. Pág. 596.

La intervención judicial conforme a la regulación procesal civil y a la jurisprudencia puede tener lugar tanto mediante la administración de la persona jurídica por un tercero o mediante el simple control y vigilancia de la administración que continua en manos de la investigada.

De lo dispuesto en el artículo 33.7. g) se deduce que todo lo referente a la administración deberá disponerse en el auto que acuerde la medida, determinando como dice el precepto exactamente el contenido de la intervención el cual determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial.

El mismo precepto prevé que reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria, reglamento que por el momento no ha sido dictado. Disponiendo también que tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Pero más allá de esto, es indudable que el Juez podrá acordar cualquier tipo de medida adicional que resulte necesaria para el desenvolvimiento de las funciones del interventor.

Por tanto todo lo atinente a la modalidad y forma de ejercer la intervención, reiteramos lo dispondrá el juez que instruye la causa y salvo lo relativo al ejercicio, retribución y cualificación del interventor, se aplicará supletoriamente lo dispuesto en la legislación civil, si bien deberá procurarse evitar que sea necesaria dicha remisión, debiendo quedar dispuesto en todo lo posible en la resolución que la acuerda, debiendo igualmente acudir en caso de vacíos a la propia decisión judicial.

Esta medida como ocurre con las otras dos comentadas puede tener un carácter total o parcial pudiendo afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio.

2.4.2.d. Aplicabilidad de los plazos previstos en el Código Penal respecto a las medidas

Cabe preguntarse si los límites temporales previstos en las penas del artículo 33.7 del Código penal, son o no de aplicación cuando se adopten como medida cautelar en los supuestos previstos.

La posición favorable a ello podría argumentarse en base a que la remisión efectuada por el último inciso del precepto se hace sin especificación ni peculiaridad alguna y por tanto la medida deberá sujetarse igualmente al plazo determinado en el precepto, mucho más cuando de la propia naturaleza de las tres medidas previstas resulta su carácter temporal.

Por otro lado en argumentación contraria, sin discutir la naturaleza temporal de la medida, como todas, podría decirse que toda medida cautelar conlleva la falta de limitación en el tiempo en su propia finalidad, sin que

puedan establecerse límites máximos que pudieran hacer ineficaz la misma, pues dado que las medidas se adoptan para garantizar el resultado final del proceso, lógico es que su duración sea la necesaria en aras a dicha efectividad, creemos este el razonamiento más adecuado y por tanto los límites relativos a la clausura, suspensión e intervención, podrían sobrepasar los límites previstos en el Código Penal, si bien dado el tiempo establecido de cinco años, en la práctica lo lógico sería que no fuera necesario.

2.4.3. Medidas de carácter real

No existe un número *clausus* en lo que se refiere a las posibles medidas cautelares de carácter real, como se desprende del artículo 764 de la LEC que deja abierta la posibilidad de cualquier medida cautelar y que si bien se enmarca en el ámbito del procedimiento abreviado, no vemos obstáculo ni se establece cortapisa alguna en la ley procesal para su aplicación al sumario, es más si se admite así durante la tramitación de las diligencias previas, con mucha más razón debe admitirse en el sumario.

2.4.4. Procedimiento para adoptar las medidas

El procedimiento para adoptar las medidas *contra societatem* se regula en el propio artículo 544 quáter estableciendo un sencillo trámite conforme al cual se celebra una vista con citación de todas las partes personadas.

En cuanto a requisito de procesabilidad deberá tenerse en cuenta que la medida solo puede adoptarse a instancia de parte, pues al disponerlo el precepto de modo expreso queda excluida la actuación de oficio en este tipo de medidas.

Por lo que se refiere a las partes intervinientes en la vista, si bien el precepto habla de partes personadas y ocurre que en principio el investigado siempre lo estará, puede ocurrir que las medidas sean solicitadas con anterioridad a la entrada en el proceso del investigado. Esto nos generaría dos problemas conforme a la regulación literal de la Ley. Por un lado el hecho de que las medidas solo pueden solicitarse frente a persona formalmente imputada, pero lo cierto es que en nuestro actual proceso instructor (a parte del auto de procesamiento del sumario) no existe una resolución formal que fije dicha condición, o la de investigado dado el reciente cambio de terminología, sin que en nuestra opinión pueda entenderse como tal una simple resolución cuasi interlocutoria en la que se acuerda citar sin más explicaciones, pero además por otro lado, de llevar a su límite la literalidad del precepto esperar a dicha formalidad para adoptar la medida, pudiera llevar a la ineficacia de la misma en aquellos supuestos que por las circunstancias del caso se precisa de una actuación inmediata o incluso sorpresiva. Por ello nos permitimos *lege ferenda* proponer la conveniencia de que algún día el legislador estudie la posibilidad

de una resolución fundada declarativa de la condición de investigado, lo que por otro lado en la práctica ocurre en más de una ocasión y sobre esto y en cuanto a las medidas cautelares, hacerlas posibles con carácter previo a dicha condición. En todo caso personado o no resultará siempre imprescindible que la persona sobre la que recaerán las medias sea citada a la vista a través del representante nombrado al efecto o al menos de su abogado.

La vista prevista cumplirá con todos los principios propios de la misma en el derecho penal y especialmente el de contradicción, intermediación y oralidad.

Para finalizar diremos que la medida cautelar se adopta por auto que será recurrible en apelación, teniendo dicho recurso carácter preferente, lo que significa que se pondrá en el turno de asuntos a tratar por el tribunal por delante de aquellos otros que carezcan de tal carácter.

Por lo que se refiere a las medias de carácter reales téngase en cuenta que seguirá los trámites propios de dicha medidas.

3. La conformidad de la persona jurídica acusada

Conforme al artículo 787 de la LECrim la conformidad de la persona jurídica deberá prestarla su representante especialmente designado, siempre que cuente con poder especial. Por tanto lo normal es que ese poder se le haya otorgado a la persona ad hoc designada en su momento para actuar en el proceso, pero si no es así ningún obstáculo existe a que sea el propio representante legal de la persona jurídica quien comparezca a otorgar esa conformidad.

Asimismo recordemos que del mismo modo que ocurre con las personas físicas por el carácter personalísimo que conlleva este acto, el mismo no es posible a través del Procurador.

En cuanto a la limitación entendemos que dado que siempre viene establecida en base a la pena privativa de prisión, en el caso de las personas jurídica siempre será posible.

Por último recodar que a diferencia de lo que ocurre con los co-acusados personas físicas, en este caso podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos.

4. Incomparecencia de la persona jurídica

En la primera fase del proceso penal, esto es en la fase instructora, la persona jurídica a la que deba investigarse por la presunta comisión de un hecho constitutivo de delito, será citada en su domicilio social, si fuese conocido dice la Ley, pero en principio el domicilio social será conocido, pues consta en determinados registros públicos a los que el órgano judicial tiene acceso, como

pueda ser el registro Mercantil, por lo que si no hay constancia exacta del mismo deberá accederse a las bases de datos de que dispone el Juzgado y proceder a su averiguación.

El artículo 849 bis de la LECrim dispone que si no ha sido posible su citación para el acto de primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido, entonces será llamada mediante requisitoria, pero recordemos lo escrito hace un momento respecto a la obligada averiguación de ese domicilio, pues también conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional se exige la realización de la citación siempre que sea posible. Así nos dice que *“la citación y el emplazamiento edictal son válidos constitucionalmente, pero por ser “ficciones jurídicas con un significado más simbólico que real [...] cuya recepción por el destinatario no puede ser demostrada” han de entenderse necesariamente como “un último y supletorio remedio [...] subsidiario y excepcional [...] reservado para situaciones extremas, cuando la persona buscada no pueda ser habida” -STC 29/1997, fundamento jurídico 2º, y en el mismo sentido SSTC 97/1992 y 193/1993- habiendo de quedar sometida su práctica a condiciones rigurosas, entre las que se encuentran:*

a) haber agotado antes las otras modalidades de citación con más garantías -arts. 166 a 171 y 178 LECrim. que prevén la citación personal con entrega de cédula, en su defecto a través de los parientes que habitaren en el domicilio o de los vecinos más próximos a éste, y en caso de domicilio desconocido orden de busca a la Policía judicial-;

b) constancia formal de haberse intentado la práctica de los medios ordinarios de citación, y

c) que la resolución judicial de considerar al denunciado como persona en ignorado paradero o con domicilio desconocido se funde en un criterio de razonabilidad que lleve a la convicción de la ineficacia de aquellos otros medios normales de comunicación (SSTC 234/1988, 16/1989, 196/1989, 9/1991 y 103/1994)”¹¹¹.

Por tanto y dado que en los registros públicos referidos constará quien sea el legal representante o administrador, también procede antes de acudir a la requisitoria, intentarse la citación a través de esta persona en el lugar en que pueda ser hallada.

No obstante y en base precisamente a crear todas las condiciones para la efectividad de la citación, como mantiene Portal Manrubia¹¹², si el domicilio registral no coincide con el real deberá practicarse la notificación en este último.

Solo cuando resulte del todo imposible conforme a los medios de localización de que se dispone la citación, se acudirá a la requisitoria, en la que se harán constar los datos identificativos de la entidad, el delito que se le imputa y su obligación de comparecer en el plazo que se haya fijado, con

¹¹¹ STC 135/1997 de 21 de julio y sucesivas en la misma línea.

¹¹² PORTAL MANRUBIA, J.: “El proceso penal contra la persona jurídica en su ausencia”, Revista Aranzadi doctrinal nº 2, 2012. Pág. 161.

Abogado y Procurador, ante el Juez que conoce de la causa. Para algunos autores como Neila Neila¹¹³ consideran que la requisitoria deberá igualmente acordarse cuando a pesar de conocerse el domicilio, la citación por la causa que sea no ha sido posible. Dicha 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 imputado, además de como es habitual mediante edicto en la Oficina del Juzgado o Tribunal.

Formalmente la requisitoria se compondrá de un auto en que el juez la acuerda y de los oficios correspondientes que expedirá el Letrado de la Administración de Justicia para que tenga lugar su busca.

La requisitoria lógicamente no conlleva detención, pues solo las personas físicas pueden ser privadas de libertad y desde luego en ningún caso procederá la detención del legal representante, que en su condición de tal no resulta investigado, sin perjuicio de que lo pudiera ser como partícipe del mismo en el delito investigado. Por lo tanto se limitará a ser localización y citación ante el Juzgado competente.

Transcurrido el plazo fijado sin haber comparecido la persona jurídica, se la declarará rebelde, continuando los trámites procesales hasta su conclusión.

En el caso de la persona jurídica, a diferencia de como ocurre con las personas físicas, siempre se llegará hasta el final, se celebrará el juicio y se dictará sentencia, aun cuando el acusado esté en rebeldía, pues dispone el artículo 787.8 de la LECrim, que la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación no impedirá en ningún caso la celebración de la vista, que se llevará a cabo con la presencia del Abogado y el Procurador de ésta, abogado y Procurador que habrá sido designado de oficio si no ha podido ser localizada.

5. Intervención en el juicio oral

En esta fase la personación se seguirá produciendo a través de la persona designada ad hoc para actuar en nombre de la ya acusada. Nos indica el artículo 786 bis de la LECrim que dicha persona podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba, sin perjuicio del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio.

¹¹³ NEILA NEILA, J.M.: *“La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas. Adaptada la Ley de Sociedades de Capital a la reforma del Código Penal de 2010 y a las medidas de agilización procesal de 2011, así como al RDL 9/2012 de 16 de marzo”*. Ed. Bosch. Barcelona, 2012. Pág. 70.

Todo lo dicho anteriormente en relación con la fase instructora respecto a quien puede ostentar la condición de representante es aplicable *mutandi mutatis* a esta otra fase del proceso.

Conviene también, recordar aquí, que el nombramiento del representante puede producirse en cualquier momento

En este caso en fase del juicio oral, se ha establecido una limitación que incomprensiblemente no tiene lugar también en la fase instructora y es que conforme al artículo 786 bis de la LECrim no se podrá designar a estos efectos a quien haya de declarar en el juicio como testigo. Como nos indica Gascon Inchausti¹¹⁴, podemos encontrar la motivación de esta exclusión, en tratar de impedir que la persona jurídica acusada, pudiera impedir una declaración testifical inculpativa mediante la designación de representante a quien se preveía como testigo, de modo que al ser representante y tener derecho a guardar silencio, quedase impedida la declaración.

6. Bibliografía

ABASCAL JUNQUERA, A.: "Problemas y soluciones a la imputación de la persona jurídica en el proceso penal. Perspectiva legal y constitucional", *Revista Jurídica de Asturias* nº 36, 2013.

ALMAGRO NOSETE, J.: "*Constitución y proceso*". Ed. Bosch. Barcelona, 1984.

ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ, I.: "*La competencia de los tribunales en el ámbito penal*". Ed. Aranzadi. Navarra, 2004.

ASENSIO MELLADO, J. M^a.: "El imputado en el proceso penal español", *Cuaderno de Derecho Judicial* nº XXIX. Ed. CGPJ. Madrid, 1993.

ASENSIO MELLADO, J. M^a.: "*Derecho procesal penal*", 7^a edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.

BANACLOCHE PALAO, J.: "*La imputación de las personas jurídicas en la fase de instrucción*". Ed. La Ley. Madrid, 2011.

BASIGALUPO SAGGESE, M.: "*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*". Ed. Bosch. Barcelona, 1998.

BECCARIA, C.: "*Tratado de los delitos y de las penas. Capítulo XX*". Ed. Universidad Carlos III. Madrid, 2015.

CARNELUTTI, N.: "*Principios del proceso penal (Sentis Melendo. Trad)*". Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1971.

DE LA ROSA CORTINA, J. M.: "*Las medidas cautelares personales en el proceso penal*". Ed. Bosch. Barcelona, 2015.

DEL MORAL GARCÍA, A.: "*Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas acusadas*". Ed. Comares. Granada, 2010.

¹¹⁴ GASCON INCHAUSTI, F., "Proceso penal y persona..." ob.cit. p. 81.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: "Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos (1)", *Diario La Ley*, Nº 7796, Sección Doctrina, 13 de Febrero de 2012. Ed. La Ley. Madrid, 2012.

FERRE MARTÍNEZ, C.: "*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*". Ed. Bosch. Barcelona, 2011.

GARCÍA PÉREZ, J. J.: "Cuestiones procesales en la exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Cuadernos digitales de formación*, nº 24, 2012.

GASCON INCHAUSTI, F.: "*Proceso penal y persona jurídica*". Ed Marcial Pons. Madrid 2012.

GIMENO SENDRA, V.: "*Manual de Derecho procesal penal*", 4ª edición. Ed. Colex. Madrid, 2014.

GÓMEZ ORBANEJA, E.: "*Derecho y proceso*". Ed. Aranzadi. Navarra, 2009.

HURTADO POZO, J., DEL ROSAL BLASCO, B., SIMONS VALLEJO, R.: "*La responsabilidad criminal de las personas jurídicas; una perspectiva comparada*". Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2001.

LORCA NAVARRETE, A. M^a: "*Estudio sobre garantismo procesal*", Ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián, 2009.

MAGRO SERVET, V.: "Análisis de la Ley de medidas de agilización procesal", *Iuris. Actualidad y práctica del Derecho* nº 167, 2012.

MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C.: "*Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General*", 3ª edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.

MORENO CATENA, V., CORTES DOMÍNGUEZ, V.: "*Derecho procesal penal*" 6ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.

NEILA NEILA, J. M.: "*La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas. Adaptada la Ley de Sociedades de Capital a la reforma del Código Penal de 2010 y a las medidas de agilización procesal de 2011, así como al RDL 9/2012 de 16 de marzo*". Ed. Bosch. Barcelona, 2012.

NEIRA PENA, A. M^a: "La persona jurídica como parte pasiva del proceso penal". Tesis doctoral, Universidad de La Coruña, 2015.

Observatorio de Derecho Penal y Delitos Económicos 2016, Cátedra de Investigación Financiera y Forense Universidad Rey Juan Carlos-KPMG, "La culpabilidad de la persona jurídica en su régimen de responsabilidad penal en aplicación de la eximente contemplada en el apartado dos del artículo 31 bis del Código Penal", *Diario La Ley*, Nº 8915, Sección Tribuna, 6 de Febrero de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

PERELLO DOMENECH, I.: "El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional". *Revista Jueces para la Democracia*, nº 28, 1997.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J.: "*Constitución y Poder Judicial*". Ed. Andavira. Santiago de Compostela, 2013.

PORTAL MANRUBIA, J.: "El enjuiciamiento penal de la persona jurídica". *Diario La Ley* Nº 7769, 2012.

PORTAL MANRUBIA, J.: "El proceso penal contra la persona jurídica en su ausencia". *Revista Aranzadi doctrinal* nº 2, 2012

ROMA VALDÉS, A.: "Responsabilidad de las personas persona jurídicas. Manual sobre su tratamiento penal y procesal. Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010 de 22d e junio y a la Ley 37/2011 de 10 de octubre". Ed. Rasche. Madrid, 2012.

ULRICH, S.: "Programas de "compliance" en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica". Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

ZARZALEJOS NIETO, J.: "La conformidad de la persona jurídica imputada". Ed. La Ley. Madrid, 2011.