

CUESTIONES PROCESALES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS*

PROCEDURAL ISSUES ABOUT THE CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS

ANTONIO EVARISTO GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS

Secretario del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional

antonio.gudin@justicia.es

RESUMEN:

Ausente la reciente reforma del Código Penal de normas que definan los derechos y deberes procesales de las personas jurídicas inculpadas en el proceso penal, se presenta ahora en el momento de su inminente entrada en vigor la necesidad de integrar su estatus jurídico procesal con los precedentes legales en materia administrativo sancionador y con el derecho comparado de los países de nuestro entorno cultural. En particular es necesario distinguir entre la posición procesal de la persona jurídica de la de sus administradores, lo que determina, que se deba disociar la declaración de conocimiento de quienes hayan actuado por cuenta de la sociedad, de la posición jurídica procesal que pueda adoptarse por los administradores de la persona jurídica social en el seno del proceso. Entendida así la cuestión, el art. 309 de LEC proporciona una buena pauta de cómo debe de articularse la intervención en el proceso de la persona jurídica social, distinguiendo ambos aspectos dentro de su estatus jurídico procesal.

PALABRAS CLAVE:

Persona jurídica, responsabilidad penal, estatus procesal,

ABSTRACT:

Lacking, in the last reform of the Spanish Criminal Code, of rules to define the procedural rights and duties of legal persons accused in criminal trials, it arises now, in this moment of imminent entry into force, the neediness to integrate procedural legal status with case law and with comparative European law. Thus, is just necessary to distinguish, between procedural position of legal person and of his manager, and therefore to dissociate between the statement of knowledge by agents of society and the statement of society legal managers within the process. Well understood the question, the civil procedural Spanish Law provides a good way of how should be articulated the intervention in the process of legal persons, to distinguish between both aspects within his procedural status.

* Recibido en fecha 23/12/2010. Aceptada su publicación en fecha 30/12/2010.

KEY WORDS:

Legal personality, procedural status, crime liability.

SUMARIO:

CUESTIONES PROCESALES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	79
PROCEDURAL ISSUES ABOUT THE CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS.....	79
I. ¿Puede existir incompatibilidad de intereses de la persona jurídica inculpada con la posición jurídico procesal de sus administradores?	81
II. ¿Existe el derecho a no declarar frente a sí mismo de las personas jurídicas?.....	83
III. ¿Tienen las personas jurídicas derecho a letrado de oficio?.....	85
IV. ¿El hecho de la inculpación de la persona jurídica altera en algo el régimen existente actualmente para acordar la entrada y registro en locales de acceso público?.....	86
V. ¿Cabe distribuir la responsabilidad penal? ¿A quien se debe responsabilizar en el caso de sociedades fusionadas, escisiones, cesión global, uniones temporales de empresas, agrupaciones de interés económico, etc.?	88
VI. los socios de una sociedad capitalista o cualesquiera otros que no hayan contribuido en la causación de los hechos ¿Tienen derecho a personarse y en que condición?	89
VII. ¿Afecta a la responsabilidad de las personas jurídicas el hecho de la disolución de la persona jurídica social?.....	89
VIII. ¿Puede ser inculpada la Iglesia Católica y el resto de confesiones religiosas?	90
IX. La rebeldía de las personas jurídicas.	91

La ausencia en la LO 5/2010 de 22 de junio, de normas que expliquen la posición jurídica procesal de las personas jurídicas ha creado un vacío en el ordenamiento jurídico español, particularmente en lo referente a los derechos procesales que ostente la persona jurídica social inculpada en el proceso penal.¹ La ausencia de reglas especiales en el

1 Esta circunstancia sumada a la posición ambigua de nuestro legislador en torno al tema de la autonomía de la responsabilidad de las personas jurídicas, agiganta las dificultades de los prácticos del derecho procesal para integrar su estatus jurídico procesal. Así para de JUANES PECES y GONZÁLEZ CUELLAR, la reforma del Código Penal consagra la autonomía penal de la persona jurídica se manifiesta en las siguientes consecuencias: i) La sanción no es accesoria de la pena de una persona física; ii) su imposición no requiere el enjuiciamiento de una persona física, iii) la responsabilidad no es objetiva y se basa en la propia conducta, al exigirse como criterio de imputación que la persona jurídica incurra en un defecto de organización, iv) La prescripción opera de forma independiente, así la regla 3ª del art. 132 CP relativa a organizaciones o grupos de personas a los que se atribuye el hecho, lo que permite es efectuar una identificación inconcreta de los individuos de la organización o grupo, no de la organización o grupo en sí. v) Los criterios de imputabilidad se refieren a la conducta de la entidad – en su organización y control

proceso penal para las personas jurídicas, determina que debamos de acudir a lo dispuesto al régimen general existente en la Ley de Enjuiciamiento Civil, particularmente lo previsto en el art. 309 de la Ley de Enjuiciamiento, precepto que a falta de otro, no sólo es de aplicación supletoria (art. 4 LEC), sino que a nuestro modo de ver, nos fija las bases de las garantías mínimas con que se ha de configurar el *ius standi* de la persona jurídica social.

I. ¿PUEDE EXISTIR INCOMPATIBILIDAD DE INTERESES DE LA PERSONA JURÍDICA INculpADA CON LA POSICIÓN JURÍDICO PROCESAL DE SUS ADMINISTRADORES?

La primera cuestión que se plantea es la relativa a la eventual incompatibilidad de intereses entre los administradores y la persona jurídica social. Para HERNÁNDEZ GARCÍA, cuando se dé dicha contraposición de intereses defensivos, el legal representante o el directivo no podrá asumir por subrogación la posición procesal de la persona jurídica, pues a su entender, la representación defensiva en el proceso tiene una finalidad y contenido distinto a la del representante legal en el ámbito de su giro o tráfico general.² Sin embargo, el proceso no puede desnaturalizar el marco legal de la persona jurídica social. Ciertamente, tal como ha sido definida la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento, al acumular en una misma conducta delictiva diferentes consecuencias jurídicas, dará lugar a la existencia de un conflicto en la posición jurídica de unos y otros, pero dicho conflicto de intereses no es distinto de cualquier otro que se pueda presentar durante el curso de la vida social, y precisamente la

interno- y no de la persona física autora del delito. vi) las circunstancias agravantes (art. 66 bis 2º) y atenuantes (art. 31 bis 4) que concurran en la persona física no son comunicables (DE JUANES PECES y GONZÁLEZ CUELLAR, 2010, p. 4). En tal sentido la supresión del párrafo 2º del art. 31 del Código Penal que establecía la responsabilidad solidaria en el pago de la multa de la persona jurídica social junto a sus administradores, es manifestación de la voluntad del legislador de escindir el ámbito de ambas responsabilidades. Sin embargo, pese a la presunta autonomía con la que se ha querido configurar la responsabilidad de las personas jurídicas, este carácter autónomo es bastante relativo, en cuanto que tanto en el caso del pfo. 1º como del pfo. 2º, se exige la comisión de un delito por una persona física, presentando a la persona jurídica en relación de subsidiariedad frente a aquella. Así lo entiende, el informe del CGPJ al anteproyecto, muy crítico en este punto, que estima que estamos ante un supuesto de “responsabilidad vicaria pura”, esto es, de responsabilidad por el hecho de otro, en tanto en cuanto en esta responsabilidad por transmisión se imputa a la persona jurídica «el actus reus» y la «mens rea» de quien es su agente, es decir, del superior que tiene capacidad para actuar en su nombre y obligarla. En realidad como señala Bacigalupo, «la reforma no ha optado por una doble vía de incriminación en el sentido doble sistema de responsabilidad de las personas jurídicas, sino por un sistema de doble autoría de los hechos imputables a la persona jurídica. En el texto son contemplados dos categorías de autores individuales los administradores y empleados con facultades de obligar a la persona jurídica y los que estén sometidos a la autoridad de los mismos, por cuyo hechos respondería la persona jurídica, si han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos del debido control». BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de «compliance»: a propósito del proyecto de reformas del Código penal de 2009”, diario La Ley, sección doctrina, 9 Jul. 2010, año XXXI, La Ley nº 3818/2010.

² HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier. “Problemas alrededor del Estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables”. Diario La Ley, nº 7427, 18 jun.2010, Año XXI, Editorial La Ley, 3655/2010, p. 12

soberanía de la junta de la sociedad y los demás medios de control social, son el modo en el que debe de resolverse estos conflictos y no por medio de la intervención judicial. Por otra, no cabe identificar la posición procesal de la persona jurídica y la de sus administradores, sus voluntades coyunturalmente coinciden pero ontológica y legalmente son distintas. Así, aunque el objeto del proceso, la conducta enjuiciada, presentó en el pasado una perfecta identificación entre administrado y administrador como consecuencia de la representación orgánica o forma de administración asimilada propia de este tipo de sociedades, al tiempo del enjuiciamiento existe una disociación entre la posición de ambas, en primer término porque el título de imputación es distinto y en segundo lugar porque las consecuencias van a ser también distintas. De este modo, no cabe proceder de forma sistemática a la designación de un defensor judicial de la persona jurídica, en base a una supuesta incompatibilidad de intereses, porque los administradores no pierden su condición de tales, por el sólo hecho de iniciarse el proceso, máxime cuando en muchos casos puede que ni tan siquiera haya otros socios interesados en la marcha de la sociedad. Cabe, eso sí, que en el curso del proceso el juez en defensa de los intereses de sus socios o acreedores pueda adoptar una medida cautelar de este tipo en garantía de los intereses de los socios, acreedores o de cualquier otro tercero, pero inicialmente no tiene porque procederse así.

En tal sentido, la Ley austriaca de responsabilidad de las personas jurídicas por hechos delictivos ([BGBi 151/2005], en adelante, VbVG),³ que contiene una regulación completa sobre los aspectos procesales derivados de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, parte también de este criterio señalando en el apartado 1º del § 13 VbVG, que la agrupación será representada con carácter general por sus administradores. Sin embargo, prevé también que si todos los representantes de la persona jurídica son sospechosos de haber cometido el delito, el tribunal procederá a la designación de un letrado de oficio, (§ 13 VbVG). En este caso el tribunal podrá acordar las medidas organizativas que estime necesarias para la adecuada representación de la asociación, como la convocatoria de la junta o asamblea de socios o la designación de un representante que defienda los intereses no representados en la asociación. (§ 13.2 VbVG).

Más problemático, es si cabe, el conflicto de intereses que puede existir entre quienes ostentaban la condición de administradores al tiempo de producirse los hechos y quienes la ostentan al tiempo de celebrarse el juicio. Téngase presente las implicaciones jurídicas muy importantes en lo que respecta a la acción de responsabilidad que pueden derivarse frente a estos últimos, y el hecho de que los nuevos administradores, por distintos motivos, pueden adoptar una estrategia procesal que pueda venir en detrimento de los intereses de los primeros. La posición procesal de estos últimos en el proceso penal, cuando no existe una concreta imputación penal, puede resultar especialmente problemática atendida la ausencia de un cauce adecuado para la defensa de sus intereses. Todo lo cual hace aconsejable que aquellos sean oídos en juicio, atendida la amplitud de la extensión de la cosa juzgada en el proceso penal, en el que al buscarse la verdad

³ «Bundesgesetz über Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz», (BGBi) 151/2005, en adelante, VbVG, modificada por la BGBii 112/2007.

material de los hechos sin que haya margen al principio dispositivo, puede dar lugar a que lo declarado en éste pueda afectar en mayor o menor medida al posterior proceso civil.

II. ¿EXISTE EL DERECHO A NO DECLARAR FRENTE A SÍ MISMO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?

Sentado lo anterior, y siguiendo la distinción establecida en el art. 309 de la LEC, respecto de la declaración de las personas jurídicas en el proceso civil, cabría diferenciar dos aspectos distintos en lo concerniente a la declaración de la persona jurídica, la declaración de conocimiento y la declaración que podríamos llamar propiamente procesal o posicionamiento frente a la pretensión ejercitada por la persona jurídica. Ha de tenerse presente, sin embargo, el carácter instrumental de una respecto de otra, por lo que en todo caso, lo relevante a efectos probatorios, no es tanto la posición procesal que se adopte en la declaración como la razón de conocimiento efectivo de quien en definitiva deponga por la persona jurídica social. En este sentido, el art. 309 de la LEC previene que, *«Cuando la parte declarante sea una persona jurídica o ente sin personalidad, y su representante en juicio no hubiera intervenido en los hechos controvertidos en el proceso, habrá de alegar tal circunstancia en la audiencia previa al juicio, y deberá facilitar la identidad de la persona que intervino en nombre de la persona jurídica o entidad interrogada, para que sea citada al juicio»*. La posición de la persona jurídica social en el ordenamiento penal, tal como ha sido configurada por la L.O. 5/2010 de 22 de junio, no es distinta de la que se tiene en el ordenamiento procesal civil, porque en este no cabe hablar de culpabilidad de la persona jurídica sino en la medida en la que se subroga en la posición de las personas que actúan por la misma. Es esencial que no se pierda esta conexión entre la conducta de la persona jurídica social y la persona de sus administradores, y es que es de esencia, a la representación orgánica de las personas jurídicas, a diferencia del tipo de representación voluntaria de sus factores o apoderados, que los actos realizados por sus representantes orgánicos sean tenidos como propios de la persona jurídica social.⁴ La persona jurídica en cada situación coyuntural y para ese preciso momento asume como propia la voluntad de sus administradores, aunque el curso de lo que podríamos llamar agotamiento del delito, y de las responsabilidades que se deriven de la infracción sea distinto en uno y otro caso. La fijación ahora de unas consecuencias también penales para la acción de aquellos debe de entenderse en este contexto.⁵ Ciertamente la relación entre la persona jurídica social y sus administradores

⁴ La idea de la representación orgánica está directamente relacionada con la teoría de la personalidad real de la asociación, que surgen Alemania en contraposición la teoría pandectística de la ficción jurídica, en el que es decisiva la idea de organismo, del que resultan dos consecuencias fundamentales la fundación de una persona jurídica es un acto jurídica total que está sometida a su propia regulación interne que debe de ser coherente en si misma, aspecto que tiene especialmente trascendencia en el problema de la anulabilidad del contrato de sociedad, y un segundo aspecto que la persona jurídica tiene capacidad de obrar, que se exterioriza por medio de sus órganos sociales, y en el que los negocios jurídicos de sus órganos sociales se imputan como si fuesen suyos propios sin que tenga lugar el derecho de representación. Vid. Staudinger- Coing, 11ª ed. 1957, RZ 7 a §25 BGB.

⁵ El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 246/1991, de 19 Diciembre, estableció que el reconocimiento de la capacidad infractora de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo no

al tiempo de su enjuiciamiento puede ser diametralmente opuesta, pero lo relevante desde un punto de vista procesal, es que si al tiempo de la comisión de los hechos era la misma, posteriormente no tiene porque continuar siéndolo. De este modo a renglón seguido el art. 309 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala, «*El representante podrá solicitar que la persona identificada sea citada en calidad de testigo si ya no formara parte de la persona jurídica o ente sin personalidad*». La divergencia en las posiciones de quienes se hace imputación de los hechos y de las personas que estén al frente de la sociedad durante el proceso determina en gran parte el alcance de la configuración de los derechos de la persona jurídica durante el curso de aquél. La declaración de conocimiento, conforme al primer inciso del art. 309 LEC, únicamente la podría hacer la persona que pudiese dar razón de lo ocurrido, la cual quedaría estando sujeta al *status jurídico* que le corresponda como coimputado o testigo. La declaración procesal la deberían de dar los administradores y su objeto se concretaría en dos aspectos: 1) Indicar la persona que pueda dar razón de conocimiento de lo ocurrido y 2) determinar el carácter de dicha declaración, en el sentido de si ha de entenderse como testigo o si por el contrario la persona jurídica puede identificarse con la declaración prestada por la persona designada. Respecto de lo primero, el testigo estará sujeto al *status jurídico* que le corresponda de coimputado o testigo mientras que la posición del segundo estará sujeto al régimen propio del proceso penal. De todo lo cual se deriva un distinto alcance del deber de colaboración con los juzgados y tribunales de quienes depongan por la persona jurídica social.

En el marco del proceso sancionador la sentencia del tribunal Constitucional 142/2009, de 15 de junio se ha mostrado favorable a estimar que en los procedimientos administrativos sancionadores existe un deber de colaboración de las personas jurídicas con los órganos investigadores. El derecho a la no autoincriminación no excluye la posibilidad de recabar la colaboración del sospechoso (detección de alcohol en sangre; obtención de unos cabellos, examen psiquiátrico, etc), como la conminación a colaborar con la Administración de Justicia, y repele como medios de prueba aquellos obtenidos mediante la imposición al sospechoso de la carga de colaborar con su propia inculpación mediante actuaciones como el requerimiento para aportar elementos probatorios directos (como documentación). Es este el supuesto contemplado en las sentencias del TC 18/2005, de 1 de febrero [Casas Bahamonde] y 68/2006, de 13 de marzo [Delgado Barrio], que se ocupan de esta cuestión, argumentando que la conminación por parte de los instructores a la aportación de la documentación al expediente administrativo, no supone necesariamente la autoincriminación en tanto en cuanto el sujeto pasivo del expediente era una Sociedad y no su gerente, que fue el finalmente condenado en el posterior proceso penal. GONZÁLEZ CUELLAR y DE JUANES PECES, estiman sin embargo que «*tales previsiones no son trasladables al proceso penal, estimando que sea cual sea el alcance de tal deber de colaboración, no existe obligación alguna de tal tipo en el proceso penal, pues el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable rige sin matices en la justicia criminal, como manifestación del*

significa en absoluto que para las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que este principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas.

derecho a la no autoincriminación».⁶ Tal derecho comprende la facultad de negarse a aportar datos fuentes de prueba perjudiciales para uno mismo. A nuestro modo de ver, la correcta interpretación de tal antinomia ha de entenderse en el marco de la distinción inicialmente significada, en el sentido, de la distinta posición que puedan tener quienes declaran por la persona jurídica, según si la persona física que lo hace por la persona jurídica social, se limita a dar razón de conocimiento del hecho o si por el contrario únicamente se centra en conformar la posición jurídica procesal de la persona jurídica. En tal sentido sólo a ésta última, y en la medida en que se limite su actuación a posicionarse en el proceso, cabe hacerse extensión del derecho de no autoincriminación. Por el contrario, quien da razón de conocimiento de los hechos le es de entera aplicación el deber de colaboración.

III. ¿TIENEN LAS PERSONAS JURÍDICAS DERECHO A LETRADO DE OFICIO?

La persona jurídica desde que se dirija contra ella la investigación podrá personarse en la causa y conocer las actuaciones e intervenir en ellas. Es más, habrá de ser llamada al proceso, pues la salvaguarda de su derecho de defensa exige que por el Juzgado de Instrucción, se le comunique la imputación (art. 118 de la LECRIM) y se le tome declaración a fin de poder ser oída nada más darse inicio al procedimiento. Se discute, sin embargo, la necesidad de comparecer asistida de letrado, como presupuesto para el desarrollo del proceso con todas las garantías. Para HERNÁNDEZ GARCÍA, la persona jurídica debe de ostentar desde el inicio del proceso y en los términos del art. 767 de la LECrim, la preceptiva asistencia letrada, con la misma posición activa y con el mismo alcance que las personas físicas que puedan resultar imputadas.⁷ Podría pensarse que si las consecuencias del proceso penal únicamente pueden trascender al orden económico de la sociedad y visto el tratamiento de la cuestión en el orden contencioso administrativo, no tendría porque exista particularidad en esta materia. Sin embargo, debe de tenerse presente que la persona jurídica no constituye sino un desarrollo de la personalidad de quienes se amparan en aquella para la defensa de sus intereses, intereses que de otro modo se verían afectados por la imposición de una sanción penal. Por otra parte la propia configuración del tipo de proceso, cuando no la necesidad de mantener la igualdad de armas con el resto de inculpadados, que de un modo u otro resultarán afectados por la imposición de sanciones económicas, nos hace posicionarnos a favor del reconocimiento de este derecho en todo caso. De este modo como señala el propio HERNÁNDEZ GARCÍA, en el caso de que los responsables de la persona jurídica no designasen abogado de confianza en el término que se establezca, el órgano judicial estaría obligado a promover la designación de oficio.⁸

⁶ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás y JUANES PECES, Ángel. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor” obra cit., p. 13.

⁷ HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier. “Problemas alrededor del Estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables”. Diario La Ley, nº 7427, 18 jun. 2010, Año XXI, Editorial La Ley, 3655/2010, p. 14.

⁸ HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, *ibidem*, p. 12)

IV. ¿EL HECHO DE LA INculpACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA ALTERA EN ALGO EL RÉGIMEN EXISTENTE ACTUALMENTE PARA ACORDAR LA ENTRADA Y REGISTRO EN LOCALES DE ACCESO PÚBLICO?

El artículo 546 habilita la posibilidad de que el Juez o Tribunal que conociere de la causa pueda decretar la entrada y registro, de día o de noche, en todos los edificios y lugares públicos, sea cualquiera el territorio en que radiquen, cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación. De lo dispuesto en el artículo 546 y 554 se deduce que se considerará lugar público cualesquiera que no constituya el domicilio destinado a habitación por las personas físicas.⁹ De tal exclusión se venía deduciendo que para obtener el acceso por tanto al domicilio de una persona jurídica bastaba una mera providencia pudiendo verificarse en cualquier momento del día o de la noche sin especial justificación y sin adoptar las precauciones y cautelas fijadas en torno a la presencia del interesado, de testigos en su caso, intervención del secretario, etc.¹⁰ Las sentencias del Tribunal Constitucional números 137/1985 y 69/1999, han hecho extensión de la privacidad propia también del domicilio a las personas jurídicas como una exteriorización de la privacidad de las personas físicas. Con lo que la excepción ha sido bastante mediatizada. Esta línea jurisprudencial se mueve en el sentido de distinguir, lo que son espacios abiertos al público en horas de atención al público en general, de aquellos otros supuestos en el que el edificio donde se ubica la persona jurídica social se proyecta como una manifestación más del derecho a la intimidad de las personas o intereses que representa la persona jurídica social. De todo lo cual, se deduce que el derecho reconocido en el art. 18 de la CE, no es completamente extraño a las personas jurídicas en cuanto que estas son proyección de la personalidad de sus socios o de los intereses que representan. Sin embargo, nuestra jurisprudencia en este punto, se ha mostrado vacilante, así, si la STC 137/1985, de 17 de octubre se mostró favorable a la extensión de las previsiones del art. 18 CE a las personas jurídicas, pronunciamientos posteriores SSTC 257/1995, 228/1997, 283/2000 y otras, han cuestionado el alcance de dicho derecho en el caso de las personas jurídicas, insistiendo en que el objeto de protección lo constituyen la morada, como espacio de ejercicio de la privacidad condición de desarrollo vital de la que son únicamente titulares las personas físicas.¹¹ Por

⁹ La referencia al no-domicilio, nos conduce a la jurisprudencia sobre el particular, en concreto la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de Febrero, [Quintana López], que han venido a recoger el carácter instrumental de aquel, como espacio físico del que se sirve la persona para la manifestación de la vida.

¹⁰ En igual sentido, se citan el caso Kent Pharmaceuticals limited y otros contra Reino Unido de 11 de octubre de 2005, el caso Buck contra Alemania de 28 de abril de 2005, el caso Aalmoes y otros contra Holanda de 25 de noviembre de 2004.

¹¹ Quintana López, ponente de la STC 22/1984, sentencia que supone un punto de referencia indiscutido en esta materia, puso de relieve con posterioridad a dicha resolución, como la proyección de la intimidad de las personas físicas al domicilio familiar, no tiene porque coincidir con el concepto legal del domicilio en la legislación sectorial o mercantil. En particular, las previsiones contenidas en el art. 5 de la LSA, (hoy art. 5 de la Ley de sociedades de capital RDL 1/2010, 2 de julio), responden a una serie de criterios ajenos, o cuando menos no exorbitantes, a la esencia de la protección domiciliaria que ampara

su parte el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, en el caso *Association for European integration and human rights y Ekdindzhiev* contra Bulgaria de 28 de junio de 2007, estimó que no existen razones que impidan la extensión tanto al espacio domiciliario como a las comunicaciones el derecho a la vida privada reconocidos en el convenio a las personas jurídicas. En dicha resolución, aun cuando reconoce la dificultad concurrente para identificar en todos los supuestos la trascendencia de este interés en cada uno de los casos, se estima que cabe apreciar que éstas puedan tener una verdadera vida privada a los efectos y fines de protección del Convenio. En todo caso cuando se apreció que el domicilio y las comunicaciones sirven para el desarrollo de los fines asociativos, ya sean privados o comerciales con independencia de los intereses de protección de las concretas personas individuales que integran los entes colectivos, debe afirmarse su titularidad y por tanto su protección autónoma.

Tras la reforma, si el domicilio objeto del registro es un lugar abierto al público que regenta la persona jurídica inculpada, en principio, la resolución que acuerde la entrada debiera de ser una resolución motivada y en consecuencia adoptar la forma de auto al referirse a un supuesto de admisión de prueba, no siendo válido acordarse por medio de providencia. Otro aspecto en el que el régimen jurídico de la diligencia puede quedar alterado es el relativo a la intervención del secretario judicial. Se ha de entender que tratándose de una persona jurídica inculpada, si sería preceptiva la intervención del secretario para que dicha diligencia pudiese servir como prueba de cargo.¹² Esta exigencia de la presencia del secretario en la entrada y registro, viene ordenada por la actual redacción del artículo 569 párrafo 4º, dada por la Ley 22/1995 de 17 de Julio, reforma que intento subsanar los enfrentamientos jurisprudenciales, que habían surgido en torno a la L.O. 10/92 de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. Esta ley habilitó la posibilidad de excluir la presencia del Secretario Judicial en los registros domiciliarios. Durante el tiempo de vigencia de la LO 10/1992 diversos pronunciamientos jurisprudenciales, SSTs de 19 de octubre de 1993 y de 7 de abril de 1992, declararon la nulidad de la diligencia de entrada y registro practicada sin la presencia del secretario judicial. En tal sentido, tal garantía viene ligada a un proceso con todas las garantías, principio que es de aplicación tanto a las personas físicas como a las jurídicas. Fuera de estos dos aspectos, no parece que exista particularidad alguna por el hecho de estar imputada la persona jurídica social, pues la especial protección que se contiene en los artículos 493 y ss., lo es en consideración a la inviolabilidad del domicilio, vivienda habitual de las personas físicas, amparada en el artículo 18 de la Constitución, por lo que parece difícil que exista alteración en cuestiones tales como la presentación instrumental de testigos, la habilitación de horas nocturnas, etc.

el art. 18 de la Constitución. Quintana López, “Un paso más adelante hacia la delimitación de la inviolabilidad del domicilio en nuestro derecho”. Revista de estudios de la Administración Local y autonómica, núm. 229, año 1989.

¹² La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1994, otorgó validez al registro efectuado en una oficina municipal donde trabajaba el acusado sin la presencia del interesado, ni del secretario judicial, señalando que no se está en la presencia de un registro domiciliario sino en un edificio público de los previstos en el art. 547.1 de la LECrim. y quien tenía que dar el permiso era el alcalde, que lo prestó, sin que sean necesarias otras formalidades.

V. ¿CABE DISTRIBUIR LA RESPONSABILIDAD PENAL? ¿A QUIEN SE DEBE RESPONSABILIZAR EN EL CASO DE SOCIEDADES FUSIONADAS, ESCISIONES, CESIÓN GLOBAL, UNIONES TEMPORALES DE EMPRESAS, AGRUPACIONES DE INTERÉS ECONÓMICO, ETC.?

Parece evidente que las responsabilidades penales que en definitiva se declaren, dado su carácter pecuniario y esencialmente divisible, sumado a la circunstancia del carácter esencialmente escindible de las personas jurídicas sociales, permiten en principio proceder a hacer una operación de distribución de responsabilidades entre las sociedades resultantes. En esto, también la responsabilidad penal de las personas jurídicas presenta unos caracteres muy peculiares, en cuanto que tratándose de personas jurídicas el carácter personalísimo e inescindible de la responsabilidad penal, la función individualizadora que de la misma se prevé, no es enteramente aplicable a las personas jurídicas. La reforma se ha ocupado expresamente de este tema, al modificar la redacción de las causas de extinción de la responsabilidad en el artículo 130 del Código Penal. En este sentido se ha procedido a añadir un apartado 2 en el que se señala que la transformación fusión, absorción o escisión de una persona jurídica 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 ello. La ley dice que se trasladará dicha responsabilidad a las personas jurídicas que sucedan a la primera, pero lo que no dice es el carácter de dicha responsabilidad, y si ha de entenderse o no solidaria entre las sociedades sucesoras. Se ha de entender que en tales supuestos, no existe obstáculo para la aplicación de lo dispuesto en el art. 80 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que establece que de las obligaciones asumidas por una sociedad beneficiaria que resulten incumplidas responderán solidariamente las demás sociedades beneficiarias y, si subsistiera en la propia sociedad escindida en la totalidad de la obligación.¹³

Otro de los problemas que presenta la escisión de sociedades, es el conflicto de intereses entre las sociedades sucesoras, tanto a la hora de la dirección del proceso como a la hora de fijar una postura procesal ante la incriminación que se les dirige. En tal caso, se plantea el dilema de exigir que comparezcan bajo una misma asistencia y representación procesal. La doctrina del Tribunal Constitucional ha reconocido en algún caso la posibilidad de limitar la personación de la acción popular en casos, en que exista convergencia de intereses y puntos de vista en la actuación procesal de la parte, véase en tal sentido diversas sentencias del Tribunal Constitucional, sala 1ª de 14 de octubre 193/1991 [Tomás y Valiente], 29 de septiembre de 1997 [Rodríguez Bereijo], etc. En estos casos se estimó que el derecho a personarse en el procedimiento debía de conjugarse con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, estimando que cuando la pretensión ejercitada era la misma, la admisión una doble intervención resultaba

¹³ Este también es el criterio adoptado por la VbVG austriaca que en su parágrafo § 10, si bien, este mismo precepto prevé que el Tribunal pueda adoptar otra forma de distribución de responsabilidades en atención al tipo de actividades que sean asignadas a las sociedades escindidas, «Andere Rechtsfolgen können einzelnen Rechtsnachfolgern zugeordnet werden, soweit dies deren Tätigkeitsbereich entspricht».

innecesaria y reiterativa, no siendo bastante para justificar la doble postulación, la mera discrepancia entre las partes en el modo en como debiera de abordarse la cuestión. En todo caso la facultad de limitar la posibilidad de personarse debe de interpretarse muy restrictivamente a aquellos supuestos en que existe una verdadera convergencia de intereses.

VI. LOS SOCIOS DE UNA SOCIEDAD CAPITALISTA O CUALESQUIERA OTROS QUE NO HAYAN CONTRIBUIDO EN LA CAUSACIÓN DE LOS HECHOS ¿TIENEN DERECHO A PERSONARSE Y EN QUE CONDICIÓN?

Esta cuestión enlaza con lo dicho al principio en cuanto a la confrontación de intereses de los administradores y la sociedad. Los socios pueden verse perjudicados por el resultado del pleito y en tal condición pueden acudir a juicio. Pero puede ser también que dichos socios se hayan beneficiado de los dividendos que por su actividad ilícita se haya lucrado la compañía, en este sentido, se puede decir que presentan una condición mixta de terceros civiles, responsables del art. 122 del Código Penal y perjudicados, siendo de aplicación en su caso lo previsto en el art. 114 del propio código penal. La condición de perjudicados de los socios debe de ser matizada en la medida en que estos de un modo u otro han concurrido a la formación de la voluntad social, por lo que deberá de tenerse presente en aquellas decisiones sociales que exijan la concurrencia del voto del socio, el hecho de que hayan salvado su voto o si han impugnado de cualquier otro modo los acuerdos de la sociedad.¹⁴

VII. ¿AFECTA A LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EL HECHO DE LA DISOLUCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA SOCIAL?

El solo hecho de la disolución de la sociedad, tanto si lo es por expiración de su término como por desaparición de su objeto no afecta a las responsabilidades pendientes, en el sentido de que hasta que no se haya culminado el proceso de liquidación la sociedad mantendrá su personalidad jurídica. De este modo, la sociedad disuelta conservará su personalidad mientras la liquidación se realiza, (art. 371 LSC). Cabría deducir por tanto, que la responsabilidad penal no se extingue por la disolución de la sociedad, toda vez que como ha quedado indicado existe transmisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a quienes les suceden en la titularidad de su patrimonio. Nuestro legislador sin embargo, ha oscurecido un tanto la cuestión en el art. 130 del Código Penal, al prevenir que no extingue *la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica*, con lo que *a sensu contrario* ha de entenderse, que de no existir esta intención de encubrir la verdadera situación real de la sociedad la regla general será que la disolución de la sociedad determinará la extinción de las responsabilidades penales. Se crea con ello una excepción a la regla general en nuestro derecho societario. Este carácter excepcional resulta ser mayor, si cabe, si se atiende a su párrafo segundo en el que se establece que *«Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o*

¹⁴ Cabe de hecho, que los socios ejerzan acciones de responsabilidad social contra los administradores, como es frecuente en los Estados Unidos a partir del caso *Caremark* (Court of Chancery of Delaware, Sep 25. 1996), pero en modo alguno pueden pedir indemnización alguna ante el ente jurídico social del que forman parte.

meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad substancial de clientes proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.» ¿Cuál es entonces el estatuto jurídico de la persona jurídica social, que haya incurrido en causa de disolución, pero que no se encuentre definitivamente liquidada? Una primera interpretación de la norma acorde a su tenor literal y con el principio de intervención mínima nos mueve a pensar que las finalidades de prevención especial y política social que se predicen de la sanción a la persona jurídica social pierden su razón de ser cuando su gestión no se dirige a la satisfacción de las finalidades lucrativas que justifican su razón de ser. El otro problema que se presenta es el de determinar, que dado el carácter transmisible de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que ocurrirá cuando la sociedad infractora se liquida y extingue con posterioridad a la comisión del delito. El texto refundido de la Ley de sociedades capital, 1/2010 de 2 de julio, siguiendo la pauta establecida por la Ley de Responsabilidad Limitada, ha supuesto una transformación muy importante en esta materia. Hasta esta fecha, la desaparición definitiva de la persona social en virtud de la cancelación de sus asientos registrales sólo se producía cuando la cancelación respondía a la situación real de las cosas, es decir, cuando la sociedad ha sido previamente liquidada en forma y no haya dejado acreedores impagados. En otro caso, los acreedores podían pedir la nulidad de la cancelación y la reapertura de la liquidación. La nueva ley previene que verificada la liquidación de la sociedad, de las deudas que se pudiesen presentar en el futuro, responderán solidariamente los socios capitalistas, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad de los liquidadores, (art. 399 LSC). En tal caso y de admitir la transmisibilidad de dicha responsabilidad a las personas de los socios, que como hemos visto es el criterio más plausible, nos encontraríamos ante la problemática de la distribución de la responsabilidad penal que enfrentaría a los socios y liquidadores.

VIII. ¿PUEDE SER INCRIMINADA LA IGLESIA CATÓLICA Y EL RESTO DE CONFESIONES RELIGIOSAS?

El apartado 5 del artículo 31 bis de la Ley que las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no serán aplicables entre otros supuestos a las “...organizaciones internacionales de Derecho Público ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía administrativas o cuando se trate de sociedades mercantiles estatales que presten servicios de interés económico general”. Pudiera pensarse, conforme a dichas previsiones, que la Iglesia Católica, tanto si es entendida como organización internacional de derecho público, como si se considera que se trata de una entidad que ostenta potestad pública de soberanía quedaría excluida. Sin embargo la situación es más compleja en la medida que en el registro de entidades religiosas se diferencian a efectos jurídicos, dentro de lo que es la organización eclesial tres figuras jurídicas distintas la Santa Sede, la Iglesia Católica y la conferencia episcopal y junto a estas tres, las entidades de la organización oficial de la iglesia católica, a las que el derecho canónico reconoce personalidad jurídica, diócesis, parroquias, etc. Junto a estas habría que añadir aquellas otras entidades dependientes de la Iglesia Católica que dependiendo de la organización eclesial precisan de su inscripción en el Registro Especial de Entidades religiosas, a saber institutos de vida consagrada, asociaciones, fundaciones y otras entidades eclesiásticas. De todo este organigrama únicamente la Santa Sede quedaría afectada a la exclusión contenida en dicho precepto, teniendo como es

lógico plena responsabilidad penal al resto de la jerarquía eclesial. Respecto del resto de las confesiones religiosas y de las congregaciones religiosas, el estado español tiene concertados acuerdos con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de las comunidades israelitas de España y con la Comisión Islámica de España, Leyes 24, 25 y 26/1992 de 26 de noviembre, todas estas entidades se encuentran a su vez integradas en organizaciones internacionales que sin embargo, carecen de potestades públicas de soberanía. En pro de la exención de responsabilidad de dichas persona jurídicas sociales cabría aducir la prevalencia de la regulación sectorial establecida para dichas entidades por normas con rango de ley, en el marco de una Ley de carácter orgánico como es la Ley 7/1980 de 5 de julio e incluso un acuerdo de derecho internacional como son los acuerdos de la Santa Sede con el estado español de 2 de enero de 1979, aspecto que también debe de ser tenido en consideración para la eventual configuración de un estatus jurídico especial de dichas confesiones religiosas.¹⁵

IX. LA REBELDÍA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

El principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído determina, que salvo supuestos excepcionales, la celebración del juicio no se pueda desenvolver completamente sin la presencia e intervención del inculpado. Este principio presenta excepciones cuando la pena revista menor entidad, supuestos en los que se hace posible verificar la celebración de la vista sin presencia del acusado y dictar a continuación sentencia, siempre que haya designado un domicilio donde entender las notificaciones (arts. 786.1 pfo 2º y 971 LECRIM). Tratándose de una persona jurídica el hecho de la declaración de rebeldía presenta la dificultad de trasponer las consecuencias que se derivan, del ente jurídico social a las personas físicas que efectivamente la integran. Concretamente el § 23 de la VbVG austriaca establece con carácter general la posibilidad de que las personas jurídicas sociales puedan ser condenadas en rebeldía, con la sola condición de que la citación haya resultado eficaz, *wenn die Vorladung zur Hauptverhandlung wirksam zugestellt wurde* (no teniendo este carácter por ejemplo cuando haya sido realizado en administradores distintos de los que ostenten la representación de la persona jurídica al tiempo de celebrarse el juicio), y en todo caso, siempre que se hubiese hecho a los mismos los apercibimientos oportunos. En el ordenamiento procesal español, no siendo de aplicación las penas privativas de libertad a las personas jurídicas, bastará para que tenga lugar la condena en rebeldía que la pena a imponer no exceda de los seis años prevista con carácter general en el artículo 786.

Estas dificultades se acrecientan, cuando debe de procederse a hacer aplicación a la persona jurídica social del estatus jurídico del rebelde en el proceso penal. La declaración de rebeldía presupone el llamamiento por requisitorias, el problema en tales casos es determinar a quién debe de dirigirse dicho llamamiento, a la persona jurídica o a sus administradores, y en este último caso, ¿pueden ser objeto estos de cualquier restricción de sus derechos por su incomparecencia voluntaria ante el llamamiento judicial? En principio, salvo que exista una complicidad o voluntad de encubrimiento, en sustraerse a

¹⁵ En el derecho austriaco por el contrario, el § 1 (3) de la ley austriaca sobre responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos excluye expresamente las iglesias reconocidas, las sociedades religiosas y las comunidades confesionales religiosas en tanto que desempeñen actividades espirituales.

la acción de la justicia, no cabe que por ese solo hecho se justifique una restricción de los derechos de sus representantes legales a la hora de adoptar las pesquisas necesarias para proceder a la localización de aquella. El problema surge en el hecho de que un llamamiento por requisitorias, sin que sea susceptible de adoptarse medida alguna restrictiva de los derechos resulta vacío de contenido. De otra parte, caducados los cargos de los administradores o vacante el cargo, no existe posibilidad alguna de proceder a la continuación del procedimiento frente a aquellas. Por otra parte, localizados los administradores sociales y citados en forma, cuál será la reacción del ordenamiento jurídico ante la incomparecencia de estos ante el llamamiento judicial, la prevenida para los imputados en el art. 487 o la señalada para los testigos en el art. 420 de la LECRIM.