



# Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

---

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL  
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

ISSN 2240-7618

2/2018

## EDITOR-IN-CHIEF

Francesco Viganò

## EDITORIAL BOARD

*Italy:* Gian Luigi Gatta, Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli  
*Spain:* Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz, Joan Queralt Jiménez

*Chile:* Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto, Fernando Londoño Martínez

## EDITORIAL STAFF

Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro, Elisabetta Pietrocarlo, Tommaso Trinchera, Stefano Zirulia

## EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardon, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caverro, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascurain Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Maserà, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, María Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggeri, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Javier Willenmann von Bernath, Francesco Zacchè

# Proceso penal frente a persona jurídica: garantías procesales\*

*L'ente imputato e le garanzie procedurali*

*Corporate Defendants: Procedural Safeguards*

CORAL ARANGÜENA FANEGO

*Catedrática de Derecho Procesal Universidad de Valladolid (España)*

*coral@der.uva.es*

RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI  
ENTI, PROCEDURA PENALE,  
DIRITTI FONDAMENTALI

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS  
PERSONAS JURÍDICAS, PROCESO PENAL,  
DERECHOS FUNDAMENTALES

CORPORATE CRIMINAL LIABILITY,  
CRIMINAL PROCEDURE,  
FUNDAMENTAL RIGHTS

## ABSTRACTS

In questo lavoro si analizzano le linee fondamentali del sistema spagnolo di responsabilità penale delle persone giuridiche, con particolare attenzione ai diritti e alle garanzie basilari che integrano lo statuto processuale dell'ente chiamato nel processo in qualità di responsabile del reato.

Este trabajo analiza las líneas fundamentales del sistema español de responsabilidad penal de las personas jurídicas, con particular consideración de los derechos y garantías básicas que integran el estatuto procesal de la persona jurídica llamada al proceso en calidad de responsable criminal.

This paper analyses the fundamental outlines of the Spanish system of corporate criminal liability. Special attention is devoted to the rights and safeguards of the legal person accused of an offence within the criminal trial.

\*Trabajo realizado en el marco de los Proyectos de investigación DER 2016-78096-P: "Garantías procesales de investigados y acusados: necesidad de armonización y fortalecimiento en el ámbito de la Unión Europea" (Ministerio de Economía y Competitividad) y VA135G18: "Sociedades seguras y garantías procesales: el necesario equilibrio" (Consejería de Educación-Junta de Castilla y León)

## SOMMARIO

1. Introducción. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la regulación de sus consecuencias procesales. – 2. Derecho de acceso al proceso en adecuadas condiciones informativas y defensivas. – 2.1. Imputación. – 2.2. Presencia/ausencia en las actuaciones y cumplimiento del derecho a la información. – 3. Derecho de defensa. – 3.1. Derecho a la autodefensa. Especial consideración de la conformidad. – 3.2. Derecho a la defensa técnica. – 3.3. Derecho a la asistencia jurídica gratuita. – 4. Derecho a la traducción e interpretación. – 5. Derecho a la presunción de inocencia. – 5.1. Derecho a no autoincriminarse (derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable). – 5.2. Presunción de inocencia y medidas cautelares. – 5.3. Presunción de inocencia y carga de la prueba.

## 1.

## Introducción. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la regulación de sus consecuencias procesales.

Se cumplen ya ocho años desde que la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal (CP, en adelante) estableciera en el sistema español la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, abandonando así el clásico principio *societas delinquere non potest*. Regulación que sin apenas rodaje previo fue posteriormente modificada en profundidad por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo<sup>1</sup>, clarificando algunos aspectos poco definidos en la inicial reforma; entre ellos la apuesta por un modelo de responsabilidad por el hecho propio.

El sistema de responsabilidad criminal diseñado<sup>2</sup> es un sistema de autorresponsabilidad. Aunque inicialmente en 2010 el modelo parecía apuntar a un sistema vicarial o de transferencia (*vicarius liability*), la reforma de 2015 reorienta el modelo con claridad a uno de responsabilidad por defecto de organización (por hecho propio o autorresponsabilidad) y así lo afirma expresamente en el propio Preámbulo de la norma<sup>3</sup>. Es cierto que se edifica sobre la responsabilidad penal de la persona física pues sin un delito cometido por una persona física no puede haber responsabilidad penal de la persona jurídica<sup>4</sup>; pero no se exige para declarar la responsabilidad de la sociedad la condena previa o simultánea de una persona física.

Concretamente y tras la reforma debida a la Ley orgánica 1/2015, las vías de imputación de la persona jurídica son dos. Por un lado, la responsabilidad penal puede surgir de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de la misma, y en su beneficio -directo o indirecto-, por sus representantes legales, autorizados para tomar decisiones en su nombre -individual o colegiadamente-, y aquellos individuos que ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. Y, por otro lado, la responsabilidad puede surgir por los actos cometidos por otras personas que están sometidas a la autoridad de las anteriores, cuando se han incumplido de forma grave los deberes de supervisión, vigilancia y control.

Es un sistema de responsabilidad *acumulativa* o *dual*, en la medida en que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas que actúen en su seno; ni a la inversa<sup>5</sup>. *Directa*, ya que la responsabilidad es exigible a las personas jurídicas siempre que se constate la comisión de un delito por quien ostente o desempeñe alguno de los cargos o funciones aludidas en el art.31 bis 1 CP, aun cuando la concreta persona física responsable no hay sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Y *restringida*, puesto que se adopta un sistema de *numerus clausus*, al determinarse el elenco de delitos por los que se puede exigir, resultando excluida en otro caso.

La novedosa regulación en la materia adoleció de una relevante omisión que fue objeto de severas críticas: la necesaria reforma procesal que la debía de haber acompañado, indispensable

<sup>1</sup> Hubo una modificación anterior, la de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, que amplió el núcleo de sujetos colectivos con capacidad legal para ser penados incorporando a partidos políticos y sindicatos. Sobre ello vid. GIMENO (2017a).

<sup>2</sup> Seguimos aquí a DEL MORAL (2017) pp.57-58, con la salvedad de que él habla en este punto de vicariedad matizada.

<sup>3</sup> Vid. el apartado III del Preámbulo en el que se indica "La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal. Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales".

<sup>4</sup> Así lo ha manifestado con total claridad el Tribunal Supremo en su sentencia del Pleno de la Sala Segunda de 29 de febrero de 2016

<sup>5</sup> Lo que ha traído como lógica consecuencia la posibilidad de acuñar un concepto -el de *delito corporativo*, en la Sentencia del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 29 de febrero de 2016- por el que la persona jurídica responde y el *delito individual* por el que responde la persona física. Vid. al respecto GÓMEZ C. (2017a).

para dotar de sentido y plenas garantías al modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas que implantaba. Hubo de transcurrir un año para que finalmente y por Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal se introdujeran en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím., en adelante) las mínimas (“inexcusables” dice la ley) modificaciones procesales exigidas. Modificaciones que afectan tanto a normas de tipo orgánico (v.g. las de competencia objetiva para el conocimiento de los procesos seguidos contra personas jurídicas) como aquellas de carácter procesal que se ocupan de las especialidades concretas que ha de experimentar el desarrollo del proceso en tales supuestos, tanto en la fase de instrucción (imputación, declaración indagatoria, régimen de intervención en las diligencias de investigación, medidas cautelares, rebeldía) como en el juicio oral (intervención en el juicio, eventual conformidad con la pena solicitada). Dicha regulación procesal ha sido posteriormente ampliada por las leyes orgánicas 5/2015 y 13/2015 y por la ley 41/2015 que, entre otros extremos, transponen Directivas adoptadas en la Unión Europea en materia de garantías procesales para sospechosos y acusados en procesos penales (concretamente las Directivas 2010/64/UE -traducción e interpretación- 2012/13/UE -información- y 2013/48/UE -asistencia letrada-)<sup>6</sup>.

Teniendo en cuenta esta nueva realidad, hemos de preguntarnos si la persona jurídica como parte pasiva del proceso penal, goza de los mismos derechos que la Constitución y las leyes de enjuiciamiento reconocen al imputado o acusado persona física. La respuesta en principio es clara: en cuanto imputado o acusado en un proceso penal, lo es a todos los efectos y con todas las consecuencias.

Cosa distinta, en cambio, es que resulte posible y/o conveniente trasladarle en bloque y de forma mimética y acrítica el estatuto jurídico procesal configurado para el imputado, persona física.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo cuando se ha ocupado de esta cuestión en dos sentencias de 2016: la nº 154/2016, de 29 de febrero (Pleno de la Sala Segunda) y 221/2016, de 16 de marzo (Sala segunda). Partiendo de la base de que derechos y garantías constitucionales a “como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al Juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc., (...) ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones en lo que a ella respecta”, afirma que ese haz de derechos se deriva del nuevo estatuto de la persona jurídica en el proceso penal como parte pasiva. Estatuto que, con las obligadas modulaciones, no puede ser distinto del que ostenta la persona física a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo.

Los derechos procesales que las personas jurídicas ostentan como parte pasiva del proceso llegan hasta donde sea preciso para soportar la dinámica procesal y sus garantías de contradicción y defensa. Su origen y razón de ser no están ínsitos en su personalidad jurídica, sino en la garantía de un proceso justo<sup>7</sup>.

De ahí que el legislador español haya trasladado expresamente a las personas jurídicas, con las correspondientes matizaciones, el conjunto de garantías constitucionales y formales de las que las personas físicas resultan acreedoras en el seno del proceso penal, empezando por las reguladas en el art. 24 de la Constitución española, precepto que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso con todos los derechos fundamentales procesales que éste entraña. Y haya enunciado específicamente en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím.), el derecho a ser informada de los hechos que se le imputan [art. 119.1.c) LECrím], el derecho a la asistencia letrada, ya sea través de la designación de un abogado de confianza o designado de oficio [art. 119.1.a) LECrím], el estar presente durante las diligencias de investigación o durante la práctica de la prueba anticipada (art. 120 LECrím), el derecho a ser oída de forma previa a la adopción de una medida cautelar (art. 544 quáter LECrím), el derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 554.4 LECrím)<sup>8</sup>, el derecho a declarar, a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable tanto en la declaración indagatoria prestada en fase de instrucción (art. 409 bis LECrím) como en el posterior juicio oral si se hubiera propuesto su interrogatorio como prueba (art. 786 bis 1 LECrím) y a manifestar su conformidad con la pena a efectos de lograr su imposición en

<sup>6</sup> Sobre la aplicabilidad de las Directivas europeas a las personas jurídicas, vid. DE HOYOS (2018) pp.53-83.

<sup>7</sup> VAN KEMPEN (2010).

<sup>8</sup> Vid. la sentencia del Tribunal Supremo 583/2017 de 19 de julio (FD 17) con remisión a la precedente sentencia 125/2014, de 20 de febrero que critica la modificación operada en el art.554 al considerarla innecesaria y restrictiva.

términos más beneficiosos (art.786.8 LECrim), así como el derecho a ejercer la última palabra (art. 786 bis 1 LECrim). A mayor abundamiento, al introducirse la regulación en la LECrim, y no en una ley especial, se entiende que, en todo aquello no previsto expresamente para las personas jurídicas, resultarán de aplicación las disposiciones generales relativas al investigado, encausado o acusado.

## 2. Derecho de acceso al proceso en adecuadas condiciones informativas y defensivas.

El exigir responsabilidad penal a la persona jurídica trae como ineludible consecuencia la atribución a la misma del estatus de parte pasivamente legitimada para ejercer su derecho de defensa. De esta forma, la persona jurídica habrá de figurar como imputada y luego como acusada para poder ser condenada, siendo necesario identificar en primer lugar cómo puede realizarse el acceso de la persona jurídica como imputada al proceso y el modo y momento en que ha de cumplirse con el derecho a la información de los hechos y de los derechos que le asisten.

Respecto al derecho a la información, primero y básico para cualquier investigado y garantizado por la Directiva 2012/13/UE, recibe, según veremos, un adecuado tratamiento en la LECrim. Aunque formalmente transpuesta en la legislación española por la Ley orgánica 5/2015, buena parte de su contenido por lo que respecta a las personas jurídicas ya lo garantizaba nuestra LECrim. desde la reforma operada por ley 37/2011. Comprende muchos aspectos que aparecen regulados y cumplidos en los arts. 118 a 120, 409 bis, 302 y 775 LECrim. Y, adelantamos, la especificidad en relación a las personas jurídicas no afecta tanto al contenido objetivo del derecho, sino a la forma en que puede hacerse efectivo habida cuenta de la peculiar naturaleza del sujeto investigado, cobrando especial importancia la toma de conocimiento de la imputación.

### 2.1. Imputación.

De este cometido se encargan los artículos 119 y 120 LECrim., el primero de los cuales evidencia que el legislador ha optado en la medida de lo posible por asimilar el estatuto de la persona jurídica al de la persona física al establecer como marco general para su imputación y consecuencias derivadas el art.118 LECrim., precepto que regula la imputación de las personas físicas.

En efecto, desde el momento en que contra la persona jurídica se dirige la investigación, ésta podrá personarse en la causa, así como conocer las actuaciones e intervenir en ellas. Con ello se da cumplimiento al artículo 118 de la LECrim. conforme al cual desde que se produzca la imputación de un hecho punible la persona afectada podrá ejercitar su derecho de defensa, debiendo poner en su conocimiento el Juez Instructor de manera inmediata los hechos presuntamente imputados, objeto de denuncia o querrela [arts.118.1. c) g) h) y 118.5 LECrim.] y los derechos que le asisten que deben concretarse y garantizarse, según veremos, en la primera comparecencia de imputación (art.775 LECrim.).

Son transferibles los supuestos o fuentes de imputación de las personas físicas que enuncia el art.118 LECrim. a salvo, obviamente, el de la detención o adopción de medidas cautelares de naturaleza estrictamente personal clásicas. De tal manera, deberá identificarse imputación —y correlativos deberes de traslado informativo y defensivo— en la ordenación de medidas de investigación altamente invasivas en el núcleo de los derechos fundamentales de los que sea titular la persona jurídica (v.gr. realización de un registro domiciliario) y cualquier otra actuación procesal con valor atributivo de responsabilidad penal provisional, como lo es la citación en calidad de presunto responsable criminal en los términos previstos en el art. 409 LECrim., la adopción de medidas cautelares y la admisión de denuncia o querrela siempre que en las mismas aparezca suficientemente determinada —o determinable— la persona jurídica cuya responsabilidad penal se afirma<sup>9</sup>.

En cuanto a la materialización judicial de la imputación, mediante la información por

<sup>9</sup> HERNÁNDEZ (2010).

escrito de los hechos presuntos (o mediante copia de la denuncia o querrela) y de los derechos que le asisten mediante una comparecencia ante el juez instructor, se efectuará mediante la presencia de una persona física que actúe en su nombre, como sujeto procesal subrogado para el ejercicio de los derechos y cargas que asisten a aquélla<sup>10</sup>.

Y en cuanto al momento, éste no es un extremo baladí pues al margen de que marca aquél a partir del cual puede comenzar a ejercer el derecho de defensa, es también tomado en consideración a la hora de permitir alegar (o no) en su día de una de las causas que atenúan la responsabilidad criminal de la persona jurídica: haber procedido antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades (art.31 quáter CP).

## 2.2.

### *Presencia/ausencia en las actuaciones y cumplimiento del derecho a la información.*

Para posibilitar su presencia en las actuaciones y poder ejercer el derecho de defensa en los términos que a continuación se expondrán, se prevé la necesidad de designación de un representante por la persona jurídica a cuyo efecto se dirigirá una citación en su domicilio social tal y como señala el art.119.1.a) LECrim. en la que se le requerirá que designe un representante y se le apercibirá de que la falta de designación no impedirá la sustanciación del procedimiento con Abogado y Procurador (cuya designación también se le requiere con la advertencia de que en caso de no hacerlo se procederá a su designación de oficio)<sup>11</sup>. Este precepto plantea las siguientes cuestiones:

- Citación: su ejecución no debería plantear mayores problemas habida cuenta de que la personalidad jurídica exige la designación de un domicilio social en el momento de la constitución legal de la entidad que podrá ser consultado en el Registro correspondiente<sup>12</sup>. Cosa distinta es la complejidad derivada de eventuales cambios de domicilio sin constancia registral inmediata, domicilios falsos, etc<sup>13</sup>. Por lo demás, resulta muy importante que el instructor se cerciore de que la citación en que se incluye el requerimiento para designar al representante se haya notificado correctamente para asegurar que la eventual falta de designación de representante de la persona jurídica es una actitud voluntaria de ésta ante la existencia de un proceso penal; en otro caso, como indica GASCÓN INCHAUSTI, se estaría propiciando la nulidad de las actuaciones aunque actuaran un abogado y procurador de oficio, pues se habrían mermado de forma significativa las facultades de defensa de la persona jurídica<sup>14</sup>.
- Designación de representante: legislativamente se ha previsto -coherentemente con el reconocimiento a su libertad de organización- que sea la propia persona jurídica imputada quien designe a su representante en el proceso penal con la única limitación expresa de que no podrá designar como representante a quien haya de declarar como testigo (art.786 bis LECrim.). Sobre esta cuestión la Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado (Conclusión duodécima) advierte de que dado el particular juego de intereses que puede existir en el seno del procedimiento penal entre la persona jurídica y las personas físicas imputadas y entre estas y el resto de intervinientes en el

<sup>10</sup> La necesidad y relevancia de la imputación formal de la persona jurídica ha sido puesta de manifiesto por la sentencia del Tribunal Supremo 221/2016, que absolvió a una persona jurídica previamente condenada por estafa, por indefensión al no haber sido imputada formalmente en la causa, enterándose de su participación a través de un escrito de calificación provisional, sin que su representante legal hubiera sido escuchado durante la instrucción criminal. La citada sentencia deja claro que son, por tanto, dos los sujetos de la imputación (persona física y jurídica), cada uno de ellos responsable de su propio injusto y cada uno de ellos llamado a defenderse con arreglo a un estatuto constitucional que no puede vaciar su contenido en perjuicio de uno u otro de los acusados. De ahí que, en el caso de autos, se absuelva a la empresa por no haberse cumplido todas las garantías procesales, al no haber sido parte en la instrucción, por no haber sido formalmente imputada, lo que ha provocado su indefensión.

<sup>11</sup> Se trata de una solución con la que se trata de dar respuesta a los casos de falta de designación por una decidida estrategia procesal de contumacia, o porque simplemente la sociedad en el caso de las mercantiles se encuentre en fase de disolución y no pueda tan siquiera individualizarse las personas físicas que la integran.

<sup>12</sup> Y atendido lo dispuesto en los arts.9 y 10 del Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital que establece que las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación y que en caso de discordancia entre el domicilio fijado con arreglo a tales criterios y el registral, los terceros podrán considerar como domicilio cualquiera de ellos.

<sup>13</sup> Véase, al respecto, CASTILLEJO (2012), pp.958-959.

<sup>14</sup> GASCÓN (2012), p.86.

proceso, los Sres. Fiscales deberán poner especial atención en evitar que la designación del legal representante de la corporación en el seno del procedimiento se utilice como vía de obtención fraudulenta de un estatus similar al del imputado por parte de personas que deban intervenir en el procedimiento en otra condición, particularmente en calidad de testigos. Sin embargo, tales cautelas no parecen ser suficientes; y en la actualidad una adecuada organización en *Compliance* —o dicho de otro modo, un eficaz modelo de organización y gestión— debería prever quién ha de representar a la persona jurídica en el caso de que la misma sea citada para comparecer, y los conflictos de intereses que podrían llegar a existir entre la persona jurídica imputada y su representante designado en el proceso penal —lo que especialmente se pondrá de manifiesto en los supuestos en que el representante esté también imputado en ese mismo proceso penal— para abstenerse de nombrar o cesar inmediatamente a cualquier representante ya designado que tuviese intereses opuestos a los de la sociedad en el proceso penal<sup>15</sup>. Se trata de un problema que ya fue abordado por el Pleno del Tribunal Supremo en su sentencia 154/2016, en cuyo FJ 8º (apartado 5) podía leerse: “... se trata en concreto de responder al interrogante acerca de cuál habrá de ser el régimen para designar la persona física que deba actuar en representación de esa persona jurídica en el procedimiento en el que se enjuicie su posible responsabilidad penal, no sólo en el ejercicio de la estricta función representativa sino también a la hora de dirigir y adoptar las decisiones oportunas en orden a la estrategia de defensa a seguir como más adecuada para los intereses propios de la representada, lo que obviamente resulta de una importancia aún mayor. [...] La cuestión lógicamente se suscita especialmente en aquellos supuestos en los que pudiera existir un conflicto de intereses procesales entre los de quienes, en principio, estarían legalmente llamados a llevar a cabo tales funciones representativas (representantes y administradores) y los propios e independientes de la persona jurídica, que a su vez pudieren incluso afectar a los derechos de terceros, como sus trabajadores, acreedores, accionistas minoritarios, etc.

Más en concreto aún, cuando aquel a quien se encomiende tal tarea fuere, a su vez, posible responsable de la infracción que da origen a la condena de la representada, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que su actuación se extiende también a las decisiones relativas a la estrategia de defensa a seguir, que incluirán la posibilidad de optar por un camino de colaboración con las autoridades encargadas de la persecución y castigo del delito cometido por la persona física en el seno de la colectiva, aportando datos y pruebas sobre la identidad de su autor y los hechos por él cometidos, con el fin de obtener para la persona jurídica los beneficios punitivos derivados de esa opción como consecuencia de la aplicación de la correspondiente atenuante [vid. art. 31 quáter b) CP]. [...] En estos casos, dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación”. Y como de nuevo advierte el Tribunal Supremo, esta vez en su sentencia 221/2016, de 16 de marzo, “La regla prevista en el art. 786 bis de la LECrim no está exenta de dificultades. No aborda muchos de los problemas imaginables. Será la experiencia la que vaya marcando las pautas para eludir el riesgo de colisión de intereses que se traduzca en una práctica orientada a camuflar las responsabilidades individuales de las personas físicas autoras del delito de referencia, haciéndolo bajo el paraguas protector de una estrategia de defensa al servicio de aquélla”.

Partiendo de la base de que la limitación contenida en el art. 786 bis LECrim., aun cuando prevista para la actuación en el juicio oral, la consideramos extensible a la fase de instrucción y, en concreto, para la comparecencia y declaración como imputada, la consecuencia que de aquí se desprende es doble: no podrá ser designada como representante la persona que pueda llegar a ser llamada como testigo; pero tampoco podrá declarar como testigo el que haya sido nombrado representante de la persona jurídica. Es cierto que con esa solución puede propiciarse un uso torticero designándose como representante a aquel que eventualmente debiera declarar como testigo precisamente para privar al juicio de tal testimonio. Pero en todo caso y puesto

<sup>15</sup> SERRANO (2016).



que el representante no es un mero mandatario sino un sujeto que se subroga en el ejercicio de los derechos de la persona jurídica, no puede limitarse esta designación sin afectar al derecho de defensa de la propia entidad<sup>16</sup>. Sólo desde que se determine la persona física que asuma la representación defensiva de la persona jurídica deberá sustanciarse la comparecencia personal de imputación [art.119.1.b) LECrim.]y no antes, quedando asegurada por el propio art.119 LECrim. la imposibilidad de la no designación de un representante defensivo como estrategia procesal de contumacia, al establecer dicho precepto que la falta de designación no impedirá la sustanciación del procedimiento y que la inasistencia de dicho representante al acto de la comparecencia determinará que ésta se celebre con el abogado y procurador designado por la propia entidad o, en su defecto, por el asignado de oficio<sup>17</sup>.

Incomparecencia y ausencia de la persona jurídica: existen algunas diferencias con la de la persona física justificadas, en buena medida, en las particularidades que acompañan a aquélla y en su falta de corporeidad (v.gr. frente a la incomparecencia a una citación no podrá acordarse la detención ni advertirse en ella – en la citación- de tal cosa; si en cambio que de no comparecer esto no impide la sustanciación del procedimiento).

*En fase de investigación:* La incomparecencia de la persona jurídica en la fase de investigación no impide la continuación de las actuaciones pues el art.409 bis prevé que la incomparecencia de la persona especialmente designada por aquélla para su representación determinará que se tenga por celebrado el acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar. Y esto tiene consecuencias pues supone una excepción a la regla establecida para las personas físicas en el art.779.1.4ª LECrim que indica que sólo se puede abrir juicio oral contra aquélla persona a la que se haya tomado declaración previamente a presencia judicial en los términos del art.775 LECrim.<sup>18</sup>

Y únicamente será llamada por requisitoria cuando no haya sido posible su citación para el acto de la primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido, supuesto bastante extraño en la práctica y que parece referirse más bien a los casos en que no ha podido realizarse en el domicilio la citación. El art.839 bis LECrim. indica el contenido de la requisitoria y las consecuencias de desatender el plazo que en ella se fija para la comparecencia: la declaración de rebeldía.

En cuanto a la *incomparecencia del representante al acto del juicio* no tendrá mayor repercusión porque el art.786 bis 2 LECrim. determina que continuará el procedimiento siempre que se encuentren presentes el abogado y procurador de la persona jurídica. Esto supone una gran diferencia de trato con respecto a las personas físicas (en que sólo excepcionalmente se permite la sustanciación del juicio en ausencia<sup>19</sup>) si bien la justificación aquí es clara (el representante no ha contraído responsabilidad personal penal alguna y no tiene por qué recibir idéntico tratamiento que el sujeto pasivo del proceso penal) y además no se causa ningún género de indefensión.

Por lo demás, hay que hacer una breve referencia a las consecuencias que pueden derivarse para el proceso inculpatario en curso de las modificaciones estructurales que pueda sufrir la persona jurídica. En este sentido, el art. 130.2 CP: dispone 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 escisión. El Juez o Tribunal 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

<sup>16</sup> Como indica RENEDO (2017) pp. 103-104, limitar esta designación sería tanto como defender que un imputado pudiera ser designado como testigo por ser la única vía de esclarecimiento de los hechos, posición ésta no sólo absurda sino contraria a los derechos procesales y constitucionales que todo investigado tiene.

<sup>17</sup> Aunque para lograr esta designación en un plazo razonable para el legislador parece ser suficiente con las advertencias y consecuencias derivadas de la falta de designación, algunos autores se han planteado la posibilidad de recurrir al uso de multas coercitivas periódicas en la forma establecida en sede de ejecución civil [así CASTILLEJO (2012), p.957].

<sup>18</sup> Justificado, a juicio de DEL MORAL (2011) pp.7-8, porque si bien la primera comparecencia del art.775 LECrim. tiene una doble vertiente; que sepa del objeto del proceso y lo que se le imputa y, como contrapartida, que cuente todo lo que sepa de los hechos si así lo desea, esa segunda vertiente tratándose de persona jurídica no tiene sentido. Una cosa es que esa comparecencia haya de realizarse a través de quien legalmente le represente y que si esa persona física concreta tiene conocimiento relevante directo o indirecto de los hechos penalmente trascendentes se le pueda recibir declaración; cosa distinta, que sea imprescindible.

<sup>19</sup> Según establece el art.786.1.II LECrim. que lo limita a los casos en los que se solicite la acusación frente a la persona a la que en su día se le dio traslado de la imputación conforme al trámite del art.775 LECrim. y con el límite de que la pena solicitada no puede exceder de dos años si fuere privativa de libertad o de seis si fuera de otra naturaleza.

persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica 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”.

Sin perjuicio de los problemas que en orden a la imputación penal y a la individualización de las consecuencias sancionatorias puedan derivarse de tan parca regulación, la fórmula proyecta evidentes efectos reflejos sobre el proceso y sus reglas de desarrollo abriendo algunos interrogantes<sup>20</sup> a los que no se ha dado respuesta por el legislador, que no ha dotado al art.130.2 CP del pertinente complemento procesal<sup>21</sup>. En primer lugar, la modificación de la persona moral plantea el problema del mantenimiento, o no, del representante defensivo designado hasta ese momento; en segundo lugar, y sobre todo en supuestos de escisión o cesión de capital, si debe reconocerse la facultad de entrada en el proceso, y con qué efectos, a las sociedades resultantes o en las que se transforme la sociedad primigenia.

## 3. Derecho de defensa.

### 3.1. Derecho a la autodefensa. Especial consideración de la conformidad.

El representante especialmente designado de la persona jurídica podrá ejercer como medio de defensa todos los derechos cuyo titular es la persona jurídica a la que representa, tales como el nombramiento o remoción de letrado de confianza, prestar declaración y contestar en su caso a las preguntas que se le formule, asistir e intervenir personalmente en determinadas diligencias —art. 120 LECrim., posibilidad de formular observaciones en la inspección ocular; arts. 350.2, 356, 471.2 LECrim., sobre la facultad de nombramiento de peritos— o de dirigir pretensiones al órgano judicial que no requieran la firma e intervención de abogado —art. 58 LECrim., posibilidad de formular recusación verbal del juez instructor; art. 501 LECrim., en aplicación analógica, posibilidad de oponerse a la adopción de medidas cautelares; arts. 396 y 400 LECrim., facultad de declarar cuantas veces quiera y estime pertinente para su defensa a lo largo de la tramitación de la fase previa; 786 bis 1 LECrim., comparecer al acto del juicio oral ocupando en la sala el mismo sitio que los acusados y declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba y ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el juicio<sup>22</sup>.

En cuanto a la prestación de declaración como un modo de defenderse, la Circular 1/2011 de la FGE dice en su Conclusión duodécima (referida a la declaración indagatoria) que “los Sres. Fiscales cuidarán de que el representante legal tenga la posibilidad -si así lo considera oportuno- de prestar declaración con las garantías del imputado en representación de la persona jurídica, dejando constancia escrita y fehaciente de su renuncia o del contenido de la misma, en su caso”

Respecto al contenido de la declaración prestada en fase de instrucción, la jurisprudencia del TS ha aclarado que deberá centrarse, de manera necesaria, en la averiguación de los hechos referidos al delito corporativo sin que sea suficiente la mera indagación sobre el delito individual. Así en la STS 221/2016, de 16 de marzo indica que “Esa declaración, como se desprende del enunciado legal, presupone una imputación formal, previa o simultánea, que ha de dirigirse “... a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización”. El hecho sobre el que ha de hacerse descansar la imputación no podrá prescindir, claro es, del delito de referencia atribuido a la persona física. Pero habrá de centrarse en su averiguación desde una perspectiva estructural. Se tratará, por tanto, de una indagación sobre aquellos elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la

<sup>20</sup> Son advertidos por HERNÁNDEZ (2010), p.15, proponiendo soluciones basadas en buena medida en el derecho comparado, para suplir el silencio del legislador.

<sup>21</sup> Como indica GASCÓN (2012), pp.74-77, indicando algunas soluciones al respecto.

<sup>22</sup> Sobre el derecho a la última palabra con relación a las personas jurídicas vid. sentencia del Tribunal Supremo 583/2017, de 19 de julio, y GARCÍANDÍA (2018), ap.III.1.

criminalidad en la empresa,» «De lo que se trata, en fin, es de aceptar que sólo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad.»

En relación a la declaración prestada en el juicio oral, en la Conclusión decimocuarta (de la Circular 1/2011) referida al interrogatorio en juicio oral se advierte que “en el supuesto de haber sido admitida la prueba de su interrogatorio en la vista oral, los Sres. Fiscales se asegurarán de que declare con las garantías propias del imputado; cuidarán asimismo de que el legal representante de la persona jurídica preste su consentimiento, junto con el de su letrado, en caso de llegarse a un acuerdo de conformidad con las acusaciones según lo previsto en los artículos 655, 694, 697, 784.3 y 787 de la LECrim. y de que firmen el acta en que dicho acuerdo se formalice.”

Sobre la conformidad, muy problemática según veremos a continuación para articularse con relación a las personas jurídicas, la LECrim. poco aclara pues únicamente indica -art. 787.8 LECrim.- que deberá prestarla su representante especialmente designado siempre que cuente con poder especial<sup>23</sup> y que 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 estos”, es decir, con los que no se han declarado conformes. Téngase en cuenta que la conformidad de la persona jurídica es independiente o, dicho con otras palabras, constituye una excepción a la regla general establecida en el art.697 LECrim. por la que si existen varios acusados conjuntamente en un mismo proceso todos ellos deben conformarse para obtener del tribunal una sentencia de conformidad. Opción legislativa que si bien parece lógica, puesto que en un gran número de procesos concurrirán conjuntamente la persona jurídica y las personas físicas imputadas y si no se aceptase esta suerte de conformidad “unilateral”, la sociedad nunca podría evitar la temida “pena de banquillo” con su correspondiente daño a su reputación e imagen<sup>24</sup>, deja latente un problema que advierte la doctrina: ante una eventual absolución de los acusados para los que sí hubo juicio oral, no parece aceptable que por unos mismos hechos para otros acusados sí haya condena por mucho que ésta pueda ser rebajada o premiada<sup>25</sup>.

Por estos y otros motivos, la Fiscalía General del Estado ha manifestado sus reticencias y recelos ante el funcionamiento de este instituto aconsejando a los Fiscales cuidar “de que la instrucción judicial no se cierre en falso o en su fase embrionaria como consecuencia de la formalización de acuerdos de conformidad que puedan dar lugar a interesados mecanismos de deslizamiento de la responsabilidad desde la persona jurídica a la individual y viceversa. En este contexto, se evitará especialmente la conformidad por aplicación del supuesto previsto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal, que suponga la asunción de la responsabilidad penal por parte de la persona jurídica respecto de delitos en los que puedan haber incurrido en esa misma responsabilidad también las personas físicas, particularmente los representantes legales y administradores de hecho y de derecho de la corporación”<sup>26</sup>.

A tenor de las exigencias del artículo 801.1.2º de la LECrim. y en consideración a lo expuesto en el texto de esta Circular 1/2011 en relación con los juicios de conformidad respecto de personas jurídicas, aun en aquellos supuestos en los que resulte legalmente posible (delitos castigados con pena de multa o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años), se desaconseja que los Sres. Fiscales recurran al expediente de reconocimiento de hechos durante la instrucción al amparo del 779.1. 5ª de la LECrim. Es decir, que aun siendo legalmente posible sobre el papel desembocar en una conformidad *premiada*, en la práctica esto no ha de suceder porque el Fiscal no estará de acuerdo.

<sup>23</sup> Es decir, poder en el que de manera expresa y particular se le autoriza por los órganos competentes de la persona jurídica a llevar a cabo un acto dispositivo tan relevante. Habrá de examinarse por el Juez a fin de comprobar, de un lado, su autenticidad y, de otro, que se corresponde con la voluntad de la persona jurídica. Y como en ese documento, inicialmente aportado en las actuaciones. Sólo se va a recoger la autorización genérica para conformarse, pero no el contenido concreto de la misma que se alcanza en el curso del proceso, si el Juez tiene dudas de si el mismo es conocido y consentido por la persona jurídica, una vez informada por el representante y el Abogado de su alcance, lo prudente es que se tome declaración al representante para que relate cuándo y cómo ha sido informada la persona jurídica y si considera que en su aceptación se han valorado debidamente sus efectos [RODRÍGUEZ (2017) pp.196-197; 211 y 212].

<sup>24</sup> GIMENO (2017b), pp.217 a 219.

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ (2017), p.194, y GASCÓN (2012), p.175

<sup>26</sup> Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 5/2010, Conclusión decimocuarta.

## 3.2. *Derecho a la defensa técnica.*

En cuanto a la defensa técnica hay que tener en cuenta que se trata de otra vertiente del fundamental derecho a la defensa pero que, al contrario que la autodefensa, no es de ejercicio personalísimo ni, como regla general, renunciabile.

Este derecho ha sido objeto de atención también por la Unión Europea en su Directiva 2013/48/UE, transpuesta específicamente en la legislación española por Ley 13/2015, que modificó diversos preceptos de la LECrim.; entre ellos, y en lo aquí aplicable, el art.118.

Ninguna duda en cuanto a la extensión a la persona jurídica de este derecho que, por otra parte y en nuestra legislación procesal, está generosamente tutelado para personas físicas y jurídicas. La persona jurídica debe ostentar, desde el arranque del proceso, y en los términos del art. 767 LECrim. en relación con 119.1.a) y 409 bis LECrim., de la preceptiva asistencia letrada, mediante su representante defensivo, con la misma posición activa y con el mismo alcance que las personas físicas que puedan resultar imputadas.

Respecto al contenido de este derecho, como punto de partida se reconoce en idénticos términos a los de la persona física, de modo que ante todo se traduce en la designación de un Abogado de confianza, designándosele en otro caso de oficio –art.119.1.a) LECrim.

La designación de un letrado de oficio, ante la pasividad de la persona jurídica, debe ir seguida, aun cuando la ley no lo señale expresamente, de la fehaciente comunicación a la entidad de la identidad de su abogado<sup>27</sup>. Por lo demás el derecho a la asistencia letrada incluye el derecho a comunicarse y entrevistarse reservadamente, incluso antes de que se reciba declaración por la policía, el Fiscal o la autoridad judicial (art.118.2 LECrim.) y la confidencialidad de las comunicaciones entre el investigado/encausado y su abogado (art.118.4 LECrim.).

Respecto a este último extremo (confidencialidad) conviene tener en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) viene a excluir a los abogados internos del ámbito protegido por el deber de confidencialidad, argumentando que los que están en nómina en la empresa carecen, en el desarrollo de sus funciones de asesoramiento, de la necesaria independencia que caracteriza a la función de la abogacía (STJUE Azco y Akros c/ Comisión, de 17 de noviembre de 2007, asuntos T-125/2003 y T-253/2003)<sup>28</sup>.

En cambio, la doctrina del TJUE deja claro que en relación a los abogados externos no se plantearán problemas para considerarlos cubiertos por tal privilegio, de modo que podrán negarse a declarar, así como a exhibir documentos relacionados con el asesoramiento que hayan dispensado a la persona jurídica, por lo que una eventual externalización de servicios podría ser una fórmula muy útil para garantizar la confidencialidad.

## 3.3. *Derecho a la asistencia jurídica gratuita.*

Este aspecto de la asistencia letrada es el que más dudas suscita en cuanto a su aplicación a las personas jurídicas.

En la vigente regulación española no se reconoce con carácter general, sino únicamente de manera restringida a entidades caracterizadas por responder a fines de utilidad pública o interés social. En efecto, la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita (LAJG), al determinar el ámbito personal de aplicación de este derecho instrumental, tras referirse a las personas físicas, nacionales o extranjeras, que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, indica, con carácter tasado y muy limitado, qué personas jurídicas serían beneficiarias de la prestación de asistencia jurídica gratuita. Distingue, de una parte, entidades que gozan de la gratuidad de la justicia sin necesidad de acreditar insuficiencia de recursos para litigar —como sería el caso de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social [art. 2. b) LAJG], las asociaciones que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las víctimas de terrorismo [art.2.i) LAJG], la Cruz Roja Española, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios y las asociaciones de utilidad pública que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad (Disposición Adicional 2ª LAJG)—, y de otra parte, aquellas que deben acreditar la insuficiencia de recursos, que serían las asociaciones de

<sup>27</sup> Advertencia que, en cambio, sí que realiza en relación con el procurador [art. 119.1.d) *in fine* LECrim.]

<sup>28</sup> Sobre ella vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO (2011) y NIETO (2013), pp.8 y 9.

utilidad pública, y las fundaciones inscritas en el Registro público correspondiente [art. 2. c) LAJG].

Este limitado reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita deja fuera a la mayor parte de las estructuras asociativas o corporativas reconocidas por la legislación civil y, singularmente, a las sociedades mercantiles o de capital, principales destinatarias de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero precisamente la entrada en vigor de un auténtico sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas como el español, constituye una de las razones fundamentales que esgrime el sector doctrinal que pugna por ampliar el derecho a todo tipo de personas jurídicas siempre que acrediten insuficiencia de recursos<sup>29</sup>.

La transposición de la Directiva 2016/1919/UE, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención, podría ser la ocasión para plantearse tal ampliación. Abonaría esta solución el hecho de que la Directiva es aplicable a sospechosos y acusados en procesos penales, sin concretar si es aplicable a personas físicas y/o jurídicas, por lo que ante la falta de exclusión comprendería también a aquellas. Asimismo, los amplios términos con que el art. 2 de la Directiva 2016/1919 fija su ámbito de aplicación; como indica DE HOYOS<sup>30</sup>, aunque debido a la falta de “corporeidad” de las personas jurídicas éstas no van a padecer en el proceso penal situaciones de privación de libertad ambulatoria, ni como medida cautelar ni como pena, debe tenerse en cuenta que la asistencia jurídica gratuita abarca también todas aquellas situaciones en que la persona sospechosa o acusada deba ser asistida por un letrado de conformidad con el Derecho nacional o de la Unión, o cuando deban o puedan asistir a un acto de investigación o de obtención de prueba -incluso sin privación de libertad. Finalmente, el art. 4 de la Directiva indica que “los Estados miembros velarán por que los sospechosos y acusados que no dispongan de recursos suficientes para sufragar la asistencia de un letrado, tengan derecho a la asistencia jurídica gratuita cuando el interés de la justicia así lo requiera”, estableciendo a continuación la necesidad de realizar una “evaluación de medios económicos, de méritos o de ambas cosas, para decidir si se ha de conceder la asistencia jurídica gratuita”. Lo que no parece tener cabida a la luz de este precepto -indica de nuevo DE HOYOS- es la exclusión del disfrute de este derecho fundamental de un tipo de investigados o encausados sin que siquiera se haya llegado a producir esa “evaluación” a que se refiere la Directiva<sup>31</sup>.

Pese a las razones anteriormente indicadas de quienes abogan por la generalización de este derecho a las personas jurídicas, lo cierto es que no parece que esta idea haya estado en la mente del legislador europeo, a la vista de la inicial Propuesta de la Comisión y posteriores documentos generados a lo largo de la tramitación de la Directiva, y del silencio absoluto que guarda en el texto y Considerandos explicativos. Como tampoco en la mente del legislador español pues aunque se ha reformado en fecha reciente la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita<sup>32</sup>, no se ha incluido en ella tal solución.

Legislar en este sentido no es sencillo, en un momento como el actual en el que apenas se ha superado el contexto de crisis económica de los últimos años. La caracterización de las sociedades de capital como entidades con ánimo de lucro en las que domina el interés particular, opuesto al interés general, que es por el que se decanta la LAJG, tampoco favorece la eventual extensión del derecho<sup>33</sup>. Además y como reconocen los propios defensores de la ampliación del derecho, podrían suscitarse complejos problemas sobre todo en relación con las estructuras societarias marcadas por el componente personal —sociedades colectivas, limitadas con un único socio, sociedades familiares, etc.— donde podría producirse la paradoja de que los socios que las integran carecerían como personas físicas de las condiciones que la LAJG exige para acceder al sistema público de prestación y, sin embargo, la situación financiera de la sociedad inculpada sí le impidiera asumir los gastos defensivos a cargo del activo o los fondos de reserva. La norma, en estos casos, debería ser particularmente exigente con la finalidad de

<sup>29</sup> Véase, entre otros, NEIRA (2015), p.451.

<sup>30</sup> DE HOYOS (2018), p.72

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> Mediante la incorporación de una disposición final primera a la Ley 3/2018, de 11 de junio por la que se modifica la Ley 23/2010, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden europea de investigación (BOE de 12 de junio de 2018), y que según se indica en el apartado IV del Preámbulo de la ley se incorpora “para la transposición de algunos aspectos de la Directiva (UE) 2016/1919, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención”.

<sup>33</sup> Vid. CHOCRÓN (2011), p. 185.

evitar situaciones fraudulentas, estableciendo con precisión en qué casos y en qué condiciones los socios deben asumir de forma personal, en particular cuando no han resultado inculpados en el proceso penal en curso, los gastos de defensa de la mercantil inculpada. En el extremo contrario, encontramos aquellos supuestos en los que la sociedad mercantil cuyo estado financiero no le permite asumir los gastos de asistencia jurídica, sin embargo, concurren indicios razonables o evidencias registrales de que pueda pertenecer a un grupo de empresas cuya sociedad dominante sí disponga de capacidad para satisfacerlos. También la ley en este supuesto debería prever los criterios de transferencia e imputación de gastos a las mercantiles que, *prima facie*, no asumen la condición de inculpadas pero mantienen intensos vínculos organizativos, económicos y finalísticos con la sociedad inculpada<sup>34</sup>.

## 4. Derecho a la traducción e interpretación.

Este derecho, garantizado hoy para todo investigado o acusado que no hable o entienda el castellano o la lengua oficial en la que se desarrollen las actuaciones (art.123 LECrim) en principio también puede ser extendido a las personas jurídicas.

Aunque la ley no contiene ningún tipo de precisión adicional, y en consecuencia el requisito a tener en cuenta para generar el derecho sería el desconocimiento de la lengua del proceso, consideramos conveniente distinguir en relación a su ejercicio por parte de la persona jurídica, dos supuestos: el primero, el relativo al acceso a la información inculpativa documentada — fuente de imputación—; el segundo, a la actuación intraprocesal del ente jurídico mediante su representante defensivo<sup>35</sup>.

Respecto al primero, en el caso de que la persona jurídica no tenga nacionalidad española y su domicilio social se encuentre fuera del territorio nacional, parece clara la obligación de que la información esencial se traslade en la lengua del país donde se ubica<sup>36</sup>. No obstante, en supuestos en los que sin perjuicio de la nacionalidad y del domicilio transfronterizo del ente, éste dispone de centros de decisión y órganos de dirección o representación en España cabe presumir, *prima facie*, el conocimiento de la lengua oficial o cooficial española en la que se haya formulado la imputación y, por tanto, en este idioma -español- se trasladará la información.

En relación con el segundo supuesto, el derecho al intérprete y su extensión debería activarse en atención a las necesidades lingüísticas de la persona física que asuma la representación defensiva. Éste, por tanto, se subroga en la titularidad del derecho, debiendo garantizarse el mismo tanto en sus comparecencias personales ante el órgano encargado de la investigación y la sustanciación del proceso, como en los contactos preparatorios de la defensa con el letrado designado para la asistencia jurídica. Ciertamente, la propia naturaleza, estructura, organización y forma de actuación de las personas jurídicas hace pensar que, a pesar de ser extranjeras, podrían intervenir perfectamente en el proceso a través de un representante que conozca nuestro idioma, sin necesidad de intérprete. No obstante, en el infrecuente caso de comparecer en actuaciones orales un representante que desconozca el idioma, sería imprescindible garantizar su derecho con la asistencia de intérprete, por más que habrá que estar atento a si la actuación en tales casos de la persona jurídica es contraria a la buena fe procesal y persigue fines meramente dilatorios<sup>37</sup>.

## 5. Derecho a la presunción de inocencia.

La presunción de inocencia se proyecta igualmente sobre las personas jurídicas investigadas y/o acusadas en su doble vertiente: como regla de tratamiento, y como regla de juicio. La primera, durante el curso del procedimiento para exigir a las autoridades estatales que den al sospechoso o acusado un tratamiento ajustado a su situación jurídica de no haber sido declarado culpable por sentencia; la segunda, como garantía en la fase del juicio oral para garantizar

<sup>34</sup> HERNÁNDEZ (2010), pp. 18-19

<sup>35</sup> Seguimos en ello a HERNÁNDEZ (2010), pp.18-19.

<sup>36</sup> En este sentido se pronunciaba ya la Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 5/2010, (apartado VI.4).

<sup>37</sup> RODRÍGUEZ-BAHAMONDE (2017), p.123.

que solo se pueda condenar si la acusación ha presentado pruebas de carácter incriminatorio y que resulten suficientes a ojos del tribunal para desvirtuar la inocencia del acusado.

Se trata de una concepción acuñada durante largo tiempo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) al interpretar el art.6.2 del Convenio (CEDH), que también ha sido seguida por la Directiva 2016/343 UE sobre presunción de inocencia y derecho a estar presente en el juicio, Directiva que sin embargo y de modo inexplicable, excluye de su ámbito de aplicación a las personas jurídicas investigadas o acusadas en procesos penales por considerar que no era el momento adecuado (por prematuro) para ocuparse de esta cuestión<sup>38</sup>. Esto no significa que el legislador europeo niegue el reconocimiento de esta garantía a las personas jurídicas; solo que, al menos por ahora, nada se armoniza en su favor de modo que éstas deberán seguir guiándose por lo establecido por el CEDH y por la interpretación que de él hagan el TEDH y el TJUE, cuya evolución determinará en su caso la necesidad de una intervención de la Unión<sup>39</sup>.

El ordenamiento español, por su parte, reconoce expresamente esta garantía para las personas jurídicas, según hemos visto ya anteriormente con ocasión del derecho al silencio, a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable que consagran los arts. 409 bis y 786 bis LECrim. y sobre los que volveremos a continuación. Y aunque no es posible detenerse sobre las consecuencias derivadas de esta dicotomía sobre el diferente nivel de garantías nacional y europeo<sup>40</sup>, no olvidemos que la falta de armonización europea sobre este punto permite exportar/exigir nuestro propio estándar de garantías en todos los requerimientos de cooperación judicial que se reciban en España de otros Estados miembros en relación con medidas de investigación, cautelares o de ejecución en el marco de procesos penales contra personas jurídicas<sup>41</sup>.

## 5.1.

### *Derecho a no autoincriminarse (derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable).*

La jurisprudencia europea ha considerado que el derecho al silencio, a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, si bien no citados expresamente en el art-6 CEDH, representan elementos esenciales de la noción de proceso justo directamente vinculado a la presunción de inocencia<sup>42</sup> y en tal sentido se ha recogido de manera expresa de la Directiva 2016/343/UE.

Con relación a las personas jurídicas, aunque el reconocimiento del derecho a no autoincriminarse ha sido objeto de discusión doctrinal, la ley española es clara sobre el particular y lo reconoce en términos inequívocos en dos preceptos a los que ya se ha hecho referencia anteriormente. Por una parte, el art.409 bis LECrim., ubicado en fase de investigación, que regula la declaración de la persona jurídica mediante representante especialmente designado por ella, reconociendo el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable. Y advierte que en caso de que la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación no comparezca, ello determinará que se tenga por celebrado dicho acto (la declaración), entendiéndose, por tanto, que se acoge a su derecho a no declarar. Por otra, el art. 786 bis 1 LECrim., que reconoce la titularidad de estos derechos a la persona jurídica en el marco del juicio oral.

Ahora bien y cómo advierte GARAU ALBERTÍ<sup>43</sup>, la cuestión aquí es determinar si el alcance de este derecho es coincidente con el de las personas físicas o exige algún tipo de modulación o concreción.

La respuesta, como veremos, es la segunda, al punto de que algunos autores emplean un

<sup>38</sup> Considerando 14º de la Directiva: “en el estado actual de desarrollo del Derecho nacional y de la jurisprudencia tanto nacional como de la Unión, resulta prematuro legislar a escala de la Unión en materia de presunción de inocencia de las personas jurídicas” (Considerando 14º de la Directiva). Véanse, entre otras, las críticas del Comité LIBE del PE en su Informe de 18 de mayo de 2015 a la Propuesta de Directiva (documento PE 546.756v02-00 A8-0133/2015)

<sup>39</sup> Considerandos 14º y 15º.

<sup>40</sup> Sobre esta cuestión véase FAGGIANI (2017).

<sup>41</sup> Extrapolando las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Melloni*, según indica DE HOYOS (2018), p.77

<sup>42</sup> Véase ampliamente sobre este tema LUPARIA (2017).

<sup>43</sup> GARAU (2017).

concepto más expresivo y gráfico: derecho a la no colaboración activa<sup>44</sup>. Y la razón de tal matización: los problemas de deslinde que pueden plantearse con lo que constituyen deberes positivos de información y declaración de datos necesarios para el adecuado y racional desarrollo de las potestades de ordenación de la Administración; en especial, con la aplicación de la normativa sectorial administrativa en materia inspectora y sancionatoria tributaria, donde se previenen numerosos supuestos en los que la persona jurídica, en particular bajo formas societarias mercantiles, y sus representantes, vienen obligados, bajo la *amenaza* de fuertes *astreintes* pecuniarias, a aportar documentos que pueden servir de base para la correspondiente sanción administrativa. Documentos que, a su vez, pueden adquirir un evidente potencial probatorio en los procesos penales que se incoan contra personas físicas, representantes o directivos, a raíz, precisamente, de los hallazgos de indicios de criminalidad en el curso del procedimiento administrativo previo.

En este punto, no obstante, la jurisprudencia de nuestros Tribunales (v.gr. STC 18/2005) así como la del TJUE no reconocen vulneración alguna del derecho en cuestión derivada de la entrega de documentación comprometedor a la Administración Tributaria; fundamentalmente, porque la persona no es requerida ni conminada a cooperar bajo amenaza de sanción en el expediente administrativo previo a la incoación del proceso penal. De modo que dicha actuación no afecta a su derecho a la no autoincriminación, por lo que éste no puede oponerse para evitar los efectos reflejos probatorios en el proceso penal posterior.

Como señala NEIRA PENA<sup>45</sup>, el deber de someterse a ciertos controles o de exhibir ciertos documentos no siempre vulnera el derecho a no declarar, especialmente cuando tales materiales no han de ser específicamente producidos para ser aportados al proceso, sino que existen de forma previa e independiente a la voluntad del acusado, particularmente, en virtud de una obligación legal. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido claramente que la aportación de datos con trascendencia tributaria no es equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en el art. 24.2 CE, señalando que no existe un derecho a la reserva de datos de naturaleza económica y que la manifestación de bienes y la exhibición contable constituye, por lo tanto, un deber de colaborar con el órgano judicial que no atenta contra la Constitución. Ahora bien, lo que evidentemente no cabe, ni ha dicho el TC, es que exista un deber genérico de colaborar, aportando pruebas directamente incriminatorias en el marco de un procedimiento sancionador.

En este sentido, resultará clave determinar si los documentos requeridos tienen un carácter obligatorio *ex lege*, o si, por el contrario, responden a la voluntad de la entidad de establecer determinados controles internos de sus actividades o son confeccionados en atención a un requerimiento ad hoc de los órganos de investigación penal.

En el caso de las personas jurídicas, como ejemplos paradigmáticos de documentos internos, de carácter autoincriminatorio, que sí deberían considerarse, en opinión de la citada autora, protegidos por el derecho a no declarar, aparecen los archivos derivados del canal de denuncias de la empresa, en los que consten los hechos denunciados y los resultados de las investigaciones internas. Tales documentos pueden servir para que la entidad que los aporta voluntariamente a la autoridad penal vea atenuada su responsabilidad o, incluso, pueden permitirle quedar exenta de responsabilidad por los delitos cometidos por sus miembros [art. 31 bis 5 apartados. 4º y 6º y art. 31 quáter d) CP]. Sin embargo, al no existir una obligación legal expresa de documentar y archivar esa información, no se trataría de documentos requeridos *ex lege*, mientras que su carácter incriminatorio resulta evidente por lo que, de ser requeridos bajo amenaza de sanción, constituirían una prueba ilícita.

## 5.2.

### *Presunción de inocencia y medidas cautelares.*

De nuevo como regla de tratamiento procesal, la presunción de inocencia supone que la persona, física o jurídica, sometida al proceso, sigue siendo titular -entre otros derechos fundamentales- del derecho a la libertad, por lo que su restricción durante la pendencia del proceso reclama estándares muy exigentes, tanto en orden a la motivación de la decisión restrictiva como a la proporcionalidad y duración de las medidas cautelares acordadas.

<sup>44</sup> GONZÁLEZ (2016).

<sup>45</sup> NEIRA (2016a), pp.288 y ss., con cita de las sentencias del Tribunal Constitucional 110/1984, 76/1990 y 197/1995.



Expresivamente: el principio de presunción de inocencia impide considerar a éstas como *penas anticipadas*, por lo que su aplicación sólo estará justificada cuando concurren los tradicionales presupuestos del *fumus boni iuris* (o, más bien, *fumus commissi delicti*), el peligro por el retardo (*periculum in mora* o *periculum libertatis*) y la observancia del principio de proporcionalidad.

La LECrim. española en este punto adolece de una censurable parquedad, pues únicamente dedica a la materia un artículo específico –el art.544 quáter LECrim.–, artículo que a su vez es extraordinariamente parco al limitarse a indicar el procedimiento a seguir para su adopción, de carácter contradictorio<sup>46</sup>, remitiéndose en cuanto al catálogo de posibles medidas a adoptar a las previstas en el Código Penal. Tan exigua regulación necesariamente tiene que ser integrada mediante la aplicación de la teoría general de las medidas cautelares<sup>47</sup>, y así lo han hecho nuestros tribunales cuando han debido de actuar realizando un correcto uso de su potestad cautelar<sup>48</sup> y una aplicación mesurada y ajustada a los presupuestos que las informan<sup>49</sup>.

## 5.3. Presunción de inocencia y carga de la prueba.

La presunción de inocencia, como regla de enjuiciamiento del imputado,<sup>50</sup> exige que la convicción de culpabilidad se alcance mediante prueba, que debe resultar suficiente tanto para la acreditación del hecho como de la culpabilidad del autor. Prueba que ha de haber sido obtenida con pleno respeto a las reglas de producción y, en particular, a los límites que imponen los derechos fundamentales sustantivos; debe garantizarse en algún estadio del proceso la intervención contradictoria y defensiva de la parte acusada; y ha tenido que ser valorada de forma racional. Además, y de conformidad a la jurisprudencia del TEDH, la protección de la presunción de inocencia como regla de enjuiciamiento resulta incompatible con fórmulas de presunción *iuris et de iure* de responsabilidad penal (STEDH *Salabiaku c/Francia*, de 7 de octubre de 1998).

Todo lo anterior adquiere particular importancia en orden, precisamente, a declarar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, la prueba plenaria debe servir para individualizar el concreto interés perseguido por el ente en la conducta criminal ejecutada por el agente representante, directivo o dependiente, o los concretos defectos de organización que han impulsado, propiciado o permitido la comisión de los correspondientes delitos, sin que pueda admitirse ninguna fórmula de objetivación o de presunción para declarar la responsabilidad que tome en cuenta exclusivamente la relación entre la persona moral y su órgano de dirección, o representación<sup>51</sup>.

El Tribunal Supremo ha tomado posición sobre el particular<sup>52</sup> y tras reconocer que las personas jurídicas son titulares del derecho a la presunción de inocencia (así como del resto de los derechos propios del acusado) ha considerado que es a la acusación a la que en todo caso le corresponde la carga de la prueba de los hechos constitutivos del delito y de la culpabilidad de la entidad lo que incluye la ausencia bien de esa cultura de cumplimiento, bien de la adopción de medidas para evitar la comisión de delitos. Sostiene que aunque «en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de

<sup>46</sup> Instancia de parte, vista contradictoria para su imposición que se efectuará en un auto recurrible en apelación, cuya tramitación tendrá carácter preferente.

<sup>47</sup> Sobre este tema, vid. ARANGÜENA (2016), pp.93-124 y ARANGÜENA (2014), pp. 83-115.

<sup>48</sup> Continuando la línea que habían seguido con carácter previo a la propia reforma de 2010 a la hora de acordar con carácter cautelar y para determinados delitos las consecuencias accesorias previstas en el art.129 CP coincidentes, por lo demás, con las que tras la atribución de responsabilidad penal directa a las personas físicas se regulan hoy como medidas cautelares personales, caracterizada por una excepcional prudencia, derivada ante todo de la especial exigencia de proporcionalidad que los tribunales asocian a la gravedad de sus efectos, pero también y muy probablemente a la inseguridad derivada de la parquedad de la regulación legal. La consulta de la jurisprudencia de las Audiencias permite destacar algunos términos que, por su reiteración en otras resoluciones judiciales, parecen haberse convertido en una cláusula de estilo y que, de manera explícita o bien implícitamente, aluden a los presupuestos tradicionales que presiden la tutela cautelar.

<sup>49</sup> Aunque no centrado precisamente en materia cautelar, pero sí en la necesidad de acreditar en fase de instrucción la concurrencia de indicios que evidencien un defecto estructural en los mecanismos de prevención de la empresa, vid. Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 4, de 11 de mayo de 2017.

<sup>50</sup> No es momento para detenernos aquí sobre la crítica existente en un sector doctrinal a la configuración en el proceso penal de la presunción de inocencia como una regla de carga de la prueba. Sobre esta posición, vid. NIEVA (2016), pp.10 y ss.

<sup>51</sup> HERNÁNDEZ (2010), pp.23-24.

<sup>52</sup> Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero, 221/2016, de 16 de marzo y 668/2017, de 11 de octubre. Sobre las dos primeras sentencias véase GÓMEZ C. (2017 b), pp.49 y ss. y 97 y ss., respectivamente.

modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida “cultura de cumplimiento” que la norma penal persigue, lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible, sobre la sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno».

Esta solución dista mucho de haber sido pacíficamente aceptada en lo relativo al encuadramiento dogmático de los *compliance programs* y a las consecuencias procesales que se derivan de tal encuadramiento en orden a la carga de la prueba. La opinión mayoritaria que introduce la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 154/2016 interpreta que la ausencia de medidas de control y prevención de delitos constituye un elemento objetivo del tipo penal imputable a la persona jurídica que, como tal, debe ser probado por la acusación<sup>53</sup>. La minoritaria (encabezada por el voto particular formulado a la propia STS 154/2016) considera que la existencia de tales medidas de prevención delictiva constituye una circunstancia eximente de responsabilidad criminal que en cuanto tal deberá ser alegada y probada por la defensa<sup>54</sup>; entender que es también función de la acusación probar los extremos referidos a la inexistencia de instrumentos adecuados de prevención del delito es erróneo por apartarse de las reglas generales de la carga de la prueba<sup>55</sup>, además de entrañar dificultades prácticas<sup>56</sup> y una cierta *probatio diabólica* dada la dificultad de probar un hecho negativo<sup>57</sup> debiendo corresponder a la defensa la prueba de estos extremos mediante la presentación del correspondiente programa de cumplimiento, certificado por empresas externas, u organismos públicos, etc<sup>58</sup>.

Para conjugar tales planteamientos contradictorios NEIRA PENA<sup>59</sup> propone atender a los distintos regímenes de imputación que prevé el Código Penal para cuando delinquen los dirigentes de la entidad o los subalternos<sup>60</sup>. Cuando delinquen los subalternos, un delito puntualmente cometido por un empleado no tiene gran carga indiciaria para desmontar la idoneidad del modelo de organización, correspondiendo a la acusación probar específicamente el incumplimiento de los deberes de supervisión y control lo cual podrá ser acreditado probando la inexistencia o ineffectividad del programa de cumplimiento. Esto es así porque el CP exige como elemento constitutivo de la responsabilidad ese elemento. En cambio, cuando delinquen los dirigentes, la posibilidad de inferir la ineficacia del programa de cumplimiento de su implicación en el delito es superior, dada la mayor fuerza incriminatoria que para la persona jurídica tiene la implicación de sus actos cargos en la actuación delictiva. Por eso en este caso lo correcto sería que se introdujera una presunción legal que estableciera la ineffectividad de las medidas de prevención para el caso de que los encargados de la dirección y control del ente hayan delinquido, de carácter *iuris tantum* permitiendo a la entidad desvirtuar tal presunción. Se trata de una solución más correcta, más práctica y que encuentra referentes en modelos comparados, como por ejemplo el italiano.

<sup>53</sup> Vid., asimismo, Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 4, de 11 de mayo de 2017, que proyecta en fase de instrucción el contenido de esta doctrina jurisprudencial. Consúltense, al respecto, el comentario de GÓMEZ C. (2017a), pp.9-13

<sup>54</sup> Todavía hay una tercera solución la de la Fiscalía General del Estado que en su Circular 1/2016 sostiene que los modelos de organización que cumplan los presupuestos legales operarán a modo de excusa absolutoria, como una causa de exclusión personal de la punibilidad y la carga de la prueba sobre su existencia y efectividad recae sobre la defensa (y no corresponde a la acusación probar sus deficiencias).

<sup>55</sup> Indica GÓMEZ M. (2016) que no es posible aceptar que haya vulneración alguna del derecho fundamental a la presunción de inocencia, por el hecho de trasladar a la persona jurídica acusada la carga de la prueba de elementos que sirven para excluir su responsabilidad, permaneciendo en manos de la acusación la carga de acreditar la comisión misma del delito y su conexión con la empresa. Debería corresponder a la defensa la prueba de estos extremos mediante la presentación del correspondiente programa de cumplimiento, certificado por empresas externas, u organismos públicos, etc.

<sup>56</sup> Dado que es la empresa la que tiene en su mano la información precisa para acreditarlo: el *compliance program*, la información sobre a quién se nombró oficial de cumplimiento, la existencia de actualizaciones de dicho programa, quién era el encargado de llevar a cabo una determinada tarea, por qué razones se le nombró, con qué criterios, etc., etc. Resulta artificial trasladar a la acusación la carga de probar lo que se encuentra fácilmente a disposición de la persona jurídica.

<sup>57</sup> No se trata de probar por parte de la empresa que no existió en el caso concreto un defecto organizativo —la carga de la prueba de la existencia de defecto de organización correspondería a la acusación— sino de probar que antes de la comisión del delito se había adoptado y ejecutado eficazmente un programa de prevención de riesgos jurídico-penales. Concretamente, la persona jurídica imputada podría tratar de exonerarse de responsabilidad penal demostrando la eficacia jurídico-económica de su modelo de organización y gestión de riesgos jurídico-penales frente al delito cometido [SERRANO (2016). Vid., asimismo HORMAZABAL (2017)]

<sup>58</sup> Sobre los medios probatorios idóneos para introducir los *compliance* en el proceso, carga de la prueba y reglas de valoración en relación con la existencia de un programa de cumplimiento eficaz vid. NEIRA (2017), pp.283-290.

<sup>59</sup> NEIRA (2017), pp.286-290

<sup>60</sup> Solución que apoya en una regla procesal probatoria básica: la prueba de indicios, considerando que que la comisión del delito opera como indicio de la ineficacia del modelo y, sobre esta base, cabe exigir a la persona jurídica una explicación exculpatoria que elimine. Ahora bien, cabe matizar que la fuerza incriminatoria frente a la entidad es diversa según que el autor del delito sea un dirigente o un subalterno.

No parece, sin embargo, que nuestros tribunales hayan efectuado tales precisiones en este punto, siendo muy significativas las siguientes palabras que se recogen en la STS 221/2016: “en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos -pericial, documental, testifical- para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad”.

En definitiva, corresponde a la acusación acreditar la concurrencia grave de los deberes de supervisión, mientras que es derecho de la defensa probar que sí ha llevado a cabo el “debido control” a través de la certificación de los programas de cumplimiento<sup>61</sup>, algo por lo demás en cierto modo facilitado con la norma UNE 19601, publicada el 18 de mayo de 2017, a partir de la cual tales Programas pasan a ser certificables<sup>62</sup>.

---

## Bibliografía.

ARANGÜENA FANEGO, Coral (2014): “Responsabilidad penal de la persona jurídica y medidas cautelares personales”, en *REDEM - Revista de Derecho Empresarial*, nº 2, octubre.

ARANGÜENA FANEGO, Coral (2016): “Medidas cautelares personales frente a persona jurídica”, en DÍEZ-PICAZO, Ignacio y VEGAS TORRES, Julio (coordinadores), *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva*, (Madrid, Ramón Areces).

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (2012): “Aspectos procesales de la responsabilidad de las personas jurídicas”, en GÓMEZ-COLOMER, Juan Luis, BARONA VILAR, Silvia y CALDERÓN CUADRADO, Pía (coordinadores), *El derecho procesal español a golpe de tango. Juan Montero Aroca, Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños* (Valencia, Tirant lo Blanch).

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María (2011): “Responsabilidad y defensa de la persona jurídica imputada en el proceso penal”, *Revista Aranzadi doctrinal*, 5 de septiembre de 2011.

DE HOYOS SANCHO, Montserrat (2018): “Garantías procesales de las personas jurídicas investigadas y acusadas: armonización en el ámbito de la Unión Europea y situación actual en España”, en ARANGÜENA FANEGO, Coral y DE HOYOS SANCHO, Montserrat (director), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea* (Valencia, Tirant lo Blanch).

DEL MORAL GARCÍA, Antonio (2011): “El estatuto jurídico procesal”, en *Jornada de Derecho Penal: Los retos de la organización empresarial ante la nueva reforma del Código Penal* (Madrid, Fundación Ramón Areces), disponible on line en esta página web.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio (2017): “Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español”, en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín (director) y NEIRA PENA, Ana María (coordinadora), *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Cizur Menor, Aranzadi).

FAGGIANI, Valentina (2017): *Los derechos procesales en el espacio europeo de justicia penal. Técnicas de armonización*, (Cizur Menor, Aranzadi).

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M. (2018): “El derecho del acusado a la última palabra: significado, extensión y límites”, *La Ley Penal*, nº 133, julio-agosto 2018.

<sup>61</sup> Vid. sobre este punto NEIRA (2016b), pp. 467-520.

<sup>62</sup> Esta Norma busca adaptarse a las exigencias trazadas en el art.31 bis del CP y supone, según la propia web de AENOR, el “estándar nacional de mejores prácticas para prevenir delitos, reducir el riesgo, y fomentar una cultura empresarial ética y de cumplimiento con la Ley”.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (2012): *Proceso penal y persona jurídica* (Madrid, Marcial Pons).

GARAU ALBERTÍ, Cristina (2017): “Derecho a no autoincriminarse de la persona jurídica”, *Diario La Ley*, 1 de septiembre de 2017.

GIMENO BEVIA, Jordi (2017a): “Problemas que plantea el enjuiciamiento penal de los partidos políticos”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 43.

GIMENO BEVIÁ, Jordi (2017b): “Problemas y alternativas a la conformidad de la persona jurídica en el proceso penal”, en PÉREZ–CRUZ MARTÍN, Agustín (director) y NEIRA PENA, Ana María (coordinadora), *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Cizur Menor, Aranzadi).

GÓMEZ JARA, Carlos (2017a): “Compliance y delito corporativo: a propósito del auto de 11 de mayo de 2017 del juzgado central de instrucción número cuatro (Caso Bankia)”, *Diario La Ley*, nº 9018, de 11 de julio de 2017.

GÓMEZ JARA, Carlos (2017b): *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*, (Cizur Menor, Aranzadi).

GÓMEZ TOMILLO, Manuel (2016): “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín”, *Diario La Ley*, nº 8747, 22 de abril de 2016.

GONZÁLEZ LÓPEZ, Juan José (2016): “Imputación de personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 40, septiembre 2016.

HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier (2010): “Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables”, *Diario La Ley*, nº 7427, de 18 de junio de 2010.

HORMAZÁBAL MALARÈE, Hernán (2017): “Teoría del delito y responsabilidad de las personas jurídicas”, *Diario La Ley*, nº 9178, de 16 de abril de 2018.

LUPARIA, Luca (2017): “La presunción de inocencia en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 2.

NEIRA PENA, Ana María (2015): *La persona jurídica como parte pasiva del proceso penal*, (La Coruña, tesis doctoral disponible en <http://hdl.handle.net/2183/16496>).

NEIRA PENA, Ana María (2016a): *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, (Valencia, Tirant lo Blanch).

NEIRA PENA, Ana María (2016b): “La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal”, *Política Criminal*, Vol. 11, Nº 22 (Diciembre), disponible on line en esta página web

NEIRA PENA, Ana María (2017): “La prueba en el proceso penal frente a las personas jurídicas”, en PÉREZ–CRUZ MARTÍN, Agustín (director) y NEIRA PENA, Ana María (coordinadora), *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Cizur Menor, Aranzadi).

NIETO MARTÍN, Adán (2013): “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”, *Diario La Ley*, nº 8120, de 5 de julio de 2013.

NIEVA FENOLL, Jordi (2016): “La razón de ser de la presunción de inocencia”, *InDret*, 1/2016.

RENEDO ARENAL, María Amparo (2017): “La imputación de la persona jurídica”, en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín (director) y NEIRA PENA, Ana María (coordinadora), *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Cizur Menor, Aranzadi).

RODRÍGUEZ BAHAMONDE, Rosa (2017): “Estatuto jurídico procesal de la persona jurídica como parte pasiva del proceso penal”, en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín (director) y NEIRA PENA, Ana María (coordinadora), *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Cizur Menor, Aranzadi).

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás (2017): “La conformidad en el proceso penal de las personas jurídicas” en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín (director) y NEIRA PENA, Ana María (coordinadora), *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Cizur Menor, Aranzadi).

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (2011): “El secreto profesional del abogado interno y la STJUE Akzo de 14 de septiembre de 2010”, *Diario La Ley*, nº 7668, 7 de julio de 2011

SERRANO ZARAGOZA, Oscar (2016): “Compliance y prueba de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; cómo conseguir la exención de responsabilidad penal de una persona jurídica en el curso de un concreto procedimiento penal”, *Revista Aranzadi doctrinal*, nº 6, (junio)

VAN KEMPEN, P.H.P.H.M.C (2010): “Human Rights and Criminal Justice Applied to Legal Persons. Protection and Liability of Private and Public Juristic Entities under the IC-CPR, ECHR, ACHR and AfChHPR “, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 14.3, December.



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A   T R I M E S T R A L E

---

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL  
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>