

## **LA ESTRATEGIA PROCESAL EN LA DEFENSA DE LAS PERSONAS JURIDICAS.**

Por Jesús Mandri Zárate.

Abogado Penalista y Socio Director en MANDRI ABOGADOS.

### **1.- Introducción.**

**2.- El derecho de defensa de la persona jurídica: derechos y garantías que asisten a la persona jurídica en el proceso penal. Posición del TS al respecto.**

**3.- La imputación de la persona jurídica en el proceso penal. Elección del letrado defensor. Conflicto de intereses en la estrategia de defensa.**

**4.- La designación de representante de la persona jurídica. Posible colisión de intereses y vulneración del derecho de defensa.**

**5.- La persona jurídica ante el proceso penal: estrategias de defensa.**

**5.1.- La relevancia de los modelos de prevención y detección de delitos.**

**5.2.- La aportación al proceso de los programas de prevención.**

**5.3.- La prueba acreditativa de los modelos o programas de prevención.**

**5.4.- La carga de la prueba y el principio acusatorio.**

**5.5.- La adecuación del modelo a las dimensiones de la persona jurídica.**

**5.6.- Derecho a la no autoincriminación de la persona jurídica.**

**6.- Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal del art. 31 quater CP.**

**7.- La conformidad de la persona jurídica en el proceso penal.**

**8.- Referencia a las Circulares 1/11 y 1/16 de la FGE.**

### **1.- Introducción.**

La regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica –de manera autónoma a la de la persona física- en el Código Penal, primero introducida través de la LO 5/2010, de 22 de junio, y luego reformado su régimen por la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha sido problemática y ampliamente criticada por la doctrina. Se entendía que dicha responsabilidad penal atenta contra un principio básico del derecho penal español: el principio de culpabilidad.

Tradicionalmente se ha considerado que la persona jurídica no puede ser responsable penalmente (*societas delinquere non potest*) pues no puede cometer delitos por sí misma, no tiene capacidad de acción y siempre precisaría de la intervención de una persona física que es quien materialmente sería autor de la infracción penal.

Sin embargo, la evolución en las formas de comisión de delitos (especialmente económicos) y la lucha contra la criminalidad organizada, han propiciado que los ordenamientos penales nacionales, entre ellos el nuestro, hayan regulado mecanismos de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas.

A tal fin y en su redacción inicial de 1995, el CP preveía en su art. 129 la imposición de consecuencias accesorias a las entidades relacionadas con la comisión de hechos delictivos por sujetos vinculadas a las mismas, que podían consistir en la suspensión de actividades, clausura e incluso la disolución de la empresa, etc. Pese a ello, en aquel momento legislativo las personas jurídicas no eran imputables penalmente.

Tras las reformas introducidas por las LO 5/2010 y 1/2015, la imposición de tales consecuencias accesorias se producirá tan sólo en supuestos de entidades sin personalidad jurídica no comprendidos en el art. 31 bis CP, es decir, a entes y agrupaciones no imputables penalmente de conformidad con el referido precepto.

Tras la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el Tribunal Supremo ha construido una doctrina sobre la que se asienta el principio de culpabilidad de la persona jurídica, que excede del modelo de heteroresponsabilidad de la empresa por el delito cometido por su directivo o empleado dependiente de éste (sistema de responsabilidad vicarial o por transferencia), afirmando que a los efectos de apreciarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas, habrá de analizarse si el delito cometido por la persona física ha sido posible o favorecido por la ausencia en la empresa, de una cultura de respeto al derecho como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente, que habría de manifestarse precisamente en la existencia de procedimientos de vigilancia y control de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión de delitos.

Si se constata la inexistencia de una real cultura de cumplimiento por parte de la empresa, mediante la implementación, verificación y funcionamiento de tales

instrumentos de control y vigilancia, tal carencia será precisamente el fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica, independiente y autónoma de la responsabilidad penal en que puedan incurrir sus directivos o subordinados por sus acciones.

En cualquier caso, la responsabilidad penal de la persona jurídica es una realidad y han recaído ya varias condenas penales a empresas, existen no pocos procedimientos penales en trámite en los que se encuentran investigadas –antes imputadas- personas jurídicas, con el consiguiente coste reputacional en muchas ocasiones para las entidades involucradas y sus directivos, añadido a los elevadísimos costes económicos derivados de una eventual condena penal a la persona jurídica, que puede conllevar incluso la disolución definitiva de la misma con la consiguiente pérdida de su personalidad jurídica. Trataré a través de estas líneas, de plasmar algunas consideraciones relativas a la estrategia de defensa de una persona jurídica en un proceso penal, basadas en la experiencia como letrado de quien las suscribe y teniendo en cuenta que la responsabilidad penal de las personas jurídicas posee aún una regulación joven, y que los tribunales no se han pronunciado aún en profundidad sobre cuestiones sustantivas relevantes sino más bien sobre determinados aspectos procesales que atañen a la persona jurídica.

Efectivamente, mucho se ha escrito en torno a la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero todavía hay escasa doctrina al respecto de la que pueda extraerse una interpretación clara y consolidada del TS respecto a conceptos tan importantes como la culpabilidad de la persona jurídica, el contenido y alcance de los modelos de gestión y organización a que hace referencia el art. 31 bis, de los deberes de supervisión, vigilancia y control de la actividad de los empleados subordinados a que se refiere la letra b) del art. 31 bis 1, etc.

No en vano recordaba la STS 221/16, de 16 de marzo, que *“el cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre una novedad tan radical referida a los sujetos de la imputación*

*penal, sólo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a nuestra consideración uno u otro problema.”*

## **2.- El derecho de defensa de la persona jurídica: derechos y garantías que asisten a la persona jurídica en el proceso penal. Posición del TS al respecto.**

Se trata de una cuestión de especial trascendencia práctica. Una vez incoado un proceso penal, mediante denuncia o querrela de un particular, o atestado de la policía judicial, es posible que se produzca la investigación o imputación de una persona jurídica.

Dicha situación procesal puede producirse desde el inicio del procedimiento, piénsese en una querrela criminal interpuesta contra una o varias personas físicas y simultáneamente contra una o varias personas jurídicas, y que dicha querrela se admita a trámite contra todas ellas.

Pero también puede producirse la imputación de una persona jurídica en un momento posterior durante la fase de instrucción. Es decir, se incoe el proceso penal y tras la práctica de diversas diligencias de investigación –no pruebas en sentido estricto, pues estas sólo se practican en el plenario-, se acuerde la imputación de la persona jurídica pues el Juez de Instrucción estime que existen indicios suficientes que la relacionan con los hechos delictivos investigados.

Evidentemente la citación como investigada o imputación de la persona jurídica deberá producirse durante la fase de instrucción (diligencias previas o sumario, según el tipo de procedimiento) y antes de su conclusión, por ello con anterioridad al dictado del auto de transformación a procedimiento abreviado (en el proceso abreviado) o del auto de procesamiento (en el sumario ordinario). Y ello porque será necesario tomar declaración a la persona jurídica en calidad de investigada, a través de la persona física que esta designe, e incluso practicar las diligencias de investigación que su defensa letrada

solicite y se acuerden. Nadie puede ser acusado ni condenado sin haber sido oído durante la instrucción del procedimiento, o al menos sin haber podido ejercitar ese derecho.

Siendo así, es muy importante tener claro cuales son los derechos y garantías procesales que asisten a la persona jurídica desde su imputación en el proceso penal, cuestión a la que vamos a referirnos en este apartado.

En mi opinión, desde el momento en que se produzca la imputación de la persona jurídica es recomendable que esta comparezca en la causa defendida por letrado y representada por procurador de los tribunales, es decir, se persone en el procedimiento y ostente la condición de parte personada.

En ocasiones, una persona física imputada es asistida de letrado el día de su declaración durante la fase de instrucción, como mero trámite formal, y dicho letrado no se persona en la causa bajo la representación procesal de un procurador de los tribunales. En tales casos, dicho imputado no podrá solicitar la práctica de diligencias de investigación tendentes a su defensa en el procedimiento, que puedan propiciar, en ocasiones, el archivo del procedimiento respecto a su persona. Pero además si el imputado no está formalmente personado en la causa, en muchas ocasiones el Juzgado no le practicará ninguna notificación, por lo que desconocerá el devenir del procedimiento, lo que se ha practicado anteriormente y el resultado de las diligencias practicadas posteriormente a su declaración, y tan sólo le notificará el auto de apertura de juicio oral (en el procedimiento abreviado) o el auto de procesamiento (en el sumario ordinario), una vez concluida la fase de instrucción y cuando ya la celebración del juicio en su contra sea ya inevitable.

Por ello, desde el momento en que una persona jurídica ostente la condición de investigada o imputada en un procedimiento penal, es recomendable que se persone

bajo la representación de procurador de los tribunales y asistencia letrada, y ejercite su derecho de defensa desde el instante que conozca su imputación, interesando y asistiendo a la práctica de diligencias de investigación ante el Juzgado de Instrucción.

De este modo, la persona jurídica investigada podrá intentar desvirtuar los indicios que puedan existir en su contra, y tendrá la posibilidad de que el procedimiento se sobresea parcialmente respecto de ella, de conformidad con lo dispuesto en el art. 634 de la LECr. y por alguna de las causas previstas en los arts. 637 o 641 del mismo texto. En tal caso no se celebrará juicio contra la persona jurídica.

Incluso es recomendable que cuando la persona jurídica reciba la citación a fin de prestar declaración como investigada (art. 409 bis LECr.), obtenga a través de su representación copia de todas las actuaciones practicadas hasta el momento y se instruya de su contenido antes de prestar declaración (o acogerse a su derecho a no declarar), para preparar esta convenientemente.

Si el procedimiento se ha iniciado mediante querrela, el Juzgado debe dar traslado de la misma a la persona jurídica con antelación suficiente a su declaración como investigada. Y si no es así, su abogado defensor debe solicitar un aplazamiento y nuevo señalamiento para la declaración de su cliente.

La imputación de una persona jurídica debe acordarse por el Juez de Instrucción tan pronto existan indicios suficientes que la relacionen con la comisión de un hecho delictivo (art. 118.5 LECr.), atribuible eso si conforme al sistema o catálogo *numerus clausus* de delitos regulado en la parte especial del CP (en su gran mayoría conductas dolosas salvo cuatro modalidades imprudentes, las insolvencias punibles, los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, el delito de blanqueo de capitales y los delitos de financiación del terrorismo). Por tanto, ningún retraso debe producirse en

la comunicación de la imputación por el Juzgado de Instrucción pues ello dificultaría o impediría el ejercicio del derecho de defensa por la persona jurídica.

No obstante, lo deseable sería que la imputación de la empresa o persona jurídica se produjera exclusivamente en los supuestos en que la misma está realmente justificada, pues la condición procesal de investigada en muchas ocasiones afectará negativamente a su imagen y reputación empresarial, especialmente en los casos con repercusión en los medios de comunicación. Y es que en la actualidad existe una tendencia a la imputación o investigación judicial de personas y empresas, en muchas ocasiones no suficientemente sustentada como así luego se pone de manifiesto durante la instrucción de los procedimientos o en el juicio oral. Sin embargo, el daño reputacional ya se habrá producido con el simple hecho de la imputación y es difícil reparación generalmente aun cuando el procedimiento se sobresea o se produzca la absolución en juicio.

Respecto a los derechos y garantías que amparan a la persona jurídica, el TS ha mantenido que son de aplicación a la persona jurídica los mismos que a las personas físicas (SSTS 514/2015 de 02 de septiembre de 2015 y 221/2016, 16 de marzo de 2016), especialmente aquellos reconocidos en el art. 24 CE.

En concreto, la primera resolución afirma que *“cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal.”* Y la STS 221/16 de 16 de marzo de 2016 establece que *“la responsabilidad de las personas jurídicas sólo puede declararse después de un proceso con todas las garantías.”*

De la redacción de la LECr. no se desprende lo contrario y, por otra parte, resulta lógico pues no existen razones para que una persona jurídica no pueda ejercitar idénticos derechos que las personas físicas, especialmente cuando puede recaer una condena

penal en los términos previstos en el art. 33.7 CP (penas todas ellas con la consideración de graves).

La introducción en el CP de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a través de la LO 5/2010 de 22 de junio, que no vino acompañada de una regulación de su estatuto procesal, si se complementó parcialmente con la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, y con la Ley 41/2015, de 5 de octubre, para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que trajeron consigo la reforma de algunos preceptos de la LECr. que delimitan el derecho de defensa de la persona jurídica, entre otras cuestiones.

Sin embargo, resulta obvio que las personas jurídicas no tienen sustrato físico y existen determinadas actuaciones procesales que es imprescindible “humanizar” a través de la designación en el proceso de una persona física, lo que sin duda facilitará la aplicación de los preceptos de la LECr. y permitirá ajustar a las especiales características de la persona jurídica algunos aspectos de su derecho de defensa.

Por tal motivo, los arts. 409 bis y 786 bis de la LECr. se refieren a la designación de una persona física por parte de la persona jurídica, a fin de prestar declaración durante la instrucción y representar a la empresa en el juicio oral, respectivamente.

Aunque nos referiremos posteriormente a esta cuestión, por su relevancia, ya el art. 409 bis hace referencia a algunos de los derechos de las personas jurídicas, cuando afirma que le serán de aplicación los preceptos de capítulo IV (libro II título V), “De las declaraciones de los procesados” que no sean incompatibles con su especial naturaleza, incluidos los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable.

Sin embargo, el mismo precepto establece que la incomparecencia de la persona designada por la persona jurídica –se entiende que debidamente citada- determinará que se tenga por celebrado el acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar. En este punto existe una diferencia con respecto al tratamiento de las declaraciones en instrucción de las personas físicas, pues estas deben comparecer necesariamente ante el Juez de Instrucción (pudiendo decretarse incluso la detención del no comparecido), sin perjuicio de que en sede judicial se acojan a su derecho a no declarar.

Al respecto, creo que lo más recomendable sería comparecer siempre ante el Juez de instrucción, aún por una cuestión estética pues lo contrario podría interpretarse como una muestra de desinterés por el devenir del procedimiento, sin perjuicio de que, comparecida, estratégicamente en determinadas ocasiones la persona jurídica se acoja a su derecho de no declarar o prefiera hacerlo posteriormente.

Por tanto, en el ámbito del proceso penal se han de reconocer a la persona jurídicas todas las garantías procesales previstas en el art. 24 CE, especialmente los derechos de defensa, a la presunción de inocencia y a la no autoincriminación, siendo de plena aplicación también los principios de oralidad (la persona jurídica debe ser escuchada a través de la persona designada) y contradicción (debe poder defenderse de la acusación).

La mencionada STS 221/2016, de 16 de marzo, estableció que cuando las personas jurídicas sean enjuiciadas por un ilícito penal, deben contar con las mismas garantías de defensa que las personas físicas que han cometido el delito originario o de conexión.

En dicha resolución, la Sala Segunda casa una sentencia que condenaba a una persona jurídica como autora de un delito de estafa agravada y la absuelve, al no haber sido imputada de manera formal durante la instrucción ni haber sido oído su representante

en dicha fase, conociendo las actuaciones contra ella en la fase intermedia del procedimiento a través del escrito de conclusiones provisionales. Por ello, se vulneró su derecho fundamental a la proscripción de indefensión consagrado en el art. 24 CE y lo dispuesto en el art. 409 bis de la LECr., antes mencionado.

La fiscalía defendía que no puede atenderse a formalismos que favorezcan la impunidad de las personas jurídicas pues, afirmaba que, aunque su responsabilidad penal es autónoma es también vicarial respecto de la de la persona física que la representa. La Sala Segunda no acoge este criterio y recuerda que son dos los sujetos de la imputación –persona jurídica persona física-, 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.

El Alto Tribunal finaliza recordando que nuestro sistema no puede acoger fórmulas de responsabilidad penal objetiva y afirmando literalmente que *“la responsabilidad de las personas jurídicas –ya se suscriba un criterio vicarial, ya de autorresponsabilidad- solo puede declararse después de un proceso con todas las garantías. La imposición de cualquiera de las penas –que no medidas- del catálogo previsto en el art. 33.7 CP, sólo puede ser el desenlace de una actividad jurisdiccional sometida a los principios y garantías que legitiman la actuación del ius puniendi. En definitiva, la opción por el modelo vicarial es tan legítima como cualquier otra, pero no autoriza a degradar a la condición de formalismos la vigencia de los principios llamados a limitar la capacidad punitiva del Estado.”*

También la defensa de la persona jurídica en el proceso penal habrá de tener presente que está amparada por el derecho a la presunción de inocencia, en toda su extensión y sin restricción alguna. Así lo ha establecido también el TS en diversas resoluciones, entre ellas la STS 154/2016, de 29 de febrero, de la que fue ponente mi querido amigo José Manuel Maza.

Allí se recordaba nuevamente que *“... de manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados (...), 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.”*

Y también destacaba que *“el conjunto de derechos invocables por la persona física, derivado de estatuto procesal de parte pasiva, eso sí, 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.”*

Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, la cuestión relativa a la carga de la prueba es vital. El juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis CP, debiendo acreditar, además, que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido cometido o al menos favorecido por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural de los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica.

Por tanto, la responsabilidad penal de la persona jurídica no podrá afirmarse de la simple acreditación del delito atribuido a la persona física, y 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, el derecho a la presunción de inocencia impone que la acusación sea quien acredite la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Por el contrario, será la defensa de la persona jurídica la que habrá de valerse de medios probatorios tales como las pruebas documentales,

periciales y testificales para acreditar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad.

Así, acreditado el hecho de conexión, esto es, la comisión de un delito por la persona física, no existirá una presunción *iuris tantum* de que ha existido un defecto organizativo. La responsabilidad penal de la persona jurídica descansa en la comisión de un delito corporativo, construido a partir del delito cometido por una persona física previamente, pero que exige la acreditación del hecho como propio conforme a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona jurídica. No olvidemos que se trata de responsabilidades que se dilucidarán en un proceso penal y que llevan aparejadas sanciones penales de carácter grave, como ya se ha dicho.

Otras resoluciones del TS más recientes, SSTS 516/2016, de 13 de junio, 455/2017, de 21 de junio, 583/2017, de 19 de julio, 668/2017, de 11 de octubre, reafirman que cualquier condena a persona jurídica debe estar basada en los principios irrenunciables que informan el derecho penal, entre ellos el principio de culpabilidad regulado en el art. 5 CP (no hay pena sin dolo o imprudencia).

Tras la inicial reforma introducida por la LO 5/2010, existía cierto temor respecto a una flexibilización o reducción de las garantías procesales de la persona jurídica. Ello quizá obedecía a que podía pensarse que el catálogo de consecuencias jurídicas reguladas en el art. 33.7 CP no eran auténticas penas, ya que la pena de prisión, consecuencia punitiva tradicional derivada de la comisión de un delito, no se puede imponer a una persona jurídica. Sin embargo, en mi opinión la cuestión ha quedado ya zanjada con las primeras sentencias del TS. La Sala Segunda ha dejado claro que las garantías y derechos serán los mismos que los de las personas físicas, ha construido el concepto de culpabilidad de la persona jurídica –así lo requería el art. 5 CP- y ha delimitado el reparto de la carga de la prueba de cargo y de descargo en el proceso penal. Es obvio que la doctrina del TS podrá evolucionar y adoptar nuevos criterios respecto a estas relevantes cuestiones

conforme a la realidad práctica que vaya imponiéndose, pero ha asentado ciertas bases que permiten vislumbrar la posición actual de la Sala Segunda.

En consecuencia, producida la imputación o enjuiciamiento de una persona jurídica, su defensa deberá velar por el respeto y observancia de los derechos y garantías ya mencionados, y muy especialmente los regulados en el art. 118 LECr.:

- Derecho a ser informado sin dilación de los hechos imputados con el grado de detalle suficiente para ejercitar efectivamente el derecho de defensa.
- Derecho a examinar las actuaciones judiciales con antelación suficiente a su declaración y derecho a actuar en el proceso a fin de ejercitar el derecho de defensa. Ya nos hemos referido anteriormente a estas cuestiones.
- Derecho a designar libremente abogado o en su caso solicitar asistencia jurídica gratuita.
- Derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen.
- Derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable.

Dado que la persona jurídica carece de sustrato físico, evidentemente estos derechos serán ejercitados a través de la persona libremente designada por aquella para actuar en el proceso. El art. 119 de la LECr. establece que cuando se impute a una persona jurídica su primera comparecencia ante el Juez de Instrucción (art. 775 LECr.), tendrá ciertas particularidades: la citación se efectuará en el domicilio social de la empresa, a la que se requerirá a fin de que designe un representante en el proceso, informándole a éste de los hechos que se imputan a la persona jurídica y de los derechos que le asisten, debiendo estar asistido de letrado.

En consecuencia, la vulneración de cualquier derecho o garantía habrá de ser denunciada por la defensa de la persona jurídica, formulando la correspondiente

protesta en la diligencia que esté practicándose o en su caso en el juicio, denunciando la vulneración de que se trate, solicitando su subsanación si fuera posible o la nulidad de las actuaciones o diligencias practicadas con posterioridad, etc.

Considerando el poco tiempo transcurrido desde la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica y la escasa experiencia procesal al respecto, resulta previsible que los derechos y garantías de la persona jurídica se interpreten en ocasiones como meros formalismos produciéndose vulneraciones de aquellos, por lo que la defensa de la persona jurídica deberá prestar especial atención.

### **3.- La imputación de la persona jurídica en el proceso penal. Elección del letrado defensor de la persona jurídica. Conflicto de intereses en la estrategia de defensa.**

Una vez producida la imputación de la persona jurídica constatada mediante la citación a fin de comparecer ante el Juzgado de Instrucción, será necesario proceder a la designación de un letrado defensor de la empresa en el proceso penal.

Como ya expuse, la imputación de la persona jurídica habrá de producirse siempre durante la fase de instrucción y antes de la finalización de la misma. Podrá ser en un momento inicial o avanzada la fase de instrucción, pero necesariamente la persona jurídica tendrá que ser oída y podrá ejercitar su derecho de defensa en dicha fase procesal. Si no es así, se habrá vulnerado su derecho de defensa generándose indefensión, y ello propiciará la nulidad de las actuaciones practicadas e incluso la libre absolución de la persona jurídica, como ya hemos visto.

El art. 118 LECr. establece que la persona jurídica imputada debe actuar preceptivamente en el proceso penal asistida de letrado y representada por procurador de los tribunales, y el art. 119 prevé que la citación remitida al domicilio social de la persona jurídica para su comparecencia deberá incluir un requerimiento a fin de que

designe letrado y procurador, además de la persona que representará a la empresa en el proceso.

Por tanto, la designación de letrado defensor será una de las primeras decisiones que habrá de afrontar la persona jurídica, de tal modo que si no se produce tal designación el Juzgado le nombrará uno de oficio si la causa llegara a un estado o fase en que fuera imprescindible su intervención. En concreto, el art. 118.3 LECr. regula que se nombrará procurador y abogado de oficio sino no lo ha hecho antes la empresa *“cuando la causa llegue a un estado en que se necesite el consejo de aquellos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación.”*

No obstante, en mi opinión el consejo y el asesoramiento jurídico del letrado será necesario desde el primer momento de la imputación de la persona jurídica por las razones expuestas anteriormente, y la previsión del legislador obedece a que llegará un momento en el proceso –generalmente la fase intermedia o de conclusiones provisionales- en que será imprescindible la intervención de letrado desde un punto de vista formal, por lo que para dicho trámite se prevé el nombramiento de profesionales del turno de oficio.

Pero insisto que lo recomendable será que la persona jurídica designe letrado y procurador en la causa desde el primer momento de su imputación. Y parece evidente que, si no lo hace pese al requerimiento del Juzgado efectuado en la primera citación, difícilmente podrá luego alegarse con éxito vulneración del derecho de defensa o de cualquier otro derecho relacionado con la asistencia letrada.

Respecto a la designación del abogado defensor de la persona jurídica, lo más recomendable es que sea un profesional ajeno, no empleado en la empresa, especializado evidentemente en derecho penal. En mi opinión y salvo casos particulares, la defensa de la persona jurídica no debe ostentarla el abogado interno de la empresa y

tampoco ningún miembro de la asesoría jurídica, si la compañía tiene ciertas dimensiones.

Las razones son varias. En primer lugar porque si el abogado interno tiene conocimiento de los hechos podrá ser citado como testigo en el proceso.

En segundo lugar porque es probable que se plantee un conflicto de intereses en los supuestos en los que se impute penalmente tanto a la empresa como a una persona física (un directivo o empleado de la misma), y la estrategia de defensa de la persona jurídica se puede ver condicionada y vinculada por la defensa de las personas físicas imputadas en el procedimiento. Lo que para un directivo imputado puede resultar beneficioso, por ejemplo satisfacer una indemnización a cargo de la compañía para alcanzar un acuerdo con los perjudicados o una conformidad, puede resultar lesivo para los intereses de la persona jurídica. O puede existir discrepancia también en torno a una posible colaboración con la autoridad judicial en el esclarecimiento de los hechos, etc. E incluso por razones estéticas, en los procedimientos en que existen varios imputados puede resultar beneficioso que las defensas de los empleados y de la persona jurídica sean ostentadas por letrados diferentes.

Por otra parte, creo que también resulta desaconsejable que la defensa de la empresa la ostente el oficial de cumplimiento o “*compliance officer*” en los supuestos en que éste tenga formación jurídica y esté colegiado como letrado (en algunas ocasiones se trata del jefe de la asesoría jurídica), por las mismas razones expuestas, a las que añadiría dos más: cabe la posibilidad de la imputación del oficial de cumplimiento, y si no es así su testimonio y colaboración como testigo en el proceso sería siempre mucho más conveniente para los intereses de la compañía, pues uno de los pilares de la defensa de la empresa girará precisamente en torno a los mecanismos de prevención y detección de delitos en el ámbito corporativo y por tanto la actuación y gestión del “*compliance officer*” será muy relevante.

Lo anterior no quiere decir que los abogados defensores de la persona jurídica y de las personas físicas (directivos o empleados) imputadas no hayan de trabajar conjuntamente. Por supuesto es más beneficiosa una defensa coordinada en determinadas cuestiones, que una situación en la que las estrategias de defensa sean inflexibles y arremetan entre sí contra los intereses de la compañía o los empleados, sin más, pues este tipo de situaciones suelen beneficiar y facilitar incluso la labor de las acusaciones.

Precisamente ante el conocimiento de la incoación de un proceso penal, serán necesarias reuniones de trabajo para analizar la situación y contar con el asesoramiento e información del “*compliance officer*”, letrados internos y externos, a fin de tomar decisiones relevantes en torno al contenido de las declaraciones judiciales, aportación o de documentos, colaboración con la autoridad judicial en el esclarecimiento de los hechos, etc. Es definitiva, definir las líneas de defensa de la compañía y de las personas físicas imputadas.

Una vez personado en la causa el abogado defensor de la persona jurídica y habiendo tenido acceso a las actuaciones, existen determinadas cuestiones sobre las que deberá prestar especial atención. Por ejemplo, que el delito imputado forme parte del elenco o sistema *numerus clausus* de infracciones penales imputables a las personas jurídicas, que no haya prescrito o que los hechos sean anteriores a la entrada en vigor de la LO 5/2010, conveniencia y momento de aportar prueba documental especialmente los modelos de prevención y detección de delitos, posible contacto y negociación con los perjudicados por el delito tendentes a la reparación del daño, valorar la conveniencia o no de alcanzar un acuerdo con las acusaciones, etc.

#### **4.- La designación de representante de la persona jurídica. Posible colisión de intereses y vulneración del derecho de defensa.**

Como ya anticipamos, la LECr. prevé la designación de una persona física por parte de la persona jurídica imputada, a fin de representarla en el proceso. En concreto el art. 409 bis se refiere a la declaración del representante expresamente designado, durante la fase de instrucción, y el art. 786 bis a la representación de la persona jurídica en juicio, a través de la persona especialmente designada, para *“un mejor ejercicio del derecho de defensa.”*

Esta designación es necesaria para llevar a cabo determinadas actuaciones procesales, lo que permitirá además ajustar el derecho de defensa a las especiales características de la persona jurídica. La persona designada expresamente por la persona jurídica, será su representante durante la tramitación del proceso, prestará declaración en su nombre, deberá designar abogado y procurador de los tribunales, recibirá las notificaciones que el Juzgado haya de practicar personalmente, etc.

Sin embargo, como lo habitual es que se produzca no sólo la imputación de la persona jurídica sino la de una o varias personas físicas, en muchas ocasiones puede producirse una colisión de intereses si el representante de la empresa se encuentra también imputado, a título personal, en el mismo procedimiento. Esto suele ocurrir en pequeñas y medianas empresas en las que hay un solo representante legal o administrador.

En tales ocasiones, el presunto responsable del delito originario, por ejemplo un administrador, representaría también en el proceso a la empresa y quedaría facultado para tomar decisiones relevantes relativas a la estrategia de defensa de la persona jurídica que podrían resultar perjudiciales para esta, con la finalidad, por ejemplo, de mitigar u ocultar al máximo su propia responsabilidad. Lo que puede resultar favorable para la persona física imputada, puede ser desfavorable para la empresa. O lo contrario, por ejemplo si el representante de la empresa aporta pruebas colaborando en la investigación de los hechos a fin de lograr una atenuación de su responsabilidad penal, incriminando con ello a algún miembro del consejo de administración.

Si así fuera, como consecuencia de dicha colisión de intereses se vulneraría el derecho de defensa de la persona jurídica. Ya advertía de este riesgo la STS 154/2016, de 29 de febrero, cuando afirmaba, literalmente (FJ 8º):

*“(…) 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. (...) 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".*

La LECr. no resuelve el posible conflicto y no establece ningún criterio para la designación del representante de la persona jurídica. Tan sólo se refiere a persona "especialmente" designada.

En consecuencia, en mi opinión el letrado que dirija la defensa de la persona jurídica podría participar en lo posible en la designación de su representante, específica y para el caso concreto, asesorando en el proceso de su elección conforme a criterios de confianza y conveniencia. No olvidemos que su estrategia de defensa y sus posibilidades de éxito dependerán en cierto modo de la autonomía e independencia con que pueda ejercer la defensa de la empresa, sin quedar condicionado por los criterios impuestos e interesados de las personas físicas imputadas especialmente si son los administradores o propietarios de la entidad.

Esto será más sencillo en las pequeñas y medianas empresas, pues en las compañías de ciertas dimensiones la decisión competirá a la Junta de accionistas o al Consejo de Administración. Me inclino más por esta segunda opción, pues en la práctica será dificultoso convocar Junta de Accionistas con la finalidad de designar representante.

Por tanto, será la experiencia la que marque las pautas para eludir los riesgos de colisión de intereses que puedan traducirse en una vulneración del derecho de defensa de la persona jurídica, y en una práctica orientada a camuflar la responsabilidad penal del autor del delito originario bajo el paraguas de una estrategia de defensa perjudicial para la empresa.

Se plantea también la posibilidad de que la persona "especialmente" designada por la empresa sea el propio abogado. En mi opinión resulta desaconsejable pues además del

riesgo de colisión de intereses ya mencionado, en muchas ocasiones el abogado carecerá de información e instrucciones al respecto y además asumirá una responsabilidad que no le corresponde, adicional a la ejercer diligentemente la defensa de la empresa. Por ello, creo que la designación del representante es necesaria en cada caso concreto para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de defensa de la empresa.

Sin embargo, el art. 119 LECr. abre la posibilidad a que tal designación no se produzca, cuando tras afirmar que en la citación a la persona jurídica se le requerirá para que designe representante, además de procurador de los tribunales y letrado, luego establece que *“(…) La falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el abogado y procurador designado” (art. 119.1 a)*. También dicho precepto regula que *“la comparecencia se practicará con el representante especialmente designado de la persona jurídica imputada acompañado del abogado de la misma. La inasistencia al acto de dicho representante determinará la práctica del mismo con el abogado de la entidad.”*

Por su parte, el art. 409 bis LECr. que regula la declaración de la persona jurídica, dispone que *“la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación determinará que se tenga por celebrado el acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar.”*

Y por último, el art. 786 bis LECr. establece para el acto del juicio, 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 procurador de ésta.”*

Es decir, la regulación de la LECr. permite la posibilidad de que la designación de representante no se produzca o que el abogado pueda ostentar dicha representación. Creo que la voluntad del legislador es evitar que se produzcan retrasos y dilaciones en la tramitación del proceso derivados de la no designación de representante o la incomparecencia de éste.

Esta problemática no se produce con las imputaciones de personas físicas, pues el Juzgado o Tribunal puede acordar la detención e incluso la prisión provisional del imputado o acusado no comparecido, con la finalidad de oírle y asegurar su presencia en juicio. A salvo los supuestos en los que las penas de prisión solicitadas en juicio no exceden de dos años, en cuyo caso el juicio podrá celebrarse pese a la incomparecencia del acusado debidamente citado (art. 786 LECr.).

Sin embargo, ante una imputación de una persona jurídica la situación es diferente. Parece evidente que sería excesivo acordar la detención o prisión provisional del representante designado de la persona jurídica por su incomparecencia, pues ni tan siquiera es el autor del delito imputado a la empresa.

Por ello, creo que el legislador penal ha optado por la posibilidad descrita: que no se produzca designación de representante o que determinadas actuaciones se puedan verificar con el abogado de la empresa.

No obstante, creo que la designación y presencia en el proceso del representante designado de la empresa debería ser preceptiva, y la LECr. –en concreto su art. 119- debiera complementarse con alguna modificación que asegure la presencia del representante y evite cualquier conflicto de interés que pueda afectar al derecho de defensa de la empresa.

Las previsiones de la ley procesal para los supuestos de incomparecencia del representante –se tiene por verificado el acto con el abogado de la empresa o se entiende que se acoge a su derecho a no declarar- parecen más propias de la jurisdicción civil que de la penal, en la que se ventilan responsabilidades de otra índole con la posible imposición de penas que tienen la consideración de graves (art. 33.7 CP).

Desde el punto de vista de estrategia de defensa, las situaciones que podrían plantearse una vez requerida judicialmente la designación de representante y que debe tener en cuenta el abogado de la empresa, son las siguientes:

- a) Que la persona jurídica no designe representante, acogiéndose a la posibilidad recogida en la Ley. Sin embargo, esto podría interpretarse negativamente por el Juez instructor y la fiscalía, pudiendo entenderse que la empresa carece de mecanismos de prevención y detección de delitos y que la comisión de un delito en el ámbito corporativo es un escenario sorpresivo y no previsto.
- b) Que la persona jurídica designe como representante a un administrador no imputado en la causa. Si la estrategia consiste en la negación del hecho constitutivo del delito originario, no habría a priori colisión de sus intereses con los de la persona jurídica, como tampoco lo habría si esta centrara su defensa en acreditar que contaba un programa de cumplimiento normativo y sin entrar en el fondo de los hechos.
- c) Que la persona jurídica designe como representante a un administrador si imputado en la causa. No habría conflicto de intereses si la persona jurídica niega también los hechos constitutivos del delito originario. Si habría conflicto de intereses, por ejemplo, si la defensa de la persona jurídica reside en la existencia de un programa de cumplimiento pero que éste ha sido vulnerado por parte de los administradores. Evidentemente la defensa de los administradores no irá en esa dirección.

En cualquier caso, por las características propias del sistema español, que incentiva la cooperación de las personas jurídicas en la detección de delitos mediante la instauración de modelos de prevención, en muchas ocasiones se producirán conflictos de intereses entre la empresa y los administradores, especialmente cuando la estrategia de defensa se centre en la negación de los hechos constitutivos del delito originario o de conexión.

##### **5.- La persona jurídica ante el proceso penal: estrategias de defensa.**

Imputada la persona jurídica, de la lectura y análisis de los arts. 31 bis a 31 quater CP pueden extraerse también diversas consideraciones en torno a la estrategia de defensa de la empresa, que será diferente en cada caso concreto y deberá ajustarse a la realidad

de los hechos objeto de investigación y a la propia realidad interna de la persona jurídica (existencia o no de modelos de prevención y detección de delitos).

### **5.1.- La relevancia de los modelos de prevención y detección de delitos.**

La existencia o no de modelos de prevención y detección de delitos al momento de la comisión de los hechos será decisiva, habida cuenta de la exención o atenuación de la responsabilidad penal que regula el art. 31 bis CP.

Por su parte, el apartado d) del art. 31 quater CP establece otra vía de atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica –ya no será posible la exención-, en los supuestos en los que tras la comisión del delito pero antes de la celebración del juicio oral, la persona jurídica a través de su legal representante haya establecido *“medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.”*

En consecuencia, una vez imputada la persona jurídica una de las cuestiones básicas en las que deberá centrarse su defensa será la existencia o no en la empresa de un modelo de prevención y detección de delitos, y tendrá que valorar su eficacia e idoneidad para tomar la decisión de aportarlo al procedimiento o no y en qué momento, es decir, durante la fase de instrucción o posteriormente, en las fases intermedia o de juicio oral.

La función del abogado defensor de la persona jurídica será dificultosa en cualquier caso. Podrá centrarse en la negación de los hechos constitutivos del delito originario o de conexión que genera su imputación, pero respecto a los modelos de prevención y detección de delitos deberá acreditar su existencia y eficacia o idoneidad, precisamente cuando indiciariamente se ha constatado lo contrario, es decir, que el modelo no ha funcionado y se ha presuntamente cometido un delito eludiendo el autor material del delito dicho modelo. Por tanto, lo que se cuestionará precisamente será la eficacia de los programas de prevención.

La fórmula empleada por el legislador cuando establece que el modelo habrá de ser idóneo *“para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma*

significativa el riesgo de su comisión”, es esperanzadora para la defensa de la persona jurídica, pues parece que deja una puerta abierta a que efectivamente la eficacia del modelo no resulte infalible, lo que por otra parte es lógico si se ha cometido un delito “en nombre o por cuenta” de la persona jurídica y “en su beneficio directo o indirecto”.

## **5.2.- La aportación al proceso de los programas de prevención.**

Como ya hemos expuesto la imputación de la persona jurídica ha de producirse siempre durante la fase de instrucción del procedimiento. Dicha fase de investigación judicial de los hechos denunciados es muy relevante pues se practicarán diversas diligencias de investigación, acordadas de oficio por el Juez instructor o solicitadas por las partes (acusaciones y defensas) y con su resultado se acordará contra que personas (físicas y jurídicas) se abrirá y celebrará juicio oral, o por el contrario se decretará el sobreseimiento y archivo de la causa, total o parcial.

Por tanto, en dicha fase se practicarán las declaraciones de imputados, testigos, podrán aportarse informes periciales y acordarse la ratificación de estos por sus autores, se librarán oficios a entidades u organismos a fin de obtener información válida para el proceso, y las partes podrán aportar documentación acreditativa de sus argumentos, de cargo y de descargo.

La defensa de la persona jurídica tendrá que diseñar su estrategia de defensa en dicha fase, y aportar al proceso todos aquellos elementos probatorios que desvirtúen la responsabilidad penal de la empresa. En este momento su abogado defensor tendrá que valorar la aportación o no de los “modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos” –tal y como reza literalmente el art. 31 bis 2.1ª CP, o modelos de prevención y detección de delitos.

Varias consideraciones al respecto. Si la persona jurídica tenía instaurado un modelo de prevención antes de la comisión del delito, y su defensa valora que su alcance y contenido es suficiente a fin de obtener la exención de su responsabilidad penal, será conveniente aportarlo durante la fase de instrucción pues ello podrá propiciar el sobreseimiento parcial de la causa respecto a la empresa, evitándose la celebración del

juicio. Dicha aportación puede producirse por propia iniciativa de la defensa de la persona jurídica o a requerimiento del Juzgado instructor, aunque luego nos referiremos a esta cuestión.

Pero puede ser aportado también posteriormente, en el escrito de conclusiones provisionales o de defensa (fase intermedia del procedimiento) o incluso al inicio del juicio oral.

Considero mucho más arriesgada esta última opción, pues se corre el riesgo de que el Juez o tribunal de enjuiciamiento no admita dicha prueba al inicio de las sesiones del juicio, máxime teniendo en cuenta que se trata de documentación muy relevante y será complicado justificar por la defensa porque no se ha aportado anteriormente.

Por otra parte, no olvidemos que en el procedimiento abreviado si puede solicitarse la práctica de prueba al inicio del juicio oral (art. 729 LECr.) y más restrictivamente en el sumario ordinario, aunque determinadas sentencias así lo admiten (SSTS 912/2016, de 1 de diciembre).

Si resulta previsible que la aportación del modelo de prevención se produzca antes del juicio o a su inicio, en los supuestos del art. 31 quater d) CP, con la finalidad de obtener la atenuación de la pena. Se tratará de supuestos en que al tiempo de la comisión del delito, la persona jurídica no contaba con un modelo de prevención o éste no era idóneo para obtener la exención de la responsabilidad penal, por no cumplir, por ejemplo, los requisitos establecidos en el apartado 5 del art. 31 bis CP.

En tales casos, la empresa deberá elaborar e instaurar con diligencia y celeridad, durante la tramitación del proceso, un adecuado modelo de prevención y detección de delitos.

### **5.3.- La prueba acreditativa de los modelos de prevención y detección.**

Aunque hasta el momento no ha recaído resolución judicial que analice con detalle la cuestión relativa a la prueba de la existencia y eficacia de los programas de prevención, parece evidente que su acreditación podrá efectuarse por cualquier medio probatorio regulado en la Ley, especialmente prueba documental, testifical y pericial.

Dicha prueba habrá de ser valorada libremente y en conciencia por los jueces y tribunales, como establecen los arts. 741 y 973 LECr.

Me inclino a pensar que el medio probatorio por excelencia de la existencia y eficacia de los programas de prevención, será la prueba documental. Dada la escasa experiencia práctica al respecto, con toda seguridad se exigirá constancia documental de las medidas de vigilancia y control instauradas en la empresa para impedir o reducir la comisión de delitos en el ámbito corporativo.

Así parece deducirse también de los requisitos a que hace referencia el apartado 5 del art. 31 bis CP. Cuestiones como la identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que han de prevenirse (mapas de riesgos), los protocolos de adopción de decisiones, los procesos de investigación interna, los canales de denuncias, régimen de sanciones, verificaciones y modificaciones de los modelos, etc., serán susceptibles de estar documentados y será la aportación de dicha prueba la manera más idónea de obtener la exención o al menos la atenuación de la responsabilidad penal de la empresa.

Será conveniente también acreditar documentalmente la existencia de cualquier antecedente o precedente en la empresa, de detección de delitos y su puesta en conocimiento de la autoridad, así como las sanciones que en su caso se hayan impuesto a otros trabajadores. También anteriores procesos de investigación interna de la empresa por otros hechos y sus resultados, deberán aportarse al juzgado o tribunal a fin de acreditar que efectivamente existía desde tiempo atrás una *cultura de cumplimiento* con el derecho. También cualquier proceso anterior que no guarde relación con la comisión de un delito sino por ejemplo con una infracción administrativa, será útil aportarlo con la misma finalidad probatoria.

Por supuesto que dicha prueba documental deberá complementarse mediante prueba testifical de las personas que hayan participado en la elaboración del programa de prevención o de otros directivos empleados de la empresa (que hayan tenido relación o

vinculación alguna con los hechos investigados), así como del oficial de cumplimiento o “*compliance officer*” en los supuestos en lo que esta figura exista.

También la prueba pericial puede ser idónea para corroborar la existencia y eficacia de los modelos, pudiendo encargarse a un tercero o empresa especializada en el sector (actualmente existen entidades que incluso efectúan una labor certificante del modelo) la emisión de un informe pericial que valore positivamente el alcance, contenido y eficacia del modelo cuestionado en el proceso penal.

Todos estos elementos probatorios habrán de articularse con la finalidad de acreditar ante el Juzgado instructor, o en su caso el órgano de enjuiciamiento, que efectivamente la persona jurídica contaba con medidas de vigilancia y control para prevenir, detectar y reducir la comisión de delitos en el seno de la empresa, y que estas eran eficaces, sin perjuicio de que se haya presuntamente cometido un delito que se pretendía prevenir o evitar.

De ahí la previsión del subapartado 3<sup>a</sup> del art. 31 bis 2 CP, cuando establece que se producirá la exención de la responsabilidad penal cuando “*los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención.*” Es decir, se exige una elusión o incumplimiento fraudulento de los modelos de prevención, pues si la comisión del delito de conexión se ha producido fácilmente y sin que dichos modelos hayan representado cierta dificultad para ello, se presumirá la ineficacia de los programas y modelos de prevención.

Acreditada por la defensa de la persona jurídica que existían mecanismos de control y prevención, en definitiva, una *cultura de cumplimiento* con el derecho, operará la exoneración de la responsabilidad penal de la empresa que regula el art. 31 bis CP.

Por el contrario, la solución será más difícil si la persona jurídica no tenía instaurados estos mecanismos o un modelo de prevención de delitos, pues en tales casos la defensa habrá de centrarse en la negación de los hechos constitutivos del delito originario o de conexión, de manera coordinada con la defensa de los directivos o empleados imputados de la empresa. Ello sin perjuicio de que durante la tramitación del

procedimiento y antes de la celebración del juicio, pueda confeccionarse e instaurarse un programa de prevención y detección de delitos, con especial referencia a la evitación de delitos como el investigado, a fin de obtener la atenuación de la responsabilidad penal (art. 31 quater d) CP) como solución alternativa a la libre absolución.

#### **5.4.- La carga de la prueba y el principio acusatorio.**

En materia de prueba existe cierta discrepancia entre la doctrina del TS y el criterio de la fiscalía, expuesto en la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado (FGE).

De la lectura de la mencionada Circular se deduce que la fiscalía defiende un sistema de responsabilidad penal por transferencia o vicarial, de tal modo que la responsabilidad penal de la persona jurídica reside en el delito cometido por la persona física en el ámbito de la empresa, en beneficio directo o indirecto de ésta. Por tanto, acreditada la comisión del hecho, la persona jurídica será penalmente responsable, salvo que acredite que había instaurado medidas y controles de prevención y detección de delitos, en cuyo caso esta circunstancia operaría como una excusa absolutoria, es decir, se consideraría cometida la infracción penal pero no se impondría pena alguna por razón de tal excusa.

En consecuencia, la carga de la prueba respecto a la implementación de los modelos o programas de prevención de delitos recae sobre la persona jurídica, que además deberá acreditar que se ha cometido el delito por una persona física que ha conseguido eludir tales medidas de prevención. El criterio de la fiscalía no reconoce abiertamente una responsabilidad penal de la persona jurídica autónoma e independiente de la responsabilidad de la persona física que comete el delito de conexión.

Sin embargo, el TS ha construido -o dotado de contenido- afortunadamente, un concepto de culpabilidad de la persona jurídica, como ya expusimos anteriormente. Y considera que la infracción penal de la persona jurídica reside precisamente en la

carencia de medidas o controles de prevención y detección de delitos, es decir, en la ausencia de una *cultura de cumplimiento* con el derecho en el seno de la empresa.

Y por ello entiende la Sala Segunda que serán las acusaciones las que deben probar la comisión del delito, como siempre, y por tanto que la persona jurídica carece de tales medidas o controles de prevención y detección de delitos. En definitiva, que no existía una *cultura de cumplimiento* en la empresa imputada o acusada.

Por tanto, nuestro alto Tribunal reconduce la cuestión al principio general del derecho penal consistente en qué si no hay infracción, no puede haber condena. Y del principio acusatorio consagrado en el art. 5 CP y del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24 CE, deriva que la carga de la prueba de la comisión de la infracción correrá por cuenta de la acusación y no de la defensa de la persona jurídica.

En este sentido, recordamos lo que afirmaba la STS 221/2016, de 16 de marzo, literalmente:

*“La Sala no puede identificarse -insistimos, con independencia del criterio que en el plano dogmático se suscriba respecto del carácter vicarial o de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica-con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción iuris tantum de que ha existido un defecto organizativo. Y para alcanzar esa conclusión no es necesario abrazar el criterio de que el fundamento de la responsabilidad corporativa no puede explicarse desde la acción individual de otro. Basta con reparar en algo tan elemental como que esa responsabilidad se está exigiendo en un proceso penal, las sanciones impuestas son de naturaleza penal y la acreditación del presupuesto del que derivan aquéllas no puede sustraerse al entendimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia. Sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio*

*estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el ius puniendi del Estado.”*

En su consecuencia, el derecho a la presunción de inocencia exigirá a la acusación probar la comisión del delito originario o de conexión y además que ese delito cometido por la persona física, fundamento de su responsabilidad individual, ha sido cometido o al menos favorecido por la concurrencia de un delito corporativo, esto es, por un defecto estructural de los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica. Tal derecho fundamental impone que la acusación sea quien acredite la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Y por el contrario, será la defensa la que habrá de acreditar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad.

A mayor abundamiento, con relación al incumplimiento grave *“de los deberes de supervisión, vigilancia y control”* de la actividad de los subordinados, en los supuestos que el delito originario o de conexión haya sido cometido por estos (art. 31 bis 1 b), el TS ha matizado (STS 221/2016, de 16 de marzo) que la persona jurídica no responderá penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto, ya que sólo responderá cuando se hayan incumplido *gravemente* los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso. Por tanto, los incumplimientos menos graves o leves quedarán impunes y extramuros de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y también corresponderá a la acusación la carga de probar la gravedad de tales incumplimientos.

No obstante, en mi opinión no existe aún un criterio consolidado del TS al respecto de esta relevante cuestión, pues hasta el momento se han ofrecido argumentos periféricos

*obiter dicta* y no ha recaído ninguna resolución en la que la carga de la prueba o la presunción de inocencia de la persona jurídica haya sido la *ratio decidendi* del pronunciamiento. Por ello, mientras así sea, la fiscalía seguirá los criterios expuestos en la referida Circular 1/2016, por lo que la defensa de la persona jurídica deberá extremar sus esfuerzos en acreditar el correcto funcionamiento de sus medidas de prevención y detección de la comisión de delitos.

#### **5.5.- La adecuación del modelo a las dimensiones de la persona jurídica.**

Se plantea la cuestión de si todas las personas jurídicas han de tener instaurados modelos o programas de prevención de delitos, independientemente de sus dimensiones y características.

De la lectura del art. 31 bis CP se desprende qué para obtener la exoneración de la responsabilidad penal, las personas jurídicas han de contar con *“modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos”*, y posteriormente el precepto hace referencia también a *“modelos de prevención”* que han de cumplir los requisitos descritos en el apartado 5 del artículo.

No obstante tal redacción, no todas las personas jurídicas han de contar con modelos de prevención de las mismas características, contenido y alcance. Es evidente que una empresa de ciertas dimensiones (mediana y gran empresa), por el volumen de actividad, plantilla y por la complejidad de su estructura (puede tratarse de un grupo de empresas con implantación nacional o internacional), puede y debe contar con un modelo o programa de prevención cierta entidad que haya de cumplir con todos los requisitos regulados en el mencionado apartado 5 del art. 31 bis CP.

Es evidente que dicha persona jurídica tendrá un Consejo de Administración o varios administradores, y tendrá debidamente compartimentados los sectores o ámbitos de su actividad, pudiendo identificar los susceptibles de riesgo de comisión de un delito, disponer de un adecuado canal de denuncias, contratar un oficial de cumplimiento o

“*compliance officer*”, etc. En definitiva, a dichas personas jurídicas por sus dimensiones si resultará exigible la acreditación de un modelo o programa de prevención o *corporate compliance*.

Sin embargo, parece evidente que no resultará exigible a una persona jurídica de reducidas dimensiones la instauración de un modelo o programa de prevención de delitos de las mismas características. Los modelos de organización y gestión que incluyan medidas de prevención y detección de delitos, habrán de adaptarse a las dimensiones y características concretas de la persona jurídica. Por ello, su defensa tendrá también la labor de acreditar la equivalencia y proporcionalidad de los modelos o medidas existentes a las dimensiones de la persona jurídica a la que defiende.

Pese a la rigidez del tenor literal del apartado 5 del art. 31 bis CP, con toda seguridad los jueces y tribunales modularán su alcance, interpretación y aplicación. El legislador penal ha querido fomentar la implantación de mecanismos de control, detección y evitación de delitos en el ámbito de la empresa, regulando incluso la posibilidad de la exoneración de responsabilidad penal. Por tanto, estos mecanismos no pueden ser los mismos en cualquiera empresa.

Lo esencial será acreditar la existencia en la persona jurídica imputada de una *cultura de cumplimiento* con el derecho, de una ética empresarial que se traducirá en la práctica, de varias maneras, y una de ellas será la instauración de medidas o mecanismos de control, prevención y detección de delitos en el ámbito de la empresa.

Una pequeña empresa de reducidas dimensiones no habrá de contar con un *corporate compliance* por las razones expuestas, y podrá acreditar en caso de ser imputada, que efectivamente tiene instaurado, por ejemplo, un protocolo de actuación ante cualquier conducta irregular suscrito por todos los trabajadores, comunicaciones a los trabajadores informándoles de su obligación de poner en conocimiento del responsable

cualquier actuación que pueda resultar sospechosa, etc. Y su defensa podrá aportar al proceso la documentación acreditativa de estos extremos así como la relativa a cualquier sanción anterior incluso de carácter administrativo, sanciones impuestas a otros trabajadores, investigación llevada a cabo en la empresa, etc. Acreditando estas circunstancias, en mi opinión, podrá lograr la exoneración de su responsabilidad penal.

#### **5.6.- Derecho a la no autoincriminación de la persona jurídica.**

Si como hemos visto la persona jurídica puede ejercer los mismos derechos y garantías procesales que las personas físicas, uno de ellos es el derecho a la no autoincriminación, que engloba los derechos a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, previstos en el art. 24.2 CE.

Por otra parte, el art. 31 quater CP regula dos supuestos de atenuación de la pena que pueden colisionar con dicho derecho: haber procedido la persona jurídica a confesar la infracción antes de tener conocimiento de la existencia del procedimiento judicial en su contra (letra a), o haber colaborado en la investigación de los hechos aportando pruebas en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para el esclarecimiento de los hechos (letra b).

Por tanto, será la estrategia de defensa de la persona jurídica la que determine el ejercicio del derecho a la no autoincriminación o por el contrario se decante por alguna de las opciones atenuantes de la responsabilidad penal. Ello dependerá de la existencia o no de un adecuado modelo o programa de prevención de delitos, que en el mejor de los casos puede propiciar la exoneración de la empresa.

Se plantea la cuestión de si la persona jurídica es realmente la titular del derecho a la no autoincriminación o si por el contrario lo son determinadas personas físicas. Efectivamente, el representante "*especialmente*" designado para representar a la

empresa en el proceso es claro que goza del derecho a no “autoincriminarse”, es decir, a no inculpar con su declaración y actuación procesal a la persona jurídica a la que representa. Así lo establece expresamente el art. 786 bis 1 CP cuando afirma 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 (...).*”

Sin embargo, si el juzgado o las acusaciones citan como testigos a los administradores o miembros del consejo de administración de la persona jurídica, es evidente que estarán obligados a prestar declaración y a no incurrir en falso testimonio. Por tanto, resulta contradictorio que el representante de la persona jurídica –que puede ser uno de los administradores- pueda acogerse a su derecho a no declarar y a no incriminar a la empresa con su testimonio –pudiendo no decir verdad-, y sin embargo los demás miembros del consejo de administración estén desprovistos de este beneficio, que en último caso puede perjudicar a la persona jurídica.

Por ello, resulta discutible si es la persona jurídica la realmente titular del derecho a la no autoincriminación o si por el contrario ese derecho asiste tan sólo a su representante en el proceso.

En mi opinión, la Ley debiera prever alguna solución al problema, quizá regulando que los demás miembros del Consejo de administración o el resto de los administradores queden dispensados de su obligación de prestar declaración, al igual que en los supuestos previstos en el art. 416 LECr. Considero que esta opción es más sencilla que dispensarles también a ellos de su obligación de decir verdad en caso de ser citados como testigos, pues su testimonio se valoraría siempre con cierto recelo por parte de jueces y tribunales, y ello finalmente redundaría en perjuicio de la persona jurídica. Resultaría paradójico que en un proceso se citara como testigos a todos los miembros del Consejo de Administración de una gran empresa, y que todos ellos pudieran declarar

sin obligación de decir verdad. Ningún sentido tendría tal diligencia o prueba por su cuestionable valor probatorio, que insisto tendría repercusión negativa para los intereses de la persona jurídica incluso desde un punto de vista reputacional o de imagen.

Por otra parte, también ha sido criticada la redacción del art. 786 bis 2 LECr. cuando establece que *“no se podrá designar a estos efectos a quien haya de declarar en el juicio como testigo.”* Es decir, la Ley desprovee de la posible condición de testigo al representante de la persona jurídica en el juicio oral. Aunque pudiera interpretarse que ello frustra la garantía o el derecho a la no autoincriminación, en mi opinión la reserva del legislador es lógica, pues si el representante de la persona jurídica goza de los derechos a guardar silencio, a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable, antes mencionados, es lógico que no pueda ser citado como testigo, ostentando una condición procesal diferente a la de éste, que sí está obligado a declarar –salvo en los supuestos del art. 416 LECr.- y a decir verdad.

El derecho a la no autoincriminación enlaza también con la cuestión relativa a si la persona jurídica está obligada a aportar documentación u otros elementos probatorios que puedan perjudicar su defensa en el proceso. Efectivamente el juzgado de oficio o a instancia de alguna parte acusadora puede requerir a la persona jurídica a fin de que facilite determinada información o documentación tendente al esclarecimiento de los hechos pero que pueda incriminar a la empresa o incluso a alguno de sus directivos o empleados también imputados.

Siempre he pensado que un requerimiento judicial de información y documentación dirigido a una persona imputada es de dudosa constitucionalidad, si es susceptible de perjudicarle, pues puede vulnerar los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable reconocidos en el art. 24.2 CE. Cuestión diferente es que en el caso

de la persona jurídica esta quiera confesar o colaborar en la investigación con la finalidad de atenuar su responsabilidad penal de conformidad con el art. 31 quater a y b CP.

Respecto a los programas de prevención y detección de delitos, tanto si estos tienen la consideración de causa de atipicidad como una causa de justificación, creo que su aportación al proceso no puede constituir una obligación para la persona jurídica. El derecho a la no autoincriminación es más extenso que el derecho a no confesarse culpable y ante un requerimiento judicial para aportar los modelos o programas de prevención, la defensa podría negarse perfectamente y aportarlo o no, o en un momento posterior.

Cuestión diferente es la interpretación que el juzgado o tribunal requirente haga de la negativa de la empresa, pues resulta evidente que siendo un elemento probatorio esencial del que puede derivarse la exoneración de la responsabilidad penal de la empresa, la negativa a su aportación puede ser inexplicable o sospechosa, pero ello puede obedecer simplemente a una estrategia de defensa. Es más, en muchas ocasiones lo recomendable desde el punto de vista de la defensa de la persona jurídica, puede ser no prestar declaración y no aportar los modelos o programas de prevención, hasta que la instrucción del procedimiento esté más avanzada y se hayan practicado determinadas diligencias de investigación.

Por último, la negativa de la persona jurídica a aportar cierta documentación e información puede dar lugar a la adopción de una medida judicial de entrada y registro en el domicilio de la persona jurídica. Incluso tal medida puede adoptarse al inicio del procedimiento, previamente a la imputación formal de la empresa. En caso de que se practicara dicha diligencia sería recomendable hacer constar que está vulnerando el derecho de defensa de la persona jurídica, con las posibles consecuencias de la nulidad de las pruebas obtenidas. El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio

reconocido en el art. 18.2 CE se reconoce tanto a las personas físicas como jurídicas, y cederá ante la investigación de flagrante delito mediante resolución judicial motivada.

#### **6.- Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal del art. 31 quater CP.**

La estrategia de defensa de la persona jurídica puede dirigirse también hacia la atenuación de la responsabilidad penal que regula el art. 31 quater CP, ya sea con carácter principal o subsidiario a la absolución.

La finalidad político criminal de las causas tasadas en dicho precepto es promocionar y beneficiar la (a) confesión o (b) colaboración de la persona jurídica en la investigación de los hechos, (c) la reparación de los perjuicios causados con la comisión del delito y (d) la evitación de hechos futuros de naturaleza similar a los ocurridos.

Para obtener el beneficio de la atenuación de la responsabilidad penal, la persona jurídica deberá realizar alguna de las actuaciones que regula el precepto, tras la comisión del delito, a través de su “legal representante”. Esta última precisión resulta quizá criticable, careciendo de sentido que el precepto requiera que sea el legal representante de la empresa quien despliegue tales actuaciones, pues parece que la atenuante no podría apreciarse si la confesión, por ejemplo, es efectuada por un trabajador o incluso uno de los socios de la empresa, con la finalidad de beneficiarla.

Por ello, creo que este requisito será interpretado judicialmente con cierta flexibilidad, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, de modo que no resulte exigible que deba ser necesariamente el “legal representante” quien propicie alguna de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la empresa.

Las circunstancias atenuantes reguladas en el apartado a del precepto (confesión antes del conocer la existencia del procedimiento) y c (reparación del daño causado), no son novedosas en el Código Penal y suponen una traslación de las atenuantes previstas en el art. 21. 4ª y 5ª CP para las personas físicas.

Sin embargo, las circunstancias atenuantes previstas en los apartados b (colaboración en la investigación de los hechos) y d (instauración de medidas de prevención y detección de delitos antes de la celebración del juicio) son nuevas y específicas para las personas jurídicas.

Respecto a la colaboración en la investigación de los hechos mediante la aportación de pruebas en cualquier momento del proceso (art. 31 quater b CP), se habrá de interpretar judicialmente que ha de entenderse por pruebas *“nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.”*

Las pruebas aportadas por la defensa pueden ser consideradas *nuevas* pero no *decisivas*, si hay otros medios probatorios que hayan resultado suficientes para el esclarecimiento de los hechos; y al contrario, que las pruebas aportadas por la persona jurídica se consideren *decisivas* pero no *nuevas*, por existir ya otros medios probatorios aportados con anterioridad por otra parte encausada.

Por ello, entiendo que estos conceptos serán interpretados judicialmente también con cierta flexibilidad, atendiéndose a las circunstancias de cada caso concreto, siempre que la colaboración de la persona jurídica imputada se evidencie como relevante o destacada para el esclarecimiento de los hechos investigados. Quizá sea ese el criterio que deba aplicar el órgano de enjuiciamiento.

La aportación del material probatorio *“en cualquier momento del proceso”* puede conducir a la siguiente situación: piénsese que la confesión (letra a) será considerada

habitualmente como una prueba *nueva y decisiva* (letra b) por lo que se puede producir un solapamiento de ambas circunstancias. Pero además si para que la confesión pueda desplegar efecto atenuante ha de realizarse *“antes de conocer que el procedimiento se dirige contra ella”*, parece que la circunstancia que regula la letra (confesión) quedará vacía de contenido.

Respecto a la circunstancia regulada en el apartado d) del precepto, parece que las *“medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”* se refieren a los programas y modelos de prevención y detección de delitos a los que hace referencia el art. 31 bis CP.

Tales medidas han de implementarse tras la comisión del delito y *antes del comienzo del juicio oral*, lo que no obstará a que dicha implementación se ponga en conocimiento del órgano de enjuiciamiento incluso al inicio del juicio oral (especialmente en trámite de cuestiones previas en el procedimiento abreviado) y sea objeto de acreditación durante las sesiones del plenario. Si las medidas o programas se instauraron anteriormente, ello deberá acreditarse durante la instrucción del procedimiento o aportarse los modelos y proponerse prueba acreditativa de su existencia y eficacia, en los escritos de conclusiones provisionales (fase intermedia del procedimiento).

La existencia del programa no sólo servirá en estos casos para la aplicación de la atenuante de la letra d) del art. 31 quater, sino también para acreditar la ausencia de peligrosidad de reiteración delictiva de la persona jurídica, lo que podrá impedir la aplicación de una medida cautelar (art. 33.7 *in fine* CP) o la imposición de una pena interdictiva (art. 33.7 b) a g) CP).

Por último, aunque el sistema de circunstancias atenuantes previstas en el art. 31 quater es cerrado o *numerus clausus*, de modo contradictorio también se prevé la atenuación

de la pena en los supuestos de acreditación parcial de los programas y modelos de prevención (art. 31 bis CP).

## **7.- La conformidad de la persona jurídica en el proceso penal.**

El art. 787 regula la conformidad de los acusados en el juicio oral y en su apartado 8 se refiere a las personas jurídicas:

*“8. Cuando el acusado sea una persona jurídica, la conformidad deberá prestarla su representante especialmente designado, siempre que cuente con poder especial. Dicha conformidad, que se sujetará a los requisitos enunciados en los apartados anteriores, podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación a estos.”*

La redacción literal de apartado 8 suscita no pocas cuestiones a debatir. En primer lugar se abre la posibilidad a la existencia de conformidades separadas y se pueden suscitar conflictos de intereses entre las defensas de la persona jurídica y los demás acusados. Con la actual regulación el legislador propicia el enfrentamiento de las partes en el proceso con la finalidad de alcanzar la realidad material. Se incentiva la negociación entre la defensa de las personas jurídicas y la fiscalía a fin de alcanzar acuerdos que se traduzcan, por ejemplo, en la imposición de una multa (art. 33.7 a CP), pero no será extraño que el ministerio público exija a cambio su colaboración para el esclarecimiento de los hechos y la incriminación de otros encausados. Por tanto, debería modificarse la Ley estableciendo alguna cautela para evitar tales conflictos o serán los tribunales los que jurisprudencialmente deberán establecer alguna medida correctora.

Se suscita también el problema la determinación de quien adoptará las decisiones relativas a la defensa de la persona jurídica, en contraposición en muchas ocasiones de los intereses de los demás coacusados. La conformidad que pueda interesar a la defensa

de la persona física autora del delito originario o de conexión, puede resultar perjudicial para la empresa, o al contrario en el supuesto que la conformidad la alcance la defensa de la persona física autor material del delito, si su reconocimiento no se limita sólo a los hechos sino también a que la empresa carecía de los medios o instrumentos de control y vigilancia suficientes. Quizá una solución podría ser el nombramiento por el juez de instrucción de un defensor de la persona jurídica que tome decisiones en interés de ésta, como así ocurre en otros ámbitos.

Por otra parte, existe también el riesgo de que recaigan resoluciones contradictorias sobre los mismos hechos, lo que se evitaba con la regla de la conformidad global de múltiples acusados (arts. 655 y 697 LECr.). El art. 787.8 LECr. fractura el principio general de conservación de la continencia de la causa y pueden propiciarse situaciones tales como la condena de la persona jurídica a través de su conformidad y posteriormente la absolución en el mismo proceso u otro diferente de la persona física autora del delito originario, por por atipicidad del hecho del venía siendo acusado, por ejemplo.

#### **8.- Referencia a las Circulares 1/2011 y 1/2016 de la FGE.**

El contenido de ambas circulares de la Fiscalía General del Estado, relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídica, será útil para la defensa de la persona jurídica pues no en vano define el criterio que seguirá la fiscalía en los procesos en que estén éstas imputadas, así como su interpretación de la normativa vigente especialmente después de los importantes cambios introducidos por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

La Circular 1/11, de 1 de junio, se centró en los criterios interpretativos en la aplicación de la entonces novedosa introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, operada por la LO 5/2010. La segunda, 1/2016, se ha centrado en la

interpretación de las modificaciones introducidas por la mencionada LO 1/2015 y es la más relevante en este momento. Por ello de esta última, se destaca lo siguiente:

- a) Las personas que pueden vincular penalmente a la persona jurídica además de los administradores o representantes legales, podrán ser los mandos intermedios, apoderados singulares y otras personas en quienes se hayan delegado determinadas funciones, incluidas las que ostenta el oficial de cumplimiento.
- b) La responsabilidad penal de la persona jurídica por incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control, se podrá referir no sólo a empleados de la empresa sino también a autónomos, subcontratados y trabajadores de otras filiales, si están *“integrados en el perímetro de su dominio social.”*
- c) En los supuestos de incumplimientos leves de tales deberes o si la persona jurídica no ha obtenido beneficio alguno, será posible absolver a la persona jurídica pero solicitar su declaración de responsabilidad civil subsidiaria al amparo del art. 120.4 CP.
- d) Serán imputables penalmente las personas jurídicas que operan con normalidad y legalmente en el mercado y las que desarrollan cierta actividad parcialmente ilegal, no siendo imputables aquellas sociedades con actividad mayoritariamente ilegal o muy residualmente legal.
- e) Los modelos de organización y gestión no sólo han de cumplir los requisitos establecidos en los apartados 2 y 5 del art. 31 bis CP sino además deberán adaptarse a la *“normativa sectorial aplicable”* a la persona jurídica que imponga específicamente un determinado modelo.
- f) Las personas jurídicas de reducidas dimensiones (31 bis 3 CP) podrán acreditar su compromiso ético a través de una razonable adaptación de sus dimensiones a los requisitos formales del apartado 5 del art. 31 bis CP.
- g) Como criterio para valorar la eficacia de los modelos, se atenderá a su importancia en la toma de decisiones de dirigentes y empleados, siendo lo

decisivo ponderar *“si los programas de prevención establecidos expresan un compromiso corporativo que realmente disuade de conductas criminales.”*

- h) Las *“certificaciones sobre la idoneidad del modelo”* expedidas por terceros constituyen un elemento adicional más de la adecuación del modelo pero en modo alguno acreditan su eficacia.
- i) Se presume que el programa de prevención es ineficaz si es incumplido por los directivos o altos mandos de la persona jurídica.
- j) En los casos en que la persona jurídica ponga en conocimiento de la autoridad la comisión del delito detectado, se solicitará la exención de la persona jurídica.
- k) Se valorará el comportamiento de la persona jurídica en el pasado: la firmeza de la respuesta en situaciones precedentes, o la existencia de anteriores procedimientos penales o en trámite aunque sea por otros delitos, o previas sanciones en vía administrativa.
- l) Tras la comisión del delito la conducta de la persona jurídica será un factor para acreditar el compromiso de sus dirigentes con el programa de cumplimiento (inmediata revisión del programa, imposición de sanciones disciplinarias, restitución del daño, procedimiento de investigación interna, celeridad en la denuncia de los hechos, colaboración en su investigación, etc.).
- m) La exención de la responsabilidad penal del apartado 2 del art. 31 bis CP, constituye una causa de exclusión de punibilidad a modo de excusa absoluta, por lo que la carga probatoria incumbe a la persona jurídica que *“deberá acreditar que los modelos de organización y gestión cumplían las condiciones y requisitos legales.”*

**Jesús Mandri Zárate.**  
**Abogado y Socio Director en MANDRI ABOGADOS.**