UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

"DELINCUENCIA ELECTORAL Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS"

Autor: José Manuel Maza Martín

Director: Carlos Gómez-Jara Díez

Mayo 2017

ABREVIATURAS

AAP……..	Auto Audiencia Provincial
ATS……..	Auto Tribunal Supremo
CCFGE…….	Circurales de la Fiscalía General del Estado
CE…….	Constitución Española
CGPJ……	Consejo General del Poder Judicial
CP…….	Código Penal
DP…….	Derecho Penal
DRAE……	Diccionario de la Real Academia Española
JEC……	Junta Electoral Central
JJEE……..	Juntas Electorales
LECr…….	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOREG…….	Ley Orgánica de Régimen Electoral General, LO 5/1985, de 19 de junio
OCDE…….	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
ONU…….	Organización de Naciones Unidas
Ppols…….	Partidos políticos
PF……..	Persona física
PJ……..	Persona jurídica
RCS……..	Responsabilidad Civil Subsidiaria
RPPJ……..	Responsabilidad penal de la persona jurídica
SAP……..	Sentencia de Audiencia Provincial
STS……..	Sentencia del Tribunal Supremo
TC…….	Tribunal Constitucional
TS……..	Tribunal Supremo

INDICE

INTRODUCCIÓN 7

1.1. OBJETO Y JUSTIFICACIÓN DEL PRESENTE TRABAJO. 7
1.1.1. Generalidades: 7
1.1.2.- Relación de cuestiones concretas a abordar: 12
1.1.2.1.- Cuestiones relativas a la delincuencia electoral: 12
1.1.2.2.- Cuestiones relativas a la responsabilidad penal de la PJ: 13
1.1.2.3.- Cuestiones relativas a la responsabilidad penal del Ppol en materia de delincuencia electoral: 14

1.2. PRECISIÓN PREVIA: 15

DELINCUENCIA ELECTORAL 19

2.1. INTRODUCCIÓN 19
2.1.1. Características generales de la Delincuencia electoral 19
2.1.1.1. El ámbito de la delincuencia electoral. 19
2.1.1.2. Bien jurídico protegido. 20
2.1.1.3. La delincuencia electoral como DP especial. 24
2.1.2. La estructura general de la regulación de la "Delincuencia electoral" dentro de la LOREG. 30
2.1.3. Breves referencias de Derecho comparado iberoamericano en materia de delincuencia electoral: 33

2.2. LA REGULACIÓN DE LA DELINCUENCIA ELECTORAL EN LA LOREG. 37
2.2.1. Las "Disposiciones Generales" contenidas en la Ley 37
2.2.1.1. Los conceptos de funcionario público y documento oficial en la LOREG: 38
2.2.1.1.1. Concepto de "funcionario público". 38
2.2.1.1.2. Concepto de "documento oficial" 41
2.2.1.2. Regla para resolver los concursos de normas entre la LOREG y el CP 44
2.2.1.3. La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo como pena común para todos los delitos electorales. 47
2.2.1.3.1. La inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo y las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de la LOREG. 49
2.2.1.3.2. La cuestión de la pena de arresto de fin de semana. 53
2.2.1.4. El carácter supletorio del CP. 54
2.2.1.5. Disposiciones relativas al procedimiento. 57
2.2.1.5.1. Remisión a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 58
2.2.1.5.2. Carácter preferente y urgente de estos procedimientos. 60
2.2.1.5.3. Naturaleza pública de la acción para perseguir estos delitos. 61
2.2.1.5.4. Publicidad de la Sentencias relativas a delitos electorales. 62
2.2.2. Delitos electorales 62
2.2.2.1. Delitos cometidos por funcionarios públicos: 63
2.2.2.1.1. Supuestos: 66
2.2.2.2. Delitos por abuso de oficio o falsedad 79

2.2.2.2.1. Supuestos. 82
2.2.2.2.3. Delitos por infracción de los trámites del voto por correo 96
2.2.2.4. Delitos por emisión de varios votos o por emisión sin capacidad 99
2.2.2.4.1. Supuestos 101
2.2.2.5. Delitos por incumplimiento de las obligaciones de los miembros de las Mesas electorales. 104
2.2.2.5.1 Supuestos 106
2.2.2.5.2. De acuerdo con lo que ya se ha dicho al principio del análisis del precepto, es ésta la infracción delictiva electoral de mayor presencia en la Jurisprudencia 111
2.2.2.6. Delitos en materia de propaganda electoral: 122
2.2.2.6.1. Supuestos 123
2.2.2.6.3. Doctrina Jurisprudencial 128
2.2.2.7. Delitos en materia de encuestas electorales 132
2.2.2.8. Delitos de influencia ilícita en el ejercicio del derecho al voto. 135
2.2.2.8.1. Supuestos: 137
2.2.2.9. Delito de alteración del orden del acto electoral 141
2.2.2.9.1. Supuestos. 142
2.2.2.10. Calumnia e injuria en período electoral: 145
2.2.2.11. Falseamiento de la contabilidad electoral. 148
2.2.2.12. Delito de apropiación indebida de fondos electorales. 151

2.3. DELINCUENCIA ELECTORAL Y PARTIDOS POLÍTICOS. 154

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA 156

3.1. GENERALIDADES: 156

3.2. ALGUNAS CONSIDERACIONES DE POLÍTICA CRIMINAL: 166

3.3. LA CONDUCTA DELICTIVA DE LA PF COMO PRESUPUESTO DE LA RPPJ. 175

3.4. LOS REQUISITOS DE LA RPPJ. 178
3.4.1. El ámbito típico de la RPPJ. 178
3.4.2. La PF autora del hecho delictivo, presupuesto de la RPPJ. 185
3.4.2.1. El representante legal o persona autorizada para tomar decisiones o que ostenta facultades de organización y control en la PJ: 185
3.4.2.2. Quien esté sometido a la autoridad de los anteriores. 193
3.4.3. Requisitos comunes a ambos supuestos de RPPJ. 196
3.4.4. Requisitos diferenciales de los supuestos de RPPJ 210

3.5. ELEMENTOS PARA UNA TEORÍA DEL DELITO COMETIDO POR LA PJ. 219
3.5.1. El tipo de injusto en la RPPJ. 220
3.5.1.1. La conducta propia de la PJ: injusto y problemas de tipicidad: 221
3.5.1.2. La "acción" de la PJ como requisito imprescindible para la existencia de su responsabilidad penal 228
3.5.2. El componente antijurídico en la RPPJ y la construcción de una causa de justificación exonerante. 232
3.5.3. La culpabilidad de la PJ. 241
3.5.3.1. La imputabilidad de la PJ. 244
3.5.3.2. Naturaleza y fundamento de la culpabilidad en la RPPJ. 259
3.5.3.3. Sistema de RPPJ (modelo de imputación). 265

3.5.3.4. Las circunstancias que pudieran excluir la culpabilidad de la PJ. 287

3.6. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RPPJ. 294

3.6.1.1. Generalidades: 295

3.6.1.2. Los supuestos atenuatorios en concreto. 297

3.6.1.2.1. "a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades." 298

3.6.1.2.2. "b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos." 299

3.6.1.2.3 "c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito." 301

3.6.1.2.4. "d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, 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." 302

3.6.1.3. Otros supuestos de atenuación. 303

3.6.1.3.1. La atenuante por analogía. 303

3.6.1.3.2. La atenuante/eximente incompleta del apartado 2, último párr. del art. 31 bis 2. 304

3.6.2. Las "*agravantes*". 306

3.7. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO DE LA PJ. 307

3.7.1. Las penas. 307

3.7.1.1. La "capacidad de pena" de la PJ. 308

3.7.1.2. El catálogo de penas y su determinación. 310

3.7.1.2.1. La pena de multa 313

3.7.1.2.2. Las penas interdictivas. 317

3.7.2. Responsabilidad civil. 327

3.8. EXTINCIÓN DE LA RPPJ. 328

3.8.1. La "muerte" de la PJ. 329

3.8.2. La prescripción de la RPPJ. 335

3.8.2.1. La prescripción del delito cometido por la PJ. 335

3.8.2.2. La prescripción de la pena impuesta a la PJ. 337

3.8.3. El indulto de la PJ. 338

3.9. ASPECTOS PROCESALES DE LA RPPJ. 339

3.9.1. Los derechos procesales de la PJ. 342

3.9.1.1. El derecho de defensa de la PJ. 344

3.9.1.1.1. El derecho de acceso adecuado al proceso. 345

3.9.1.1.2. El derecho a la asistencia de Letrado. 348

3.9.1.2. El derecho de la PJ a la no autoincriminación. 350

3.9.1.3. El derecho a la presunción de inocencia de la PJ. 353

3.9.2. Jurisdicción y competencia. 361

3.9.2.1. Criterios territoriales de atribución de la jurisdicción y de la competencia. 362

3.9.2.2. Criterios objetivos y funcionales de la atribución de la competencia. 366

3.9.3. Representación y Defensa de la PJ. 368

3.9.4. Las medidas cautelares aplicables a la PJ. 375

3.9.5. La conformidad de la PJ. 378

3.9.5.1. El régimen de conformidad de la PJ. 378

3.9.5.2. Cuestiones de interés práctico que plantea la conformidad de la PJ. 380

3.9.5.2.1. Aspectos de Política Criminal. 381

3.9.5.2.2. La aplicación a la PJ del régimen de la conformidad del Procedimiento Ordinario y del correspondiente a los "Juicios rápidos". ... 384
3.9.5.2.3. La designación del representante de la PJ a efectos de conformidad. ... 385
3.9.5.2.4. La conformidad "por separado" de la PJ. ... 386
3.9.5.2.5. Las consecuencias de la conformidad de la PJ. ... 388

DELITOS ELECTORALES Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS ... 391

4.1.- INTRODUCCIÓN. ... 391

4.2.- ¿Resulta procedente la existencia de un régimen de responsabilidad penal para los Ppols? ... 392

4.3.- ¿Es oportuna la introducción de la "delincuencia electoral" en el inventario de las infracciones susceptibles de actuar como requisito para la RPPJ, en especial en referencia a los Ppols y, caso de serlo, cuál debería ser su alcance? ... 408

4.4.-¿Existe alguna especialidad en materia de culpabilidad para la responsabilidad penal del Ppol? ... 418

4.5.- ¿Qué peculiaridades suscitan los requisitos legales exigidos para la existencia de responsabilidad penal del Ppol en materia electoral? ... 424
4.5.1.- En orden al delito precedente. El caso especial del delito de financiación ilegal de los Ppols. ... 424
4.5.2.- En orden a la PF autora del delito precedente. ... 438
4.5.3.- En orden a la exigencia de que el delito precedente se cometa en representación, por cuenta o en las actividades propias del Ppol y por su cuenta. ... 441
4.5.4.- En orden a la necesaria existencia de un beneficio directo o indirecto para el Ppol en cuyo seno se comete el delito precedente. ... 443

4.6.- ¿Qué penas son más adecuadas como respuesta a la responsabilidad penal del Ppol? .. 445

4.7.- ¿Qué características especiales ofrecen los programas de cumplimiento ("compliances") de un Ppol? ... 447

4.8.- ¿Existen especialidades procesales en el régimen de responsabilidad penal del PPOL? . 454

TESIS ... 457

I.- DELINCUENCIA ELECTORAL: ... 457

II.- LA RPPJ: ... 458

III.- RESPONSABILIDAD DEL Ppol EN LA DELINCUENCIA ELECTORAL. ... 467

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA ... 474

“DELINCUENCIA ELECTORAL Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS”

- I -

INTRODUCCIÓN

1.1. OBJETO Y JUSTIFICACIÓN DEL PRESENTE TRABAJO.

1.1.1. Generalidades:

El trabajo que aquí se presenta intenta ofrecer una respuesta fundada a los diversos problemas que suscita la incorporación (LO 7/2012) de los Partidos políticos como Personas jurídicas susceptibles de incurrir en responsabilidad penal (LO 5/2010) en relación con las disposiciones penales contempladas en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LO 5/1985).

Ya la existencia misma de una posibilidad de condena, y más aún de una condena de naturaleza penal, a un Partido político (Ppol a partir de ahora) puede ser fuente de diversas e inquietantes dudas interpretativas de señalado interés, especialmente a la vista de las consecuencias que conllevan algunas de las sanciones previstas en este ámbito de nuestro ordenamiento.[1]

Para percibir la existencia de factores que pueden complicar seriamente los efectos de la inclusión, en el sistema penal español, del Ppol como sujeto penalmente responsable,

[1] Art. 33.7 CP. Apartado introducido en el CP por la LO 5/2010.

destaquemos no sólo la posibilidad de aplicación de la disolución del Partido[2], con la gravísima consecuencia del impedimento, a semejanza de lo previsto en la LO 6/2002, de 27 de Junio, de Partidos Políticos[3], para la creación posterior de una nueva persona jurídica (PJ a partir de ahora) con distinta denominación pero semejante contenido del de la disuelta, a la que alude expresamente el art. 130.2 CP[4], sino también los efectos en los que otras sanciones igualmente previstas en el correspondiente catálogo incurren, tales como la suspensión de actividades, el cierre de locales o establecimientos, la privación de subvenciones públicas e, incluso, la intervención judicial con su trascendencia evidente para la vida y actuación de la organización política.[5]

---

[2] Art. 33.7 b) CP.

[3] Art. 12. Efectos de la disolución judicial:

1. *La disolución judicial de un partido político producirá los efectos previstos en las leyes y, en particular, los siguientes:*

a) *Tras la notificación de la sentencia en la que se acuerde la disolución, procederá el cese inmediato de toda la actividad del partido político disuelto. El incumplimiento de esta disposición dará lugar a responsabilidad, conforme a lo establecido en el Código Penal.*

b) *Los actos ejecutados en fraude de ley o con abuso de personalidad jurídica no impedirán la debida aplicación de ésta.* ***Se presumirá fraudulenta y no procederá la creación de un nuevo partido político o la utilización de otro ya inscrito en el Registro que continúe o suceda la actividad de un partido declarado ilegal y disuelto.***

c) *La disolución determinará la apertura de un proceso de liquidación patrimonial, llevado a cabo por tres liquidadores designados por la Sala sentenciadora. El patrimonio neto resultante se destinará por el Tesoro a actividades de interés social o humanitario.*

2. *Corresponde a la Sala sentenciadora asegurar, en trámite de ejecución de sentencia, que se respeten y ejecuten todos los efectos previstos por las leyes para el supuesto de disolución de un partido político.*

3. *En particular,* ***corresponderá a la Sala sentenciadora, previa audiencia de los interesados, declarar la improcedencia de la continuidad o sucesión de un partido disuelto a la que se refiere el párrafo b) del apartado 1, teniendo en cuenta para determinar la conexión la similitud sustancial de ambos partidos políticos, de sus estructura, organización y funcionamiento, de las personas que las componen, rigen, representan o administran, de la procedencia de los medios de financiación o materiales, o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo, permitan considerar dicha continuidad o sucesión en contraste con los datos y documentos obrantes en el proceso en el que se decretó la ilegalización y disolución****. Además de las partes de este proceso, podrán instar el pronunciamiento de la Sala sentenciadora el Ministerio del Interior y el Ministerio Fiscal, en el supuesto de que se presente para su inscripción conforme a lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de esta Ley Orgánica.*

4. *La Sala sentenciadora rechazará fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen abuso de la personalidad jurídica, fraude de ley o procesal.*

[4] Art. 130.2 CP: *"La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.*

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos."

[5] Art. 33.7 c) a g) CP.

Aspectos todos ellos, como puede fácilmente advertirse, de muy compleja aplicación en el supuesto de exigencia de responsabilidad penal al Ppol a causa de sus características, contenido, naturaleza y finalidad tan específicos, dentro del conjunto de las personas jurídicas.

No agotándose, por otra parte, dicha especificidad tan sólo en lo relativo a las sanciones aplicables a los partidos políticos y a sus efectos, puesto que los grandes interrogantes que suscita el régimen general de esta nueva clase de responsabilidad penal, tales como el fundamento de la culpabilidad de la PJ o la correcta ubicación de la tipicidad de la conducta merecedora de punición, también habrán de propiciar un análisis concreto, con sus expresas peculiaridades, en lo relativo al Ppol como sujeto activo de la infracción.

Por ejemplo, ciertos elementos contenidos en la norma con carácter de requisitos para la exigencia de esta clase de responsabilidad, como el de la identificación de la Persona física (PF, a partir de ahora) autora del delito originario con uno de los dos grupos que se contemplan en el art. 31 bis CP, es decir, Representantes, Administradores o en general Responsables, con capacidad de decisión, de la PJ o subordinados jerárquicos a los anteriores, en cuanto a la especialidad del Partido político suscitan originales incertidumbres, cual la de la necesidad de dilucidar si los actos realizados por los cargos públicos electos, integrantes de un determinado Partido, pueden considerarse, desde este punto de vista de la caracterización del sujeto autor de la infracción, como susceptibles de generar responsabilidad para la PJ.

Pero no sólo en el ámbito sustantivo surgen tantos interrogantes como los que brevemente se acaban de enumerar, y que representan tan sólo algunos pocos ejemplos de la más compleja realidad que más adelante precisaremos, sino que en el terreno de lo procesal y en relación con el Ppol se reproducen, aunque de nuevo con matices distintos y merecedores por tanto de análisis específico, los problemas generales de la articulación del procedimiento penal para la determinación de la responsabilidad penal de la PJ (RPPJ a partir de ahora).

Para comprender hasta qué punto merecerá también la pena realizar en el presente estudio alguna incursión en materia procesal, con el ánimo de buscar y ofrecer solución interpretativa a los correspondientes problemas prácticos, pensemos por ejemplo en la

importantísima cuestión relativa a la forma de designación del representante en Juicio del Ppol sometido al procedimiento, teniendo en cuenta además que habría de ser la persona que dirija la estrategia de defensa de su representada, incluso cuando la misma haya de suponer, en caso de conflicto de intereses con los miembros directivos de la organización, las revelaciones y aportación de material probatorio que pudieran ser utilizados como prueba de cargo contra éstos,[6]

O, en otro orden de cosas, la posibilidad de vigencia de los contenidos del principio "*nemo tenetur*" y, en especial, del derecho a la no aportación de pruebas autoincriminatorias, para el caso del sometimiento al proceso penal de la PJ, en general, y del Ppol en concreto.[7]

Pues bien, no solamente se pretenden abordar, con carácter general, los problemas aplicativos de la RPPJ al caso concreto del Ppol, sino que la intención del presente trabajo doctoral abarcará también, con carácter previo, un terreno muy poco estudiado hasta hoy por la doctrina: el de la denominada *"Delincuencia electoral"* contemplada, con carácter de norma penal especial, en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, LOREG (LO 5/1985, de 19 de Junio), que tanta relación obviamente mantiene con la actividad del Ppol, aún cuando se debe indicar que en la actualidad, de forma sorprendente, no se haya incluido ninguno de los tipos delictivos relacionados con lo electoral en el catálogo de posibles supuestos de RPPJ, ni tan siquiera tras la incorporación de tales organizaciones a este nuevo régimen de responsabilidad penal por la LO 7/2012, ya antes citada, o en la más reciente reforma de la LO 1/2015 que, por cierto, sí que contempla esa especial responsabilidad para el delito de financiación ilegal de los partidos políticos que igualmente incorpora "ex novo" al CP.[8]

---

[6] Art. 31 quáter CP: *"1. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:*
a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
… …. … …"

[7] Vid. apdo. 3.9.1.2 posterior y, entre otros, HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables", Diario La Ley num. 7427, 18 Jun. 2010, pag 14 y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor", Diario La Ley, num. 7501, 3 Nov. 2010, pag. 11.

[8] Arts. 304 bis y ter CP. Vid. Apdo. 4.5.1.

Así, una vez repasado el contenido y régimen de tales figuras delictivas y enumerados los distintos problemas de interpretación y aplicación a las mismas de su régimen penal especial[9], se concluirá poniendo a esas infracciones en relación con la eventualidad, de "*lege ferenda*" hoy y presumiblemente de "lege data" en breve, de la responsabilidad del Ppol a causa de la comisión por alguna de las personas físicas que lo integran de una acción delictiva de esta clase.

Con todo ello lo que se pretende no es otra cosa que ofrecer el más amplio abanico posible de opciones interpretativas, debidamente fundadas, tanto en relación con las peculiaridades del Ppol, en su condición de PJ susceptible de responsabilidad penal, como respecto de la posible actuación infractora de sus miembros en el concreto campo de la actividad electoral.

Objetivo de la presente tesis será, en definitiva, el de proporcionar elementos de análisis y criterios interpretativos, en forma de concretas conclusiones, para la aplicación al Ppol de las responsabilidades previstas en el art. 31 bis CP, y concordantes, con motivo de la comisión en su seno de alguna de las infracciones descritas en los arts. 135 a 152 LOREG.

Y ello ha de incluir, siempre en referencia al caso concreto del Ppol, desde la valoración de las diferentes doctrinas acerca de la construcción de una teoría de la culpabilidad de la PJ como responsable penal, hasta el análisis de las repercusiones que la imposición de cada una de las sanciones integradas en el catálogo del apdo. 7 del art. 33 CP puede suponer para este tipo concreto de organizaciones, pasando por la identificación correcta de la tipicidad de la conducta punible en estos casos o el estudio de las infracciones electorales que habrían de incorporarse al repertorio cerrado de supuestos sujetos a la Responsabilidad penal del Partido, como PJ.

Sin olvidar por último, obviamente y como ya antes adelantábamos, una atención muy específica a las necesidades de orden procesal precisas para un correcto desarrollo en la tramitación del enjuiciamiento de los comportamientos presuntamente delictivos del Ppol en el ámbito de la delincuencia electoral y que, por supuesto, tampoco se agotan en la breve relación de supuestos a los que hicimos referencia líneas atrás.

[9] A los graves defectos técnicos de esta Legislación que más adelante se analizará, se han referido numerosos autores, por ej. JIMÉNEZ DÍAZ, MªJ., "Delitos electorales. Su configuración según la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de Junio", en "Comentarios a la Legislación Penal", Tomo XVI, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994, pag. 24 o MUÑOZ CONDE, F., "Delitos electorales", en "Comentarios a la Legislación Penal", tomo II ("El Derecho Penal del Estado Democrático"), Madrid 1983, pag. 465.

1.1.2.- Relación de cuestiones concretas a abordar:

Continuando con la exposición anterior, de carácter eminentemente introductorio, pero persiguiendo ahora una mayor concreción de objetivos, pasemos a enumerar las cuestiones en torno a las cuales va a versar nuestra actividad investigadora.

Se trata de identificar, desde aquí, aquellos contenidos que van a marcar la línea argumental de las páginas que siguen. Y lo haremos siguiendo el mismo orden de su ulterior tratamiento, agrupadas en los diferentes ámbitos de interés, es decir, la delincuencia electoral, el régimen de RPPJ y, por último, el engarce de esta responsabilidad, vinculada al Ppol, con los supuestos delictivos de significado electoral.

1.1.2.1.- Cuestiones relativas a la delincuencia electoral:

- La descripción de lo que en la actualidad configura la denominada *"Delincuencia Electoral"* en la legislación española debe ocupar el lugar inicial de este trabajo, así como sus características esenciales tales como el bien jurídico objeto de protección en las figuras que la integran o las cuestiones que suscita su naturaleza como "Derecho Penal especial", en razón a su ubicación normativa, los problemas que ello puede suscitar, así como las razones que justifican este tratamiento específico o las que aconsejarían su inclusión en el Texto punitivo general.

- La estructura de ese régimen especial, según se contiene en la LOREG, con la sistematización de las figuras delictivas que lo componen y una especial atención a las reglas y disposiciones comunes, sustantivas y procesales, que a las mismas se acompañan dentro de su específica regulación legal, junto con el examen y la crítica que todo ello merece.

- Las características, comunes e individuales, de los distintos grupos que integran los tipos delictivos de carácter electoral (supuestos de delitos especiales propios, descripciones con base en conductas omisivas, normas penales en blanco, etc.) y el posible paralelismo que los mismos trazan en relación con las figuras contempladas en el Código

Penal, las vinculaciones entre unos y otros y su examen comparativo.

1.1.2.2.- Cuestiones relativas a la responsabilidad penal de la PJ:

- En primer lugar deberá analizarse la necesidad o conveniencia de la presencia de un sistema de RPPJ en nuestro ordenamiento, especialmente teniendo en cuenta el balance entre los indudables problemas, interpretativos y aplicativos que esa incorporación ocasiona y las ventajas, desde el punto de vista tanto de los fines específicos del Derecho Penal como de Política Criminal.

- A continuación, entrando ya en el círculo de esos problemas a los que nos venimos refiriendo, sin duda la prioridad en su estudio ha de otorgarse al elemento de la tipicidad, descripción legal de la conducta punible de la PJ, a fin de comenzar fijando cuál hemos de entender que es, en realidad, el delito que "comete" la PJ, es decir, si ha de tratarse, como un número importante de autores sostienen, de uno de los distintos supuestos delictivos incluidos en el Libro II del Código Penal en todos aquellos casos en los que se incorpora una previsión normativa expresa de eventual responsabilidad de esta clase, o si, por el contrario, el verdadero tipo delictivo, la infracción que comete la PJ con trascendencia penal, no es otro que el que se contiene en el art. 31 bis de ese mismo Texto legal, repasando los diversos elementos integrantes de dicha previsión típica, incluidas las dos diferentes vías de imputación que en el referido precepto figuran con un carácter y tratamiento, al menos aparentemente, dispar.

- Seguidamente, el turno de análisis corresponderá a lo que realmente constituye el verdadero núcleo del desafío de la introducción de esta especial clase de responsabilidad en nuestro sistema penal: la culpabilidad de la PJ, su naturaleza, requisitos y características propias, lo que nos llevará a la búsqueda de la más adecuada construcción de una culpabilidad propia del caso, útil a los efectos tanto dogmáticos, de justificación y solidez del nuevo régimen, como de identificación de las cuestiones que habrán de ser tenidas en cuenta a la hora de su enjuiciamiento y del pronunciamiento acerca de la atribución, o no, de responsabilidad a la PJ en tanto que "culpable" del hecho acontecido.

- Las consecuencias jurídicas de la RPPJ, penas y responsabilidad civil, también deben

de ser objeto de atención en cuanto a las peculiaridades específicas que ofrecen, en su enumeración en forma de catálogo propio[10] y en las reglas especiales para su determinación en el caso concreto[11], sobre las que a su vez han de proyectarse las previsiones relativas a las atenuantes aplicables a estos casos.[12]

- Por otro lado, la posibilidad de alegación de una circunstancia de exención de la RPPJ, mediante la acreditación de la existencia en la PJ de adecuados mecanismos de control con anterioridad a la comisión del delito por la PJ [13], y las dudas prácticas que ello suscita, es otra cuestión de indudable interés.

- Finalmente, no podemos olvidar el repaso a aquellas cuestiones de carácter procesal que más dudas suscitan en el régimen aplicativo de la responsabilidad penal de la PJ, tales como las que anteriormente ya se mencionaron en relación con la designación de quién ha de llevar sobre sí la responsabilidad y el protagonismo de dirigir la defensa de la PJ sometida al procedimiento, el alcance en estos casos del principio "nemo tenetur", la especial regulación de la conformidad, etc.

1.1.2.3.- Cuestiones relativas a la responsabilidad penal del Ppol en materia de delincuencia electoral:

- Las características peculiares del Ppol como PJ penalmente responsable y los motivos que pueden justificar o desaconsejar, en su caso, esta posibilidad de responsabilidad penal.

- Las especialidades que aparecen en la aplicación al Pp del régimen general de RPPJ, desde las notas concretas de su tipicidad hasta la valoración del elemento de culpabilidad del Partido, pasando por las notas distintivas que la imposición de las diferentes consecuencias jurídicas, penas y responsabilidad civil, en estos casos se suscitan.

[10] Art. 33.7 CP.
[11] Art. 66 bis CP.
[12] Art. 31 quáter CP.
[13] Art. 31 bis 2 CP.

- La proyección de los problemas procesales de referencia sobre la especificidad del Ppol como PJ sometida a juicio.

- Y, por último, el tratamiento de esa responsabilidad penal del Ppol en lo que al ámbito de la *"Delincuencia Electoral"* pudiera referirse, la necesidad o conveniencia de su expresa previsión legal y los problemas derivados de esa concreta responsabilidad en relación con esta clase de infracciones punibles, el alcance, la extensión y las cuestiones que a propósito de ello se plantean.

1.2. PRECISIÓN PREVIA:

En definitiva, de lo que se trata realmente es de presentar, a través del estudio de todas las cuestiones que preceden, y de las que pudieran vincularse con ellas, un panorama lo más amplio y completo de las dos materias elegidas para esta tarea: la *"Delincuencia Electoral"* y la responsabilidad penal, como PJ, del Ppol.

Para lo cual, evidentemente, no resultará necesario un análisis exhaustivo y en profundidad de todas y cada una de las cuestiones que acaban de enumerarse, sino tan sólo en aquello que pueda resultar de verdadero interés para el fin principal perseguido, que no es otro que el ya adelantado de desvelar los aspectos esenciales de la manifestación de la responsabilidad propia del Ppol en el escenario de la *"Delincuencia Electoral"* con una vocación decididamente dirigida también al trabajo del penalista práctico.

Y todo ello partiendo, obviamente, de la norma positiva española hoy vigente[14], a fin de ofrecer criterios que pudieran resultar eminentemente útiles a la hora de su aplicación al supuesto concreto e intentando aportar soluciones, razonables, sólidas y útiles que contribuyan a esa tarea, pero sin despreciar tampoco la formulación de sugerencias y propuestas de "lege ferenda" cuando, a nuestro juicio, ello resultare conveniente, en aras a un mejor tratamiento de esta materia.

[14] Arts. Arts. 135 a 153 LOREG y 31 bis ss. y concs. CP.

Contando en la actualidad, para tal fin, con los contenidos de los primeros pronunciamientos judiciales al respecto[15] (SSTS 451/2015, de 2 de Septiembre, 154/2016, de 29 de Febrero, la 221/2016, de 16 de Marzo, 516/2016, de 13 de Junio y la de 3 de Noviembre de 2016[16]) que marcan los pasos iniciales en la compleja tarea de la interpretación y aplicación práctica del régimen de RPPJ en nuestra Nación.[17]

---

[15] El aparente retraso en la aparición de los primeros pronunciamientos ha sido lúcidamente explicado por DEL MORAL de la siguiente forma: *"No es significativo. No debe despertar extrañeza. Obedece probablemente a la morfología de los delitos a los que afecta esta responsabilidad penal. Son habitualmente infracciones cuya investigación y tramitación suelen ser complejas y premiosas. La penuria de práctica aplicativa, bien miradas las cosas, no es sorprendente. Los delitos que pueden generar responsabilidad penal de una persona jurídica en general no son de aquellos que accedan con rapidez a los Tribunales. Desde su comisión hasta que se produce su descubrimiento e incluso –delincuencia económica- hasta que la víctima decide acudir a un Juzgado, ordinariamente transcurre un cierto tiempo, mayor o menor. Pero no son de aquéllos que se descubren o denuncian inmediatamente. Solo pueden ser enjuiciados la luz de la nueva normativa delitos cometidos después del 23 de diciembre de 2010. Y la fase de instrucción con frecuencia no es sencilla y tiende a alargarse."* [vid. DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Notas con ocasión de la Reforma de 2015." Revista del Ministerio Fiscal 0 (2015), pags. 215 y ss.].

[16] Junto con otras de la denominada "Jurisprudencia menor", o de las Audiencias, de contenido muy irregular y en general poco satisfactorio, comenzando por las de la SAN de 17 de Noviembre de 2014, sobre tráfico de drogas, casada por la referida STS 154/2016, SAP de Albacete de 7 de Enero de 2014, sobre estafa, SAP de Barcelona de 19 de Febrero de 2014, sobre medio ambiente, SAP de Madrid de 17 de Diciembre de 2014, sobre estafa impropia, casada por la STS mencionada 514/2015, SAP de Navarra de 22 de Marzo de 2016, SAP de Madrid (Secc. 2ª) de 28 de Abril de 2015, SAP de Pontevedra de 15 de Marzo de 2016, SAP de Zaragoza de 22 de Septiembre de 2016, SAP de Madrid de 13 de Octubre de 2016, SAP de Barcelona de 14 de Diciembre de 2016, etc.

[17] Según GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., consecuencias importantes de la STS 221/2016 serían las siguientes: *"1. Las sentencias condenatorias de personas jurídicas deberán contener una fundamentación específica respecto de la propia persona jurídica que no se aparte del principio de culpabilidad. 2. La interpretación del sistema español de responsabilidad penal de la persona jurídica deberá ser conforme a los principios inspiradores del Derecho penal. 3. La presunción de inocencia respecto de la persona física no comporta, automáticamente, la ausencia de responsabilidad penal de la persona jurídica."* [vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura", Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pag. 48 y, en el mismo sentido, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aviso a navegantes judiciales", Diario La Ley num. 6051, de 26 de Octubre de 2015, pag. 13.., o "El TS analiza la responsabilidad penal de las empresas", en El Economista Iuris&Lex de 8 de Abril de 2016)].

Existen igualmente numerosísimos artóculos periodísticos acerca de la STS 154/2016 (por ej. "Primera condena penal del Supremo a tres empresas", Diario Expansión del 1 de Marzo de 2016, pag. 33) así como varios resúmenes monográficos relativos a dicha Resolución, algunos totalmente acríticos y apegados a la simple literalidad, como VELA MOURIZ, A., "Las claves de la primera condena penal del TS a Personas Jurídicas (STS 154/2016, de 29 de Febrero)", Diario La Ley num. 8713, 2 de Marzo de 2016, y otros, por ej. GÓMEZ TOMILLO, M., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín", Diario La Ley num. 8747, 22 de Abril de 2016, con un intento de mayor profundidad analítica, aunque incurriendo, en mi modesta opinión, en diferentes errores, probablemente debidos a un exagerado seguidismo de los contenidos del VP de la referida Sentencia sin el reposo necsario en su lectura previa, como cuando afirma, sin mayor argumentación, que *"…es claro que el sistema español lo que ha previsto son diversos crimina societatis"* (pag. 6); al afirmar algo tan insólito y contradictorio como que *"…es perfectamente que haya debido control y no cultura de respeto y a la inversa que no haya debido control y sí cultura de respeto"* (pag. 7), reincidiendo en el error del propio VP al atribuir incongruencia entre los fundamentos de la mayoría y su pronunciamiento condenatorio (pag. 8), obviando que la cuestión de ausencia de control fue admitida en todo momento por las defensas, según se refiere explícitamente en los párrafos primero y décimo tercero del apatado 4) b) del FJ Octavo, además del carácter expreso "obiter dicta" de aquellos; atribuyendo a la Sentencia una omisión por *"…dejar por completo en el airela cuestión de la culpabilidad"* (pag. 12), lo que resulta sorprendente no sólo a la vista de la literalidad de la motivación sino incluso por el hecho de que el propio autor del artículo previamente critica la posición

Sentencias que, no obstante, han sido fuertemente criticadas por incluir en su Fundamentación jurídica criterios interpretativos "*obiter dicta*", que exceden del contenido propio del "*thema decidendi*" sometido a la Sala en el caso concreto, en especial respecto del fundamento de la culpabilidad de la PJ, los elementos del injusto atribuible a la misma y, en definitiva, los aspectos necesitados de acreditación por la acusación o la defensa.[18]

En las propias Sentencias se expresan las razones para acudir excepcionalmente a esta fórmula, con base en la importante necesidad de ir ofreciendo pautas de interpretación a los Tribunales de Justicia sobre estas cuestiones, tan novedosas y complejas, una vez advertidas las discrepancias que al respecto ya venían produciéndose en los primeros pronunciamientos judiciales sobre la materia. Hermenéutica de la norma positiva que, a su vez, debe de corresponderse con los principios y garantías propios de nuestro sistema penal, especialmente en su dimensión constitucional.

Frente a lo que el hecho de que en la primera de aquellas Resoluciones del TS no se alcanzara en modo alguno la unanimidad en la Sala, no debía ser considerado óbice alguno

---

adoptada en ella acerca de esa culpabilidad; o manifestando que no se ve vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de la PJ (al menos no niega su existencia con lo que parece contradecir la posibilidad de una responsabilidad objetiva propia del sistema de hetero responsabilidad o responsabilidad portransferencia) por el hecho de desplazar la carga de la pueba acerca de la existencia de medidas de control suficientes sobre la Defensa, calificando de "prueba diabólica" la acreditación de este extremo por la Acusación dado su carácter de hecho negativo (pag. 9), sin tener en cuenta no sólo la existencia de elementos negativos de algún delito cuya acreditación sigue atribuyéndose a la Acusación sino otros supuestos, como el de la omisión del deber de cuidado en las imprudencias, respecto de los que resultaría inconcebible sostener que la probanza del debido cuidado corresponde a la defensa. Y, finalmente, al concluir, como crítica a la Sentencia y reproduciendo de nuevo la línea seguida por el VP, que *"…no es posible aceptar que haya vulneración alguna del derecho fundamental a la presunción de inocencia, por el hecho de trasdar a la persona jurídica acusada la carga de la prueba de elementos que sirven para excluir su responsabilidad, permaneciendo en manos de la acusación la carga de acreditar la comisión misma del delito y su conexión con la empresa"* (pag. 10) cuando la propia Sentencia mayoritaria ya dice con claridad que la búsqueda de la causa de exoneración por la PJ ha de hacerse *"…corriendo con la carga de su acreditación como tal eximente."* Mas equilibrado, tanto en lo que tiene de apoyo como de crítica a los recíprocos contenidos de Sentencia y VP es el trabajo de NEIRA PENA, A.Mª, "La aplicación jurisprudencial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Reflexiones sobre la STS 154/2016, de 29 de febrero, primera sentencia de condena del Ts frente a una persona jurídica", Diario La Ley num. 8736, de 7 de Abril de 2016.

En relación con ambas Resoluciones, SSTS 154 y 221/2016, artículos como el de GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Delito corporativo y responsabilidad penal de las personas: un desarrollo coherente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Diraio La Ley num. 8830, de 23 de Septiembre de 2016.

[18] Vid. en este sentido, y entre otros, DEL ROSAL BLASCO, B., "Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y sobre la Circular num. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado", Diario La Ley nº 8732, 1 de Abril de 2016 y DOLZ LAGO, M.J., "Primera Sentencia condenatoria con doctrina general sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Análisis de los requisitos del artículo 31 bis CP/2015. Organización criminal que opera a través de mercantiles dedicadas a la exportación e importación internacional de maquinaria con droga oculta en su interior. Votos discrepantes", Diario La Ley num. 8796, de 5 de Julio de 2016.

pues, en definitiva, la doctrina ya quedaba restringida a dos posibles interpretaciones, en el fondo no tan dispares[19] y punto de partida para ulteriores aproximaciones y, desde ahí, a la consolidación futura de una única posición, como ya ha empezado a alcanzarse con los siguientes pronunciamientos contenidos en la STS 221/2016, suscrita, sin Voto Particular alguno, por una Sala compuesta por tres Magistrados adscritos a la inicial posición mayoritaria junto con otros dos discrepantes.

Acerca de cuál ha de ser la verdadera función del Tribunal de Casación ante novedades legislativas de este calado, es decir, si debe esperar a resolver los planteamientos de las cuestiones que pudieran írsele sometiendo, para su tratamiento paulatino, o si cumple mejor con una finalidad de seguridad jurídica, el adelantar criterios que iluminen el camino de los Tribunales de Justicia desde un principio, no es éste el momento ni el lugar para su debate, quedándonos con el criterio de la "exigua mayoría" de la STS 154/2016 que, obviamente, compartimos sin reservas, sirviéndonos de guía esa opinión mayoritaria, y el contenido producto de tal decisión, a la hora de examinar los diferentes aspectos relativos a la RPPJ.

[19] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora", Diario La Ley num. 8724, de 17 de Marzo de 2016.

II

DELINCUENCIA ELECTORAL

2.1. INTRODUCCIÓN

2.1.1. Características generales de la Delincuencia electoral:

Por "delincuencia electoral" se conoce, en nuestro ordenamiento, al conjunto de tipos penales que, referidos al ámbito de la actividad electoral, presentan una serie de características que les aglutinan entre sí y distancian del resto de ilícitos punibles contemplados en la Legislación, características tales como la identidad del ámbito en el que su comisión se sitúa, la proximidad de bienes jurídicos protegidos o el lugar que ocupan dentro del inventario general de los textos legales.[20]

2.1.1.1. El ámbito de la delincuencia electoral.

Así, en primer lugar, los "delitos electorales", como su propia denominación ya indica, se configuran en relación con una determinada actividad pública: el proceso electoral.[21]

En el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, de 19 de Junio (LOREG), se alude al *"proceso electoral"* como *"el procedimiento de emanación*

[20] Delincuencia electoral es, por tanto, la colección de tipos penales contemplados en la LOREG, como Ley penal especial, y las reglas comunes de aplicación, sustantivas y procesales, que en el mismo texto se contemplan (arts. 135 a 153) integradas en la regulación general del CP, en aquello que les resulten de aplicación como norma supletoria.

[21] O "sistema electoral", en el sentido de *"...conjunto de reglas y procedimiento conforme a los cuales se convocan y celebran las elecciones, se asignan los escaños a tenor de los votos obtenidos por las candidaturas y se resuelven los recursos a que todo este proceso diere lugar"*, TORRES DEL MORAL, A., "Estado de Derecho y Democracia de Partidos", Madrid, 1991, pag. 370.

de la voluntad mayoritaria del pueblo en las diversas instancias representativas en las que se articula el Estado español."

Por otra parte, de entre las numerosísimas definiciones doctrinales al respecto, podemos citar, a modo de ejemplo, la siguiente:

"Conjunto de elementos que hacen posible la democracia representativa y que culmina en la de la representación del conjunto de los ciudadanos de un Estado a favor de los miembros que componen los órganos representativos de ese Estado."[22]

En cualquier caso, lo cierto es que el "proceso electoral", como adelantábamos, es el escenario en el que se inscriben aquellas conductas que, debidamente tipificadas, integran el catálogo de los "delitos electorales", de modo que esa relación con dicho "proceso" constituye el primero de los elementos que sirven de base a esta categoría de figuras penales.

2.1.1.2. Bien jurídico protegido.

A su vez, la vinculación de los bienes jurídicos protegidos en estos supuestos también se erige en uno de los factores aglutinantes e identificativos del "Derecho Penal Electoral".

En este sentido la cuestión merece, por su importancia, un análisis más detenido.

La exigencia de la constatación de un bien jurídico protegido por la norma penal, al margen de las conocidas posturas críticas acerca de su valor como objeto de protección del Sistema Penal y como fundamento justificativo de las figuras penales y del castigo mismo[23], sigue cumpliendo, a nuestro juicio, una importante y triple misión sobradamente conocida, a saber:

[22] GARCÍA RUIZ, J.L., "Introducción al Derecho Constitucional", pag. 210.
[23] Vid., por ej., la posición de JAKOBS, G. y su teoría de la "protección de la vigencia de la norma", entre otros lugares en "¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege? Contravención y protección: protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma" ("Wie und was schützt das Strafrecht? Widerspruch un Prävention; Rechtsgüterschutz un Schutz der Normgeltung"), texto de la Conferencia impartida en la Fundación Ortega y Gasset, Madrid, el 23 de Mayo de 2003. Traducción de Cancio Meliá, M.

a) La "finalidad axiológica justificante" de la intervención del Derecho Penal, más allá de la mera sanción administrativa, en materias como la que aquí nos ocupa, atendiendo a la importancia o gravedad precisamente de ese bien jurídico perturbado por la acción merecedora de reproche.

b) La "finalidad sistemática de especialidad", como herramienta de agrupamiento y sistematización de los diferentes tipos penales, en orden a su coincidencia en la finalidad protectora de ciertos bienes jurídicos.

c) La "finalidad práctica interpretativa", derivada de la correcta identificación de los bienes jurídicos protegidos por las distintas figuras penales, con lo que ello supone de auxilio en la adecuada exégesis del contenido y significado de cada supuesto.

Pues bien, en el caso de la "delincuencia electoral" una primera hipótesis interpretativa en relación con cuál pudiera ser ese bien jurídico presente tras la generalidad de las infracciones penales contenidas en la legislación especial, nos lleva a considerar que *"...la pureza del proceso electoral es un pilar esencial en un Estado democrático y de derecho, cuya alteración puede modificar la convivencia social y llegar incluso a subvertir de alguna manera el orden constitucional, la amenaza genérica, cumpliendo la finalidad de prevención general, de la imposición de penas a quienes perpetren esas conductas, se adecua plenamente a lo que es exigible para que nazca la ley penal con todas las consecuencias negativas que la misma comporta."*[24]

Por consiguiente, esta primera idea sobre la necesidad de protección de la *"pureza del proceso electoral"* erige a ésta como valor político y constitucional fundamental, ya de por sí justificativo de las decisiones tendentes a la tipificación de todas aquellas conductas que pudieran significar una lesión, directa o indirecta, de la referida *"pureza del proceso"*.

[24] MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA, V. op. cit. pag. 2.

De esta forma *"Los principios de intervención mínima, de subsidiariedad y la consideración del Derecho Penal como ultima ratio, refuerzan la procedencia de tutelar penalmente alguno de los valores que convergen en cualquier proceso electoral."*[25]

No obstante, la polémica continúa. Y así, podemos mencionar diversas posturas, más o menos distantes, respecto de la concreción del bien jurídico común a los "delitos electorales":

- Para algún autor[26] se estaría protegiendo al pluralismo político como valor superior del ordenamiento jurídico[27], otorgando la protección reforzada de los derechos de participación y de libre acceso a la función pública (art. 23 CE)[28] y el papel constitucional del Ppol como vehículo de expresión del pluralismo e instrumento de participación política (art. 6 CE).[29]

- Otros aluden a la pureza y transparencia del proceso electoral en tanto que garantiza la libertad para elegir los cargos públicos y la igualdad de todos para acceder a los mismos.[30]

- Incluso también se afirma que el bien jurídico no es otro que *"el derecho de participación política como forma de ejercicio de la soberanía popular"*.[31]

- No faltan tampoco, por último, los que sostienen que ese objeto de protección es el propio proceso electoral, la libertad de decisión de los electores y la fiabilidad del resultado electoral.[32]

---

[25] ARNALDO ALCUBILLA, E., op. cit. pag. 191.
[26] ARNALDO ALCUBILLA, E. *"El carácter dinámico del Régimen Electoral Español"*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pag. 191.
[27] Art. 1.1 CE. *"España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político."* Vid. SSTC de 8 de Abril y 28 de Julio de 1981 y STS de 7 de Febrero de 1979, entre otras.
[28] Art. 23 CE. *"1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en las elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes."*
[29] Art. 6 CE. *"Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular yson instrumento fundamental para la participación política…"*
[30] Por ej. MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA, V., *"Delitos electorales"*. Diario LA LEY, nº 6887, 20 Feb. 2008, Madrid, pag. 2.
[31] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, M., "Los Delitos electorales. Análisis jurisprudencial del delito de propaganda electoral", en revista@justel.com.

En mi criterio, ya expuesto en anterior ocasión, la cuestión es algo más compleja toda vez que:

"...existirían tres diferentes niveles de bienes u objetos de protección penal en esta clase de infracciones penales.

Un objeto inmediato, en efecto, lo constituirían los diversos elementos del proceso electoral, tal como viene regulado en la norma electoral (LOREG), a cuyos fines y medios concretos, para alcanzarlos, se dirige en este caso la protección que dispensa la norma punitiva, lo que, por otra parte, vendría a suponer un primer argumento de justificación del tratamiento específico de estas conductas infractoras, integrado en la propia Ley electoral.

Pero, junto a ello, qué duda cabe de que, tras la concreta regulación electoral, se alojan valores superiores, de orden constitucional, como los antes expuestos, consagrados esencialmente en los artículos 1, 6 ó 23 de nuestra Constitución. bienes jurídicos, comunes a figuras concretas y ya contenidas en el Código Penal, como la libertad (coacciones), la veracidad documental (falsedades), los intereses económicos del Estado (apropiaciones y distracciones de caudales y fondos públicos), etc.

Nos hallamos, por consiguiente, ante una serie de supuestos más de los denominados "delitos pluriofensivos"."[33]

De hecho, a la hora de referirse a algunas figuras delictivas concretas, como las contenidas en los arts. 149 y 150 LOREG, también se ha distinguido que *"Son diferentes las conductas y diferentes los bienes jurídicos tutelados en las respectivas normas incriminadoras: el buen funcionamiento de la administración pública, con respecto a la corrupción, y el método democrático, con respecto al otro delito."*[34]

En definitiva, podemos concluir en que *"...el bien jurídico protegido por las disposiciones penales contenidas en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General es el*

---

[32] MUÑOZ CONDE, F. y SIERRA LÓPEZ, Mª del V. *"Delitos Electorales"* en "Enciclopedia Penal Básica". Ed. Comares, Granada. 2002, y TODOLÍ GÓMEZ, A. "La actualidad de los delitos electorales". Noticias Jurídicas, Octubre 2010, pag. 1.

[33] MAZA MARTÍN, J.M., "Delitos e infracciones electorales", en "Comentarios a la Ley Orgánica del régimen electoral general y a la Ley Orgánica de referéndum", ed. La Ley, Madrid 2014, pag. 1187.

[34] ROMERO FLORES, B., "Partidos políticos y responsabilidad penal: la financiación electoral irregular." Ed. Atelier, Barcelona 2005, pag. 104.

libre ejercicio de los derechos de sufragio activo y pasivo a través de la celebración de las diferentes elecciones, en el modo y tiempo regulados en la Constitución y en las Leyes."[35]

2.1.1.3. La delincuencia electoral como DP especial.

El tercer ingrediente de la caracterización específica de la *"delincuencia electoral"* es precisamente el que proviene de la "especialidad" de su localización dentro de nuestro ordenamiento, en norma ajena a la propia del sistema codificado penal, en concreto la ya mencionada LOREG.[36]

En esa norma reguladora del ámbito acotado del proceso electoral en su conjunto que, según su propio Preámbulo *"...pretende lograr un marco estable para que las decisiones políticas en las que se refleja el derecho de sufragio se realicen en plena libertad",* se sitúa la regulación específica relativa a los *"delitos electorales"*, en concreto en el Capítulo VIII del Título I, arts. 135 a 153.

Configurándose así este conjunto de tipos penales dentro de la categoría de lo que conocemos como "Derecho Penal especial", al ubicarse su contenido extramuros del Código Penal, aún cuando, como es lógico, guarde con éste una estrecha relación de complementariedad, según iremos comprobando más adelante.

Sin embargo, la "naturaleza especial" del Derecho Penal Electoral es cuestión sobre la que hemos de realizar algunas precisiones.

En efecto, la tipificación de una serie de supuestos delictivos, y las correspondientes previsiones sancionadoras para cada uno de ellos, al margen de la incorporación simultánea de disposiciones complementarias relativas a su aplicación, incluidas algunas de estricto carácter procesal, en una Ley dirigida a la regulación de un ámbito genéricamente ajeno a lo que estrictamente constituye el Derecho Penal, como la LOREG, destinada al régimen

[35] ZÁRATE CONDE, A., "Derecho Penal. Parte Especial", Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pag. 1089.
[36] Cuestión que, como recordaba TODOLÍ GÓMEZ,A., en Noticias Jurídicas, Octubre 2010, fue muy controvertida en 1985 durante la elaboración del texto originario de la LOREG.

electoral, es un ejemplo de lo que se cataloga como "Legislación Penal Especial", a semejanza de lo que también sucede en nuestro ordenamiento respecto de algunas otras materias como la protección de los cables submarinos[37], la navegación aérea[38], el Derecho Penal militar[39] o la represión del contrabando[40].

Aún cuando en el caso que nos ocupa hay que precisar que nos encontramos ante una "Ley penal especial impropia", habida cuenta de que se trata de la inclusión de los preceptos de naturaleza penal en una norma que abarca un contenido más amplio y diferente (el régimen electoral en su conjunto)[41], a diferencia de las "Leyes penales especiales propias", que serían aquellas en las que todo su contenido es penal, tanto sustantivo como ocasionalmente también procesal.

El Código Penal de 1995 presta expresa atención a este fenómeno de dispersión de los contenidos penales, con una clara finalidad de buscar un tratamiento lo más unificado y coherente del sistema en su conjunto.

En este sentido, tres son los preceptos dentro del Código que abordan la cuestión:

- El artículo 9, estableciendo que *"Las disposiciones de este título se aplicarán a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente por aquéllas"*. Es decir, imponiendo la aplicación directa y obligatoria del Título Preliminar sobre *"Las garantías penales y de la aplicación de la Ley Penal"* y la supletoria y complementaria del resto de su articulado.

- La Disposición Transitoria 11ª, que regula la equivalencia entre las penas del nuevo Código y las previstas en las leyes penales especiales.[42]

[37] Ley de 12 de Enero de 1887.
[38] Ley de 24 de Diciembre de 1964, con reformas posteriores.
[39] LO de 9 de Diciembre de 1985, con reformas posteriores.
[40] LO de 12 de Diciembre de 1995, con reformas posteriores.
[41] El mismo carácter tuvieron, según JIMÉNEZ DÍAZ, MªJ., "Delitos electorales. Su configuración según la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de Junio", en "Comentarios a la Legislación Penal", Tomo XVI, Ed Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994, pag. 3 Nota (8), las Leyes electorales de 28 de Diciembre de 1878, 26 de Junio de 1890, 8 de Agosto de 1907 y el RDL 20/1977, de 18 de Marzo.
[42] Disp. Transit. 11ª CP: *"1. Cuando se hayan de aplicar Leyes penales especiales o procesales por la jurisdicción ordinaria, se entenderán sustituidas:*

- La Disposición Derogatoria Única, apartados e) y f), que deja sin efecto en su totalidad expresamente una serie de leyes de carácter especial, vigentes hasta ese momento, como las referidas a la protección de pájaros insectívoros, sobre la propiedad industrial, mendicidad de menores, pesca fluvial, pesca con explosivos y de caza, así como otros preceptos concretos de distintos textos legales, entre los que se suprime la expresión *"…activo y…"*, en relación con la pena de inhabilitación del derecho de sufragio, del artículo 137 de la LOREG. Lo que, por otro lado, supone automáticamente, "sensu contrario", la supervivencia del resto de normas no contempladas en ese catálogo derogatorio, entre las que se encuentran las que son objeto de nuestro estudio.

No obstante, la cuestión verdaderamente importante en este punto no es otra que la relativa a las críticas que la presencia de una norma especial como ésta suscita y la posible justificación, o no, de su existencia separada del Texto codificado.

Es sobradamente conocido cómo la mayoría de la doctrina científica, y también los prácticos del Derecho, tradicionalmente han venido cuestionando la existencia de Leyes Penales especiales, desde el origen del movimiento codificador en el Derecho positivo propio del sistema continental (recuérdense los términos de la célebre polémica al respecto

---

a) La pena de reclusión mayor, por la de prisión de quince a veinte años, con la cláusula de elevación de la misma a la pena de prisión de veinte a veinticinco años cuando concurran en el hecho dos o más circunstancias agravantes.
b) La pena de reclusión menor, por la de prisión de ocho a quince años.
c) La pena de prisión mayor, por la de prisión de tres a ocho años.
d) La pena de prisión menor, por la de prisión de seis meses a tres años.
e) La pena de arresto mayor, por la de arresto de siete a quince fines de semana.
f) La pena de multa impuesta en cuantía superior a cien mil pesetas señalada para hechos castigados como delito, por la de multa de tres a diez meses.
g) La pena de multa impuesta en cuantía inferior a cien mil pesetas señalada para hechos castigados como delito, por la de multa de dos a tres meses.
h) La pena de multa impuesta para hechos delictivos en cuantía proporcional al lucro obtenido o al perjuicio causado seguirá aplicándose proporcionalmente.
i) La pena de arresto menor, por la de arresto de uno a seis fines de semana.
j) La pena de multa establecida para hechos definidos como falta, por la multa de uno a sesenta días.
k) Las penas privativas de derechos se impondrán en los términos y por los plazos fijados en este Código.
l) Cualquier otra pena de las suprimidas en este Código, por la pena o medida de seguridad que el Juez o Tribunal estime más análoga y de igual o menor gravedad. De no existir o de ser todas más graves, dejará de imponerse.
2. En caso de duda, será oído el reo."

entre los grandes juristas Thibaut y Savigny[43]), por las ventajas que ofrece la unificación normativa frente a la dispersión legislativa por sectores y ámbitos con distintos objetos y materias.

Preferencia ventajosa que lógicamente se incrementa de manera notable cuando del Derecho Penal se trata, teniendo en cuenta la superior dimensión, esencial e ineludible, que en él ostenta la seguridad jurídica, en forma de certeza y claridad normativa, ausente de posibles contradicciones sistemáticas y dudas interpretativas.[44]

Razón por la cual todo lo que signifique una diversificación legal, tendente a la existencia de conflictos interpretativos o desajustes entre preceptos incluidos en textos diferentes, privados de la coherencia que les confiere su ubicación en una sola Ley de carácter uniforme y general, no sólo provoca las críticas teóricas y sistemáticas de la doctrina desde antiguo[45] sino que da lugar, a la postre, a graves problemas interpretativos a la hora de la aplicación práctica, forense y jurisdiccional, de tales disposiciones.

Dificultades que, sin duda, también habrán de presentarse en el tratamiento de la "Delincuencia Electoral", como consecuencia de su formulación extramuros del Código Penal.[46]

En este sentido se ha dicho que *"...desde un punto de vista político-criminal preventivo y general, parece conveniente la tipificación expresa y agravada de los delitos más característicos y de más frecuente comisión en un proceso electoral, aunque tal efecto intimidante general podría igualmente conseguirse incluyendo tales ilícitos en el Código Penal al lado de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los delitos de las personas reconocidos por las leyes o en inmediata conexión con ellos."*[47]

---

[43] Alemania 1814: *"Sobre la necesidad de un Derecho Civil general para Alemania"*, THIBAUT, A.F.J. y replicado por *"De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del Derecho"*, SAVIGNY, F.K. von.

[44] Por ej., JESCHECK, H-H y WEIGEND, T., *"Tratado de Derecho Penal. Parte General"*. Ed. Comares, Granada, 2002, pag. 118 o QUINTERO OLIVARES, G., *"Curso de Derecho Penal. Parte General"*. Ed. Cedecs, Barcelona, 1997, pag. 218.

[45] En autores como RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., "Derecho Penal Español. Parte General", Madrid, 1970, que a su vez cita a Antón Oneca (1949), Cuello (1968), Del Rosal (1969) o Jiménez de Asúa (1964).

[46] Vid., al respecto, la crítica contenida en ARNALDO ALCUBILLA, E., op. cit, pág. 194.

[47] MUÑOZ CONDE, F., "Delitos electorales", en "Comentarios a la Legislación Penal", tomo II ("El Derecho Penal del Estado Democrático"), Madrid 1983, pag. 460.

Ahora bien, tales críticas, a mi juicio, tampoco resultan del todo concluyentes en el sentido de privar absolutamente de justificación alguna al hecho de que en los supuestos de delincuencia vinculada a un ámbito específico, como el régimen electoral, pueda verse ésta tratada de manera aislada, fuera del Código Penal e incorporada a la legislación especial que regula el escenario en el que esos ilícitos punibles concretos de que se trate pueden ser cometidos.

Pueden aportarse también argumentos para avalar esta forma de tratamiento de las infracciones o, cuando menos, explicar el por qué de la misma e incluso aconsejar su subsistencia, siempre que ésta cumpla con ciertos principios esenciales, a pesar de la reconocida superioridad que la plena integración en la norma codificada significa.

De esta forma, entre las razones que pueden aconsejar el tratamientos independiente y por separado de tales conductas delictivas, nos hallaríamos en primer lugar con quienes afirman la ventaja que pudiera suponer la mayor agilidad a la hora de llevar a cabo reformas y modificaciones de su texto.[48]

Sin embargo, en el concreto ámbito de lo electoral, parece poco relevante este razonamiento que, si bien pudiera resultar de cierta utilidad en relación con otras materias fuertemente vinculadas a la necesidad de constante adaptación a realidades fenomenológicas y criminológicas muy cambiantes en su evolución (piénsese, por ej,. en la delincuencia relacionada con las nuevas tecnologías), para el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta además las exigencias formales inevitables en la reforma o modificación de cualquier norma de naturaleza penal sea cual fuera su objeto o materia, no parece muy determinante esa necesaria agilidad vinculada a las transformaciones de la realidad, fáctica o jurídica, que constituye su destino, ya que el régimen electoral no se caracteriza precisamente por su falta de estabilidad, sino todo lo contrario.

Ahora bien, sí que parece tener más sentido derivar esa conveniencia de tratamiento independiente de las ventajas que reporta el evitar una regulación dispersa, a lo largo y ancho de todo el articulado del Código Penal, de diferentes figuras delictivas relacionadas con tipos comunes como las falsedades, las coacciones, las apropiaciones indebidas, etc.,

[48] MAZA MARTÍN, J.M., "Delitos e infracciones electorales", en "Comentarios a la Ley Orgánica del régimen electoral general y a la Ley Orgánica de referéndum", ed. La Ley, Madrid 2014, pag. 1184.

cuando, como ya vimos, existe la posibilidad de un tratamiento transversal de las mismas, en torno a un bien jurídico propio, dentro de los diferentes objetos de ofensa, constituido por la preservación de la pulcritud del proceso electoral.

En este sentido, ya sosteníamos en su día que:

"Desde este punto de vista, es muy posible que todo lo que pueda tener de negativo, en la perspectiva del sistema penal en su conjunto, la consagración de la especialidad, se convierte en situación ventajosa por la claridad que aporta, en su concreto ámbito, el tratamiento unitario de figuras típicas muy diferentes, agrupadas en torno a su objeto común de protección, que las identifica y ello a pesar de alguna otra polémica derivada de esta sistemática, como la referida a la extensión de las previsiones penales de la LOREG a la LO 2/1980, de 18 de Enero, sobre Regulación de las distintas Modalidades de referéndum, que se trata en la STS de 25 de Marzo de 2011 y en el Voto Particular que la acompaña."[49]

De hecho, no debe tampoco olvidarse que, si bien la inclusión en la Ley Electoral de preceptos de contenido estrictamente penal aparta a estos de su visión conjunta dentro del Texto punitivo, por otra parte esa inclusión en la norma de referencia permite incardinar las mencionadas normas, y las previsiones penales que las integran, dentro de aquella materia a la que, de forma obligada, han de remitirse y en la que se contemplan, describen y regulan una serie de conceptos y situaciones, propios de lo electoral.[50]

Por lo que puede afirmarse que lo que de sistemático se pierde con esta regulación en lo relativo a su carácter penal, lo gana por otra parte la interpretación y contextualización de los preceptos, en su proximidad e inclusión dentro de la norma general que regula la materia a la que se refieren y de las que se ocupan.[51]

---

[49] MAZA MARTÍN, J.M., "Delitos e infracciones electorales", en "Comentarios a la Ley Orgánica del régimen electoral general y a la Ley Orgánica de referéndum", ed. La Ley, Madrid 2014, pag. 1185.

[50] Según el propio Preámbulo de la LOREG: *"… el artículo 81 de la Constitución establece la necesidad de que las Cortes Generales aprueben con carácter de orgánica, una Ley que regule el régimen electoral general. Ello plantea, de un lado, la necesidad de dotar de un tratamiento unificado y global al variado conjunto de materias comprendidas bajo el epígrafe constitucional «Ley Electoral General» así como regular las especificidades de cada uno de los procesos electorales en el ámbito de las competencias del Estado."*

[51] Planteamiento que, no obstante, es objeto de críticas como cuando se afirma que la pésima técnica legislativa ha conducido a la *"…criminalización de la mera desobediencia de la normativa extrapenal… …omitiéndose una meditada selección de aquellas conductas que vulnerasen bienes jurídicos dignos de protección penal, con*

En esta misma línea se ha dicho, a mi juicio con todo acierto, que *"El resultado final ha sido el de considerar que la singularidad y especialidad de la materia electoral, reclama una regulación completa (así parece deducirse del propio Art. 81.1 de la Constitución) que incluya también la protección penal. En efecto el entendimiento de los preceptos legales que recoge la ley, muchos con la técnica similar a las conocidas como "leyes penales en blanco", se facilita por cuanto la remisión de los preceptos penales es a otros preceptos de la misma ley cuyo rango orgánico elimina el problema de esa técnica, dado que respeta el principio de legalidad penal."*[52]

En definitiva, *"Se trata, por tanto, de una opción legítma del legislador, que considera mejor que la LOREG recoja también los delitos electorales, lo que, sin duda, facilita al intérprete la comprensión de los tipos penales y su encaje en todo el derecho electoral, del que resultan ser la última ratio protectora."*[53]

2.1.2. La estructura general de la regulación de la "Delincuencia electoral" dentro de la LOREG.

Sin perjuicio de dejar en este momento constancia de la opinión, prácticamente unánime, de la doctrina[54] acerca de una necesaria reforma del texto penal especial[55], que resuelva las importantes discrepancias entre la LOREG y el CP en esta materia, ante la clara insuficiencia de la que, en este sentido, hacen gala las incompletas y parciales modificaciones aportadas por la LO 2/2011, de 28 de Enero, y de las que tendremos

respeto al principio de ofensividad y de intervención mínima", ROMERO FLORES, B., "Partidos políticos y responsabilidad penal: la financiación electoral irregular." Ed. Atelier, Barcelona 2005, pag. 27.

[52] CARBONELL MATEU, J.C., "Derecho Penal: concepto y principios constitucionales", Valencia 1986, pag. 116.

[53] MARTÍN MARTÍN, G., "La LOREG y los delitos electorales", en "Estudios sobre la Reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General: la Reforma continua y discontinua", Instituto de Derecho Público, Madrid, 2011, pag. 381.

[54] ARNALDO ALCUBILLA, E., op. cit, pag. 197, MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA, V. "Delitos electorales". Diario LA LEY, nº 6887, 20 Feb. 2008, Madrid, pag. 20 o TODOLÍ GÓMEZ, A. "La actualidad de los delitos electorales", Noticias Jurídicas, Octubre 2010, pag. 14, entre otros.

[55] Las LLOO que han introducido hasta hoy sucesivas modificaciones en la LOREG, en diversas materias, han sido las siguientes: 1/1987, de 2 de Abril; 8/1991, de 13 de Marzo; 6/1992, de 2 de Noviembre; 13/1994, de 30 de Marzo; 3/1995, de 23 de Marzo; 1/1997, de 30 de Mayo; 3/1998, de 15 de Junio; 8/1999, de 21 de Abril; 16/2003, de 28 de Noviembre; 9/2007, de 8 de Octubre; 8/2010, de 4 de Noviembre; 2/2011, de 28 de Enero y 3/2011, de 28 de Enero. De todas ellas tan sólo la LO 6/1992 y la 2/2011 afectan a los delitos electorales.

oportunidad de ocuparnos puntualmente, pasemos a describir, a grandes rasgos y con una finalidad meramente orientativa de nuestra tarea de análisis más pormenorizado ulterior, la estructura general del tratamiento de los "delitos electorales" en la vigente LOREG.[56]

Así, el Capítulo VIII del Libro I de la LOREG se ocupa, según el propio epígrafe que lo encabeza, de los *"Delitos e infracciones electorales"*, comprendiendo los artículos 135 a 153, a su vez distribuidos en cuatro diferentes Secciones.

1) La Primera de tales Secciones, bajo el título *"Disposiciones generales"*, aborda las siguientes cuestiones:

* La definición legal de los conceptos de *"funcionario"* y *"documento oficial"* a los efectos de esta regulación (art. 135).

* La regla especial de aplicación en los supuestos de concursos de normas (art. 136).

* La inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo como pena aplicable a toda esta clase de delitos (art. 137).

* El carácter supletorio y complementario, respecto de esta normativa especial, del contenido del Título Preliminar y del resto del articulado del Código Penal (art. 138).

2) Seguidamente, en la Sección Segunda se contienen las descripciones típicas de las diferentes infracciones penales electorales, que vamos a agrupar genéricamente en:

* Delitos propios de los funcionarios públicos en relación con el ejercicio del derecho de sufragio por los electores:

    * Respecto de su intervención en los diferentes actos del proceso electoral (art. 139).

    * Supuestos de falsedades (art. 140).

[56] Que, por otra parte, mantiene en sus líneas generales el RD 20/1977, antecedente inmediato de las primeras elecciones democráticas tras la conclusión del régimen anterior.

* Delitos cometidos por los electores respecto del ejercicio del derecho de sufragio activo:

    * En relación con los trámites del voto por correo y falsedades (art. 141).

    * En relación con la emisión del voto (art. 142).

* Delitos cometidos por los miembros de las Mesas Electorales en relación con el desempeño de sus funciones (art. 143).

* Delitos en materia de propaganda electoral (art.144).

* Delitos en materia de encuestas electorales (art. 145).

* Delitos referentes a la libertad del ejercicio del derecho de voto:

    * El "cohecho electoral" (art. 146.1).

    * Infracciones contra la libertad de ejercicio del derecho a votar (art. 146.2).

* Delito de alteración del orden del acto electoral (art. 147).

* Calumnias e injurias en campaña electoral (art. 148).

* Delitos cometidos por los Administradores generales y de las candidaturas:

    * Falseamiento de cuentas (art. 149).

    * Apropiación o distracción de fondos electorales (art. 150).

3) A su vez, la Sección Tercera contiene normas de naturaleza procesal:

- Una remisión general a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 151.1 inciso 1º).

- Y tres especialidades:

  * El carácter de urgencia preferente de esta clase de procedimientos (art. 151.1 inciso 2º).

  * La naturaleza pública, sin necesidad de depósito ni fianza, de la acción para perseguir estos delitos. (art. 151.2).

  * La publicación de las Sentencias firmes en el BOE y su remisión a la Junta Electoral Central (art. 152).

4) Finalmente, la Cuarta y última Sección de este Capítulo integrada por un único artículo, el 153, sale del ámbito penal para[57]:

- Identificar como infracción administrativa el incumplimiento de las obligaciones electorales que no sean constitutivas de delito.

- Establecer las cuantías de las sanciones pecuniarias relativas a estas infracciones.

- Fijar la competencia para la aplicación de estas sanciones en la correspondiente Junta electoral (sic).

2.1.3. Breves referencias de Derecho comparado iberoamericano en materia de delincuencia electoral:

Antes de entrar a analizar con más detenimiento el contenido de las normas de la LOREG dedicadas a la regulación de la delincuencia electoral, parece conveniente realizar

[57] La antigua polémica acerca de si estas infracciones podrían tener carácter penal y no administrativo, siendo consideradas como "faltas electorales" (vid., por ej. TORRES DEL MORAL, A., "Principios de Derecho Constitucional Español", vol. I, Madrid 1988, pag. 112) ya fue completamente rechazada en su día con el sencillo argumento de que su sanción no corresponde a un órgano jurisdiccional sino administrativo, como lo es la JEC (JIMÉNEZ DÍAZ, MªJ., "Delitos electorales. Su configuración según la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de Junio", en "Comentarios a la Legislación Penal", Tomo XVI, Ed Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994, pag. 6).

una somera reflexión respecto de cómo se trata esta materia en otros ordenamientos nacionales distintos del nuestro.

Evidentemente no se pretende con ello llevar a cabo un análisis exhaustivo y completo de las disposiciones vigentes en esta materia en diferentes países distintos del nuestro sino tan sólo recopilar unas breves indicaciones sobre las características esenciales de la regulación de la *"delincuencia electoral"* en aquellos sistemas que nos resultan más próximos, por su cultura, historia e idioma, en concreto los de las Naciones que integran la Comunidad Iberoamericana.[58]

Pues bien, dentro de este concreto ámbito de países contamos con una definición acerca de qué es lo que ha de entenderse como "Delincuencia electoral" que, en concreto, se referirá a *"Aquellas conductas, acciones o incluso omisiones atentatorias contra los principios que han de regir un sistema electoral e un Estado democrático y que por su propio carácter peculiar, son definidas y castigadas, por lo general, no en el código penal, sino en la propia ley electoral."*[59]

Si bien hemos de dejar constancia de cómo a pesar de esa última referencia de la definición transcrita a la inclusión de los delitos electorales en una Ley especial no se cumple en países como México o Colombia, en los que la normativa específica se integra en el propio Código Penal, mientras que en otros (El Salvador, Honduras, Perú o República Dominicana) la regulación de las infracciones penales electorales se reparte entre el Código Penal y la legislación electoral.

Existen incluso sistemas (Honduras o Uruguay) en los que la misma Constitución Nacional incorpora preceptos, tanto sustantivos como procesales, referidos a la "delincuencia electoral".

Así mismo, en cuanto al rango de las normas que regulan esta materia, según los diferentes países nos encontramos con disposiciones que precisan para su aprobación una

[58] Para el examen comparativo de tipos penales y sus sanciones correspondientes en los diferentes ordenamientos resulta muy recomendable el examen de las tablas publicadas por FERNÁNDEZ SEGADO, F. y OJESTO MARTÍNEZ PORCAYO, J.F. en "Delitos y Faltas electorales", "Treatise on Compared Electoral Law of Latin America", International IDEA, Estocolmo (Suecia), pags. 1020 a 1071).

[59] "Diccionario Electoral" del Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, IIDH.

mayoría parlamentaria cualificada, como en el caso de Chile, Nicaragua o Venezuela, frente a otros supuestos en los que los preceptos reguladores de este régimen tan sólo tienen rango meramente reglamentario (Ecuador y Guatemala). No obstante, en la mayoría de los casos la exigencia jerárquica se sitúa en el nivel de Leyes ordinarias dentro de su sistema, sin especial reforzamiento o grado superior alguno en su régimen de aprobación parlamentaria.

En referencia ya a las distintas figuras delictivas que se contemplan en estas legislaciones, en general nos hallamos con la de la emisión del voto más de una vez, diversas falsificaciones documentales relacionadas con los procesos electorales, coacciones o sobornos tendentes a alterar la voluntad inicial y libre del elector, propaganda ilegal, abandono de funciones en los órganos electorales, violación del secreto de voto, la negativa injustificada a admitir el voto y los desórdenes públicos en las sedes o con relación al desarrollo del proceso electoral.

Como singularidad puede señalarse la legislación ecuatoriana que es la única que no contempla como delito el ejercicio del voto por el elector más de una vez en las mismas elecciones y que, sin duda, es así mismo el ordenamiento que incorpora menos figuras delictivas, en este ámbito, al no incluirse tampoco ni algunas de las falsificaciones relacionadas con la actividad electoral, ni las coacciones o el soborno respecto del ejercicio del derecho de voto por parte de los electores, ni el abandono de funciones en el proceso electoral o la vulneración del secreto del voto.

Costa Rica es la otra Nación en la que no se castiga como delito electoral específico las coacciones ejercidas sobre el elector para alterar el sentido de su sufragio.

Las distintas posibilidades de sobornos, con la finalidad de alterar el sentido del sufragio, tampoco se incluyen en el catálogo de delitos electorales de países como Argentina, Bolivia, Cuba, Paraguay, Perú o Venezuela.

En cuanto a las falsificaciones de documentos relacionados con el proceso electoral, son infracciones delictivas que se castigan, de una u otra forma, en todos los ordenamientos analizados.

El delito de abandono de funciones relativas al proceso electoral no tiene cabida en ocho de los países analizados, casi la mitad del total de los mismos.

Exclusivamente en la legislación mejicana se tipifican todas las figuras anteriormente enumeradas. En la brasileña tan sólo se omite una descripción genérica de la falsificación de documentos electorales, pero sí que se contemplan una serie de falsedades específicas.

En la mayoría de los sistemas de estos países se incluyen, junto a los delitos, faltas de carácter penal, llegando a castigarse, en algunos casos, con sanciones privativas de libertad, como en Argentina, Costa Rica, Guatemala o Panamá, mientras que en otras legislaciones este tipo de conductas infractoras leves se asimilan a meras infracciones de carácter administrativo castigadas sólo con multa.

Acerca de las sanciones aplicables a los delitos destaca, obviamente, la privativa de libertad, que llega a alcanzar, en algunos casos, una considerable duración, como en Chile respecto de infracciones tales como las falsificaciones registrales, de documentos electorales o de las actas de votación, coacciones o el hecho de votar más de una vez que pueden castigarse hasta con diez años de prisión.

No obstante, las penas de prisión suelen generalmente situarse entre los dos y los seis años de duración.

El catálogo de sanciones se completa con las multas, de distinto carácter y contenido según cada ordenamiento nacional, y las privaciones de derechos (inhabilitaciones, pérdida de empleo, destituciones de cargos públicos, suspensiones de derechos, etc.).

Sin duda, la legislación más benevolente, respecto del castigo de los delitos electorales, es la de Cuba, en la que no existen previstas privaciones de libertad y sí solo sanciones pecuniarias.

Finalmente, y por lo que respecta a las normas de naturaleza adjetiva aplicables al tratamiento procesal esta clase de infracciones, pueden mencionarse las siguientes situaciones y especialidades:

- Argentina, en donde rige la imprescriptibilidad de estos delitos.

- Venezuela, donde cualquier ciudadano está legitimado para denunciar las infracciones.

- Las atribuciones de competencias para el conocimiento de estos delitos a órganos especiales (Argentina, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Panamá, Uruguay o Venezuela).

- Procedimientos especiales para el enjuiciamiento de la "Delincuencia electoral" (Brasil y Ecuador).

- Especialidades propias dentro del procedimiento común (Argentina, Costa Rica y Chile).

2.2. LA REGULACIÓN DE LA DELINCUENCIA ELECTORAL EN LA LOREG.

Como ya se adelantó, los tipos delictivos relacionados con el proceso electoral se encuentran incorporados en nuestro ordenamiento, como Ley penal especial, a la LOREG, en concreto en el Capítulo VIII de su Título I (arts. 135 a 152), junto con algunas otras disposiciones de carácter sustantivo general o procesal que pasamos a examinar separadamente.

2.2.1. Las "Disposiciones Generales" contenidas en la Ley:

Las Secciones Primera y Tercera del Capítulo VIII (*"Delitos e infracciones electorales"*) del Título I (*"Disposiciones comunes para las elecciones por sufragio universal directo"*) de la LOREG, arts. 135 a 138 y 151 y 152 respectivamente, contienen una serie de Disposiciones, de carácter general, que han de resultar de aplicación a esta delincuencia especial en materia electoral y que se refieren, en la primera de esas Secciones, tanto a la concreción explícita del sentido que ha de atribuirse a determinados términos

empleados en el texto legal (funcionario público o documento oficial) como al criterio aplicable ante los posibles conflictos de normas, a la extensión de la pena de inhabilitación a todas las figuras delictivas y al carácter supletorio del Código Penal.

Mientras que por lo que se refiere a los arts. 151 y 152, integrantes de la otra Sección, éstos abordan otras dos normas relativas a cuestiones de procedimiento.

En ambos casos, como queda dicho, nos hallamos ante disposiciones de aplicación general, sustantiva o procesal, a todos los supuestos de delincuencia electoral contemplados en la LOREG.

Comenzaremos, por tanto, por aquellas que integran el primero de tales grupos.

2.2.1.1. Los conceptos de funcionario público y documento oficial en la LOREG:

El primer precepto de las *"Disposiciones generales"* del régimen penal electoral, art. 135 LOREG, comprende dos diferentes apartados definitorios de sendos conceptos de gran utilidad para la interpretación de las normas ulteriores y, en concreto, para la aplicación de las mismas a las conductas susceptibles, de acuerdo con éstas, de ser objeto de enjuiciamiento.[60]

Esos dos conceptos no son otros que los de "*funcionario público*" y "*documento oficial*".

2.2.1.1.1. Concepto de "funcionario público".[61]

[60] Aunque el el Prof. COBO DEL ROSAL, M., entendiera que las normas jurídico-penales contenidas ya en la redacción original de la LOREG en 1985 se caracterizaban por su superficialidad *"Porque es superflua la definición que se ofrece de funcionario público en el número 1 de su artículo 135, purs ya estaban comprendidas las ideas que se recogen en ella por el párrafo 3 del art.119 del Código Penal* (CP de 1973) *y, por tanto, la hacen de todo punto innecesaria, pudiéndose generar notable confusión en la interferencia que produce una ley especial con respecto al ordenamiento jurídico-penal en general."*, en "Comentarios a la legislación penal", EDERSA, Madrid 1984, vol. XVI, pag 11.
Criterio que comparte y mantiene, tras la publicación del CP de 1995 MEDINA MORALES, D., "Delitos e infracciones administrativas en los procesos electorales (Recursos administrativos y judiciales)", Estudios Jurídicos del CEJAJ III-2000, Madrid, pag. 674.

[61] Artículo 135 LOREG: "*1. A los efectos de este Capítulo son funcionarios públicos los que tengan esta consideración según el Código Penal, quienes desempeñen alguna función pública relacionada con las elecciones, y en particular los Presidentes y Vocales de las Juntas Electorales, los Presidentes, Vocales e Interventores de las Mesas Electorales y los correspondientes suplentes."*

La descripción de este término y el contenido que le atribuye el artículo significa, evidentemente, una aclaración ampliatoria[62] con respecto a la definición de "*funcionario público*" que se contempla en el Código Penal.[63]

Y lo hace de una forma que contempla, además de la referencia a *"...los que tengan esta consideración según el Código Penal"* y junto con la enumeración expresa de una serie de supuestos concretos, tales como *"...los Presidentes y Vocales de las Juntas Electorales, los Presidentes, Vocales e Interventores de las Mesas Electorales y los correspondientes suplentes..."*, una cláusula abierta que abarca genéricamente a *"...quienes desempeñen alguna función pública relacionada con las elecciones..."*[64]

De modo que la doctrina puede afirmar que *"...la Ley Electoral lo que hace en su art. 135.1 es ampliar tal concepto (el genérico de funcionario público del CP) a tenor de las tareas que a determinadas personas que participan en el proceso electoral le son encargadas o tienen asignadas legalmente, apreciando que tendrán tal cualidad los que de hecho se hallen participando más o menos permanentemente o temporalmente del ejercicio de funciones públicas y que hayan sido designados para ello, no subordinándose la categoría de funcionario exclusivamente, aprecia atinadamente GOYENA HUERTA, a la calificación administrativa, ni a la relación entre el sujeto activo y la administración pública."*[65]

Hay que tener en cuenta, no obstante, que esta interpretación relativamente expansiva del concepto de funcionario público a toda persona que participe, más o menos directamente, de la actividad pública no es algo restringido al ámbito electoral, cuando advertimos que, interpretando preceptos propios del CP, relativos a infracciones como la

---

[62] Aunque, al contrario, según MEDINA MORALES, D., "Delitos e infracciones administrativas en los procesos electorales (Recursos administrativos y judiciales)", Estudios Jurídicos del CEJAJ III-2000, Madrid, pag. 674, hubiere resultado más *"amplio y aclarativo"* el que la LOREG se remitiera en este punto al art. 24 CP.

[63] Art. 24.2 CP: *"Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas."* Sección Primera del Capítulo IV, Título I, Libro II CP: *"De la falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles y de los transmitidos por servicios de telecomunicación."*

[64] Lo que, según la doctrina, supuso ya, desde el texto originario de la LOREG, una clarificación positiva del contenido del art. 78 del anterior RDL 20/1977. Vid. JIMÉNEZ DÍAZ, MªJ., "Delitos electorales. Su configuración según la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de Junio", en "Comentarios a la Legislación Penal", Tomo XVI, Ed Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994, pag. 8.

[65] MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA, V. Op. cit. pag. 4.

malversación, falsedades, etc., nuestro Tribunal Supremo desde antiguo ha venido siguiendo un criterio semejante, sin restringirlo al estrictamente técnico administrativo de vinculación directa del sujeto con la Administración, como cuando considera con esta condición al soldado cartero accidental[66] o al empleado de un concesionario de servicio público[67], por citar sólo dos ejemplos.

Se trata, en definitiva, de aplicar criterios casuísticos para aquellos supuestos distintos de los literalmente contemplados en la Ley, que por esta cita expresa no ofrecen grandes problemas interpretativos, pero estableciendo, así mismo, alguna limitación que evite una exasperación contraria a las exigencias de la "*lex certa*", dentro del principio de legalidad penal.[68]

En este sentido, aunque inicialmente pudiera parecer que poco aporta la STS de 28 de Abril de 2006, reiterando las anteriores de 24 de Julio y 11 de Octubre de 1993, al afirmar el carácter de funcionarios públicos de Alcaldes y Concejales en relación con el delito previsto en el artículo 146 LOREG, lo cierto es que ese pronunciamiento resulta del todo pertinente o, cuando menos, determinante puesto que hay que observar el grave defecto de técnica legislativa en la que incurre la LOREG al no citar, junto al *"funcionario público"*, la figura de la *"Autoridad"*, a la que sí que menciona el art. 24 CP, en su apartado 1, de modo que, según la interpretación jurisprudencial, ambas figuras habrán de asimilarse como posibles autores de los delitos especiales propios que en el texto electoral se contemplan, ya que, según dicha Resolución, concurre en Alcalde y Concejal la condición de funcionarios públicos a los efectos del tipo delictivo previsto en el art. 146 LOREG, a la vista de lo dispuesto en el art. 135 LOREG, ya que indudablemente participan en las funciones públicas como cargos electos por los ciudadanos *"...sin que quepa traer aquí otras consideraciones del ámbito administrativo, por tratarse de una definición propia y privativa del campo de la norma penal."*

[66] STS de 31 de Octubre de 1992.
[67] STS de 19 de Diciembre de 1999.
[68] Aunque parte de la doctrina critique en este precepto la utilización de expresiones abiertas como la de atribuir la calidad de funcionario público a *"quienes desempeñen alguna función pública relacionada con las elecciones"*, vid., por ej. [68] MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA, V. Op. cit. pag. 4., no obstante puede afirmarse que "es un precepto acertado, ya que resuelve el problema que podría plantear el ejercicio temporal y circunstancial de funciones públicas con el encaje en una definición, la recogida en el Art. 24.2 del Código Penal, que se está refiriendo, al menos en lo que se puede considerar su entendimiento usual, a una estabilidad y permanencia en la función", MARTÍN MARTÍN, G., "La LOREG y los delitos electorales", en "Estudios sobre la Reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General: la Reforma continua y discontinua", Instituto de Derecho Público, Madrid, 2011, pag. 389.

En ello abundaría por otra parte el argumento de que, aún tratándose de cargos electos que no ostentan propiamente la condición de funcionario, desde un punto de vista técnico, sí que sus personas estarían incluidas en aquella cláusula general del artículo que comentamos, de hallarnos, en todo caso, ante sujetos que *"desempeñen alguna función pública relacionada con las elecciones"*.

Caso semejante al de los apoderados de candidaturas cuando desempeñan las funciones contempladas en el art. 77 LOREG, tales como el acceso a los locales electorales, el examen del desarrollo de las operaciones de voto y ulterior escrutinio, la formulación de reclamaciones, protestas, recibir certificaciones, etc. Y especialmente cuando, según lo dispuesto en el art. 79.4 LOREG, sustituyen a los interventores.[69]

En definitiva, para la atribución del carácter de "funcionario público", con las importantísimas consecuencias que de ello se derivan a la hora de integrar los requisitos subjetivos para la posible comisión de los delitos especiales propios contenidos en la Ley en los arts. 139 o 140, al margen de los supuestos expresamente contemplados en la norma, se precisaría sin excusa el desempeño *"...de alguna función pública relacionada con las elecciones"*.

Pero, por otra parte, también parece razonable el establecimiento de un límite a esa descripción, por su desmesurada amplitud, como sería el de la efectiva influencia que tales tareas atribuidas al sujeto puedan realmente tener en el desarrollo y la pureza de la elección.[70]

2.2.1.1.2. Concepto de "documento oficial":[71]

[69] RÍOS PINTADO, J. F. "Los delitos electorales". Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Febrero 2007.
[70] MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA, V. op. cit. pag. 4.
[71] Art. 135 LOREG: "*2. A los mismos efectos tienen la consideración de documentos oficiales, el censo y sus copias autorizadas, las Actas, listas, certificaciones, talones o credenciales de nombramiento de quienes hayan de intervenir en el proceso electoral y cuantos emanen de personas a quienes la presente Ley encargue su expedición."*

En su segundo apartado este art. 135 incorpora la otra de las definiciones legales: la del *"documento oficial"*, restringido en su eficacia, lógicamente, al propio texto de la LOREG.[72]

En este sentido hay que tener presente, en primer lugar, que el concepto de qué ha de entenderse por *"documento"* a efectos penales, incluido el ámbito electoral, se describe en el art. 26 CP[73], con una definición que se caracteriza, por una parte, por la amplitud de la naturaleza del soporte físico en que consista, y de otra por la característica de su trascendencia jurídica, destacando la de su posible relevancia probatoria.

Lo que representa, frente a ello, el contenido del precepto que comentamos es la explicitación, dentro del Derecho Penal electoral, del calificativo de *"oficial"* aplicado al sustantivo *"documento"*, superando en este caso al Código Penal que, a pesar de hacer referencia, dentro de los delitos de falsedades (art. 302 CP) a esta clase de documentos, no aporta definición alguna acerca de qué ha de entenderse por tales.[74]

De hecho, hay que tener en cuenta que cuando se aprueba la LOREG, 1985, la definición genérica de qué haya de entenderse por *"documento"*, a efectos penales, tampoco existía en el Código, ya que ésta fue incorporada por primera vez, en nuestra historia legislativa, en el vigente Código Penal de 1995.

No obstante, la Jurisprudencia penal ha venido considerando como *"documento" "...aquella representación gráfica del pensamiento, generalmente por escrito, creado con fines de preconstitución probatoria y destinado a surtir efectos en el tráfico jurídico"*[75] y, siguiendo la definición del DRAE, *"...cualquier cosa que sirve para ilustrar o comprobar algo"*.[76].

En tanto que el criterio acerca de qué ha de entenderse por documento *"oficial"*, fuera de la LOREG, se ha precisado por la misma doctrina jurisprudencial en Resoluciones

[72] Disposición ésta que ha merecido la crítica favorable de la doctrina. Vid. por ej., MARTÍN MARTÍN, G., "La LOREG y los delitos electorales", en "Estudios sobre la Reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General: la Reforma continua y discontinua", Instituto de Derecho Público, Madrid, 2011, pag. 391.
[73] Art. 26 CP: *"A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica."*
[74] Para GÓMEZ DE LIAÑO COBALEDA, M., en "Legislación Penal Especial. Comentarios, concordancias y jurisprudencia", Madrid 1986, pag. 170, de acuerdo con el precepto de la LIREG y dado su carácter restrictivo respecto del alcance del documento oficial *"...deben ser considerados también aquellos que estén expedidos por particulares y se incorporen a expedientes u oficinas electorales, para producir efectos que afectan al interés público o social."*
[75] STS de 23 de Mayo de 2003.
[76] STS de 13 de Septiembre de 2002.

como las SsTS de 28 de Enero de 2008 ó 5 de Noviembre de 2011, entre otras, cifrándose en que se ha de tratar de *"...aquellos que provienen de las entidades públicas en el desempeño de sus funciones o fines..."*

Por su parte, tanto el Código Civil[77] como la Ley de Enjuiciamiento Civil[78] contienen igualmente referencias genéricas al concepto y características de lo que ha de considerarse como *"documento"*.

Pues bien, regresando al precepto que nos ocupa, el Legislador vuelve a optar, como en el anterior apartado hiciera a propósito del concepto de *"funcionario público"*, por un sistema mixto de enumeración concreta de una serie de documentos que tienen naturaleza *"oficial"* junto con una más amplia y vaga, delimitada por el origen personal del que provienen, cuando se refiere a *"...cuantos emanen de personas a quienes la presente Ley encargue su expedición"*.

Y, de nuevo, la cuestión interpretativa se centra no en los supuestos de documento *"oficial"* expresamente citados en la norma (el censo y sus copias autorizadas, las Actas, listas, certificaciones o credenciales...), sino en aquellos a los que ésta pudiera extenderse con base en esta última cláusula de carácter abierto.

Lo que evidentemente obliga, en primer lugar, a repasar todo el articulado de la Ley para determinar si nos hallamos ante uno de estos documentos pues, a la postre, serían *"documentos oficiales"* prácticamente todos los mencionados en el texto legal.

Por ello vuelve a convertirse en exigencia la fijación de un límite a esa posibilidad de extensión desmesurada del término que, de nuevo, debiera a mi juicio fijarse en el hecho de que se trate de documentos cuya relevancia ejerza verdadera y efectiva influencia en el desarrollo y la pureza de la elección.

No obstante, también habrá que recordar aquellos supuestos en los que la falsedad documental verse sobre un documento, por ejemplo, el de identidad del elector, utilizado ulteriormente para cometer el delito electoral de doble votación, tipificado en el art. 142

[77] Arts. 1216 y ss. CC, acerca de los documentos oficiales.
[78] Arts. 317 LEC, respecto de los documentos oficiales, y 324 LEC, para los privados,

LOREG, que dará lugar a figuras concursales, de carácter instrumental generalmente[79], entre un delito previsto en el Código Penal general y otro en la Ley especial electoral.

2.2.1.2. Regla para resolver los concursos de normas entre la LOREG y el CP.

A su vez, el art. 136 LOREG[80] contiene una regla para resolver las situaciones de concurso de normas (conflictos aparentes de Leyes) cuando unos mismos hechos pudieran ser tipificados como *"delitos comunes"*, incluidos en el Código Penal y, a la vez, como *"delitos especiales"* de carácter electoral, disponiendo que el castigo se corresponda con el de mayor gravedad, siguiendo por consiguiente el criterio de "subsidiariedad" frente al de "especialidad", como ya lo hiciera el RDL 20/1977.[81]

Se trata de una traslación casi exacta del art. 68 del CP de 1973[82], en vigor al tiempo de publicación de la LOREG, lo que quizá de paso explique la mención de las faltas, al final del precepto, cuando, como veremos, la Ley electoral no incorpora infracciones de esta naturaleza.

La única diferencia entre sendos preceptos es la relativa a la ubicación de las normas en conflicto, ambas dentro del propio CP o, en el caso del precepto especial, una norma de ese mismo CP frente a otra de la Ley especial.

Con lo que, en definitiva, parece que, inicialmente, la voluntad del Legislador no era otra que la de excluir la tentación de opción sistemática favorable a la aplicación de la norma especial, precisamente por este carácter de especialidad, en favor de la alternativa que

---

[79] Art. 77 CP que, tras la importantísima reforma producida en este precepto con la LO 1/2015, hoy dice así: *"1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro. 2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado. 3. En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior."*

[80] Artículo 136 LOREG: **"***Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a esta Ley y al Código Penal lo serán siempre por aquel precepto que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos."*

[81] En este sentido ORTS BERENGUER, E., "Consideraciones críticas en torno a los tipos penales del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de Marzo, sobre normas electorales", en Cuadernos de Política Criminal, num. 3/1977, pag. 272.

[82] Art. 68 (CP 1973): *"Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán siempre por aquel precepto que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos."*

supone un castigo más severo de la conducta. Finalidad originaria que, como más adelante veremos, en la actualidad se ha visto claramente frustrada.

En virtud de la regla contenida en el precepto que analizamos resultaría de aplicación aquella norma, la común o la especial, que previera una consecuencia sancionadora mayor para el hecho enjuiciado, teniendo en cuenta que, evidentemente, se estaría, a la hora de establecer tal comparación, a la pena máxima aplicable en cada uno de esos preceptos en juego, pero sin que, en todo caso, pudiera imponerse un castigo inferior al establecido en el supuesto con un límite mínimo superior.

Esta regla concursal resultaba en realidad innecesaria en el momento de su aprobación como integrante de la LOREG, ya que en aquel tiempo, el art. 68 del Código Penal vigente ya contemplaba, según vimos anteriormente, como criterio único para la resolución de toda esta clase de conflictos, cualquiera que fuesen las normas de carácter penal coincidentes, este mismo, doctrinalmente denominado como principio de *"alternatividad"*.

No obstante, en la actualidad este precepto ha pasado de ser una obviedad superflua a constituir un problema interpretativo.

En efecto, en el actual CP de 1995 las reglas para resolver los concursos de leyes se encuentran incluidas en el artículo 8 de este Texto[83], en el que lejos de acogerse, como en el anterior, el *"principio de alternatividad"*, o de la calificación de acuerdo con la infracción más gravemente penada, como criterio único, el mismo se sitúa en último lugar, como "*cláusula de cierre*", sólo para aquellos casos en los que no pudieran aplicarse los tres principios, reglas o criterios que preceden, en concreto, los de *"especialidad"*, *"subsidiariedad"* y *"consunción"* (o *"absorción"*).

La duda interpretativa se suscitaría, por lo tanto, a propósito de la determinación de cuál de ambos preceptos resultan de aplicación en los supuestos de conflictos entre normas contenidas en el CP y en la LOREG. Si debe prevalecer, precisamente por tratarse de una

[83] Art. 8 CP: *"Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:1ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general. 2ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. 3ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel. 4ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor."*

norma "especial", el criterio de la exclusividad de la sanción de acuerdo con el ilícito más gravemente penado, contenido en el precepto que comentamos, o si, por el contrario, las reglas aplicables son las del art. 8, que habría venido a sustituir y tácitamente a derogar a aquel (puesto que este artículo de la LOREG no se contempla expresamente en la Disposición Derogatoria del CP de 1995).

Pues bien, parece incuestionable la opinión de que, efectivamente, el art. 8 CP sustituye y deja sin efecto a este 136 LOREG, y ello porque el art. 9 del actual CP[84], posterior por tanto a la LOREG, impone la aplicación de las disposiciones de su Título Preliminar, en el que se encuentra el referido art. 8, a los delitos penados en las leyes especiales, sin excepción alguna. Y ello junto a la remisión que contiene el art. 138 (del que nos ocuparemos más adelante) al Cap. I del Tit. I del CP, haciendo referencia al vigente en el tiempo de aprobarse la LOREG, que hoy debe entenderse dirigida al Tit. Preliminar del CP de 1995, en el que se encuentra, como decimos, el meritado art. 8.[85]

De modo que, de acuerdo con el primero de los criterios establecidos en este precepto, el de la *"especialidad"*, lo más frecuente será que en los casos de conflictos entre normas contenidas en el CP y en la LOREG, prevalezca la aplicación de estas últimas, al tratarse de supuestos delictivos especiales, aunque su castigo fuere más leve.[86]

Sin embargo, aún cuando el artículo que comentamos aluda tan sólo a los conflictos entre normas contenidas en la Ley especial y el CP, no debe olvidarse que los posibles concursos entre preceptos todos ellos de la propia LOREG habrán de resolverse siguiendo las mismas reglas contenidas en el art. 8 CP, en toda su extensión.

Debiendo además, en cualquier caso, tener igualmente presente, a la hora del análisis de un supuesto concreto, la doctrina jurisprudencial que diferencia entre el concurso de leyes

---

[84] Art. 9 CP: *"Las disposiciones de este Título se aplicarán a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente por aquéllas.*

[85] Aunque algún autor, como MEDINA MORALES, D., "Delitos e infracciones administrativas en los procesos electorales (Recursos administrativos y judiciales)", Estudios Jurídicos del CEJAJ III-2000, Madrid, pag. 675, siga sosteniendo la preferencia de la norma electoral sobre la común, pero no por razones de su especialidad sino porque dispone *"…con carácter general, la imposición de penas más graves."*

[86] SAP de Murcia de 11 de Julio de 2009 y STS de 25 de Septiembre de 2012 que confirma parcialmente la anterior. A la misma conclusión llegan MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA, V. op. cit. pag. 6. Y MARTÍN MARTÍN, G., "La LOREG y los delitos electorales", en "Estudios sobre la Reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General: la Reforma continua y discontinua", Instituto de Derecho Público, Madrid, 2011, pag. 387, que a este respecto añade que *"Quizá ello explique el carácter agravatorio de la reforma llevada a cabo por la LO 2/2011."*

y los de delitos, real (art. 73 CP) o ideal (art. 77 CP[87]), afirmando que *"...si, en una determinada conducta punible, su total significación antijurídica queda cubierta mediante una sola norma penal* (de las dos en concurso, se entiende), *nos encontramos ante un concurso de normas; pero si es necesario acudir conjuntamente a las dos para abarcar la total ilicitud del hecho, estamos ante un concurso de delitos"*.[88]

2.2.1.3. La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo como pena común para todos los delitos electorales.

Hay que comenzar recordando, a la hora de analizar el art. 137 LOREG[89], que el texto actual del precepto no se corresponde con la redacción original, en la que se incluía también el derecho de sufragio "*activo*", es decir, el ejercicio del derecho de voto, dentro de la pena de inhabilitación aplicable a todos los delitos electorales con carácter de generalidad.

El CP de 1995 restringe el ámbito de esta pena, circunscribiéndolo exclusivamente al derecho de sufragio pasivo, es decir, a la posibilidad de resultar designado para un cargo público de elección popular, en cualquiera de sus supuestos, por entender que el derecho de voto, o *"sufragio activo"*, no puede ser, en ningún caso, objeto de desposesión al ciudadano autor de una infracción delictiva[90], a diferencia de lo que ocurría con el Texto anterior (CP 1973) que, en su art. 37, contemplaba como pena la privación del derecho de sufragio *"activo y pasivo"*.

Por ello, la expresión *"...activo y..."*, contenida en el artículo 137, fue ya expresamente eliminada por el apartado 1.f) de la Disposición Derogatoria Única de la L.O. 10/1995, de 23 Noviembre, Código Penal («B.O.E.» 24 Noviembre)[91], siendo curiosamente

---

[87] Recuérdese de nuevo la importantísima reforma sufrida por el art. 77 CP con la Reforma de la LO 1/2015. Vid Nota (53).

[88] STS de 6 de Julio de 2004, reiterada en otras como las de 6 de Junio de 2005 o 21 de Junio ó 22 de Septiembre de 2006, por ej.

[89] Artículo 137 LOREG: "*Por todos los delitos a que se refiere este Capítulo se impondrá, además de la pena señalada en los artículos siguientes, la de inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo."*

[90] Art. 44 CP: *"La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos."*

[91] Disp. Derogatoria Única CP:
"1. Quedan derogados: .....
f) Los siguientes preceptos:.....

la única referencia derogatoria que el nuevo Código Penal dedicara a la Ley Electoral, a pesar de existir otros supuestos plenamente merecedores de ello como el anterior art. 136, que se acaba de comentar.

De este modo, el contenido de tal pena queda integrado tan sólo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 44 CP, por la privación del derecho a ser elegido para cargos públicos.

Y si impide la elección, la duda que surge seguidamente es la de si ha de concluirse en que impide también a los sancionados con ella la presentación como candidato, cuestión importante que abordaremos a continuación de forma independiente.

Mientras que su duración, con un mínimo de tres meses y máximo de 20 años[92] podrá ser inferior a los cinco años, en cuyo caso tendría la consideración de pena *"menos grave"*, de acuerdo con el apartado 3 b) del art. 33 CP, o de pena *"grave"*, si es superior a cinco años, de acuerdo con el apartado 2 c) de ese mismo artículo.[93]

Hay que indicar que, en la práctica, esta pena viene aplicándose, con carácter de pena accesoria a la de prisión, y por tanto con la misma extensión temporal que ésta, en la generalidad de las Resoluciones judiciales condenatorias al amparo de lo previsto en el art. 56.1 2º CP.[94] [95]

Sin embargo, en el caso de los delitos electorales, por su expresa previsión en este art. 137 y por la forma que ésta adopta, ha de entenderse que estamos ante una pena principal y no accesoria[96], con las consecuencias y efectos que de ello se derivan, entre otros la de su subsistencia y cumplimiento independiente de cualquiera de las otras penas

---

Los términos "activo y" del artículo 137 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de Junio, del Régimen Electoral General."

[92] Art. 40.1 CP: *".....las de inhabilitación especial, de tres meses a 20 años."*

[93] Art. 33 CP: *".....*
2. Son penas graves:.....
c) Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años.....
3. Son penas menos graves:.....
b) Las inhabilitaciones especiales hasta cinco años....."

[94] Art. 56.1 2 CP: *"1. En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes:*
....2.º Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena."

[95] Vid. Art. 6.2 a) LOREG

[96] MORILLAS CUEVA, L., "Los delitos electorales. Aspectos penales del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales.", Granada 1977, pag. 29.

impuestas, incluso en los supuestos de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad o de indultos, totales o parciales.

Precisamente, por ese carácter de pena principal que tiene esta inhabilitación en los delitos electorales, he de coincidir con el criterio expuesto por RÍOS PINTADO, J.F. que, siguiendo a MANZANARES SAMANIEGO, J.L. y contra la opinión de PEÑARANDA RAMOS, J.L y otros[97], ROMERO FLORES, B.[98] y JIMÉNEZ DÍAZ, MªJ.[99], se muestra favorable a su cumplimiento sucesivo, no simultáneo, en el caso de que coincida con otra inhabilitación de igual contenido pero impuesta con carácter accesorio *"...tal y como prevé, el artículo 75 del Código Penal para las penas impuestas a diversas infracciones, y se desprende, a contrario sensu, de los artículos 73 y 57.1, que ordenan la ejecución simultánea de penas de distinta naturaleza. Si se trata de penas de la misma naturaleza la única forma de cumplimiento es la sucesiva"*.[100]

2.2.1.3.1. La inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo y las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de la LOREG.

Lo cierto es que la imposición de esta pena de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo no viene contemplada, expresamente, como causa de inelegibilidad ni de incompatibilidad sobrevenida para el ejercicio del cargo en esta LOREG (art. 6[101]), aunque

[97] "Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General", Ed. CIVITAS, Madrid, 1986
[98] "Partidos políticos y responsabilidad penal. La financiación electoral irregular", Ed. ATELIER, Barcelona 2005, pag. 125.
[99] "Delitos electorales. Su configuración según la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de Junio", en "Comentarios a la Legislación Penal", Dirigida por COBO DEL ROSAL, M. y coordinada por BAJO FERNÁNDEZ, M. EDERSA, T-XVI, 1994, pag. 21.
[100] RÍOS PINTADO, J.F. op. cit., pag. 6).
[101] Art. 6 LOREG: 1. "*Son elegibles los españoles mayores de edad que, poseyendo la cualidad de elector, no se encuentren incursos en alguna de las siguientes causas de inelegibilidad:*
a) Los miembros de la Familia Real Española incluidos en el Registro Civil que regula el Real Decreto 2917/1981, de 27 de noviembre, así como sus cónyuges.
b) Los Presidentes del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, del Consejo de Estado, del Tribunal de Cuentas y del Consejo a que hace referencia el artículo 131.2 de la Constitución.
c) Los Magistrados del Tribunal Constitucional, los Vocales del Consejo General del Poder Judicial, los Consejeros Permanentes del Consejo de Estado y los Consejeros del Tribunal de Cuentas.
d) El Defensor del Pueblo y sus Adjuntos.
e) El Fiscal General del Estado.
f) Los Subsecretarios, Secretarios generales, Directores generales de los Departamentos Ministeriales y los equiparados a ellos; en particular, los Directores de los Departamentos del Gabinete de la Presidencia del Gobierno y los Directores de los Gabinetes de los Ministros y de los Secretarios de Estado.
g) Los Jefes de Misión acreditados, con carácter de residentes, ante un Estado extranjero u organismo internacional.

sí la condena a pena privativa de libertad cuando el apdo. a) del num. 2 del art. 6 establece que son inelegibles *"Los condenados por Sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el*

---

h) Los Magistrados, Jueces y Fiscales que se hallen en situación de activo.
i) Los militares profesionales y de complemento y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía, en activo.
j) Los Presidentes, Vocales y Secretarios de las Juntas Electorales.
k) Los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y los Subdelegados del Gobierno y las autoridades similares con distinta competencia territorial
l) El Presidente de la Corporación de Radio Televisión Española y las sociedades que la integran.
m) Los Presidentes, Directores y cargos asimilados de las entidades estatales autónomas con competencia en todo el territorio nacional, así como los Delegados del Gobierno de las mismas.
n) Los Presidentes y Directores generales de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social con competencia en todo el territorio nacional.
ñ) El Director de la Oficina del Censo Electoral.
o) El Gobernador y Subgobernador del Banco de España y los Presidentes y Directores del Instituto de Crédito Oficial y de las demás entidades oficiales de crédito.
p) El Presidente, los Consejeros y el Secretario general del Consejo General de Seguridad Nuclear.
2. Son inelegibles:
a) Los condenados por sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena.
b) Los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal.
3. Durante su mandato no serán elegibles por las circunscripciones electorales comprendidas en todo o en parte en el ámbito territorial de su jurisdicción:
a) Quien ejerza la función de mayor nivel de cada Ministerio en las distintas demarcaciones territoriales de ámbito inferior al estatal.
b) Los Presidentes, Directores y cargos asimilados de Entidades Autónomas de competencia territorial limitada, así como los Delegados del Gobierno en las mismas.
c) Los Delegados territoriales de RTVE y los Directores de las Entidades de Radiotelevisión dependientes de las Comunidades Autónomas.
d) Los Presidentes y Directores de los órganos periféricos de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.
e) Los Secretarios generales de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno.
f) Los Delegados provinciales de la oficina del Censo Electoral.
4. Las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad. Las causas de incompatibilidad se regirán por lo dispuesto para cada tipo de proceso electoral.
En todo caso serán incompatibles las personas electas en candidaturas presentadas por partidos o por federaciones o coaliciones de partidos declarados ilegales con posterioridad por sentencia judicial firme, así como los electos en candidaturas presentadas por agrupaciones de electores declaradas vinculadas a un partido ilegalizado por resolución judicial firme. La incompatibilidad surtirá efecto en el plazo de quince días naturales, desde que la Administración Electoral permanente comunique al interesado la causa de incompatibilidad, salvo que éste formule, voluntariamente, ante dicha Administración una declaración expresa e indubitada de separación y rechazo respecto de las causas determinantes de la declaración de ilegalidad del partido político o del partido integrante de la federación o coalición en cuya candidatura hubiese resultado electo; o, en su caso, del partido al que se hubiera declarado vinculada la agrupación de electores en cuya candidatura hubiere resultado electo.
Si durante el ejercicio del mandato al que haya accedido tras haber explicitado dicha declaración, la persona electa se retractase, por cualquier medio, de la misma o mostrara contradicción, a través de hechos, omisiones o manifestaciones, respecto de su contenido, quedará definitivamente incursa en la causa de incompatibilidad regulada en este apartado. La incompatibilidad surtirá efecto a partir de la notificación realizada al efecto por la Administración Electoral permanente, por sí o a instancia del Gobierno a través de la Abogacía del Estado o del Ministerio Fiscal.
En los supuestos previstos en los dos párrafos anteriores, el afectado y, en su caso, el Gobierno a través de la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal podrán interponer recurso ante la Sala especial del Tribunal Supremo regulada en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los plazos previstos en el artículo 49 de la presente ley.
El mismo régimen de incompatibilidad se aplicará a los integrantes de la candidatura de la formación política declarada ilegal que sean llamados a cubrir el escaño vacante, incluidos los suplentes."

período que dure la pena"[102], inelegibilidad que se hace efectiva, en este caso, desde el comienzo de cumplimiento de la condena.[103]

Se trata, en principio, de una materia que corresponde a la Administración electoral (Junta Electoral Central, JEC), aunque ello no excluye la posibilidad de que sobre la misma resuelvan los Tribunales penales dentro de sus facultades constitucionales a la hora de ejecutar el contenido y alcance de las penas por ellos impuestas.[104]

Lo cierto es que a este respecto se han pronunciado tanto el TC como la JEC[105]

Así, la JEC, aunque parte del principio de la interpretación restrictiva de las causas de inelegibilidad[106], ha venido entendiendo que el condenado a pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo incurre en esta situación una vez que la Sentencia condenatoria haya alcanzado firmeza y no conste que se hubiera suspendido la ejecución de esta pena[107] por lo que se comunicará tal circunstancia a las JJEE para que declaren la inelegibilidad del candidato condenado penalmente, causando baja en la correspondiente candidatura siendo cubierta por los sucesivos candidatos o, en su caso, por los suplentes.[108]

De hecho, recordemos que ese efecto de imposibilidad para ser elegido es concretamente el que constituye el contenido de la pena según el art. 44 CP, al igual que, en términos muy similares, se dice de la pena de Inhabilitación absoluta en el inciso segundo del art. 41 CP pues produce la incapacidad *"...de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena."*

Mientras que, por su parte, el TC, que también proclama la prohibición de una interpretación extensiva de las causas de inelegibilidad[109] como principio general, reconoce ese mismo carácter para penas como la de inhabilitación para el ejercicio del derecho de

[102] Vid. También STC166/1993, de 20 de Mayo.
[103] Según el Ac JEC de 14 de Febrero de 1996.
[104] Art. 117 CE y STC 80/1987, de 27 de Mayo, y JEC Ac de 22 de Abril de 2004.
[105] Vid. PASCUA MATEO, F., "Derecho de sufragio pasivo" en "Comentarios a la Ley Orgánica del régimen electoral general y a la Ley Orgánica de Referéndum"; ed. LA LEY, Madrid, 2014, pags. 103 y ss. y ARNALDO ALCUBILLA, E. DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M. en "Código Electoral", LA LEY, Madrid, 7ª edición, 2011, pags. 52 y 53.
[106] Ac. JEC de 22 de Junio de 1995.
[107] Ac. JEC de 13 de Mayo de 1999.
[108] Ac. JEC de 27 de Mayo de 1995)
[109] Por ej. STC 45/1983, de 25 de Mayo.

sufragio pasivo por tener su sustento y eficacia consagrados en otra norma relevante como el CP.[110]

Junto a lo anterior, otro debate provoca no ya la imposición de la pena de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo (y por su contenido más amplio la de inhabilitación absoluta, arts. 33.2 b), 39 a) y 40 CP), sino la de suspensión para el ejercicio de un determinado cargo público (arts. 33.2 d) y 3 c) y 42 CP).

Aquí, la Jurisprudencia constitucional viene siguiendo un criterio que se basa en la similitud de naturaleza, o no, del cargo objeto de inhabilitación y aquel al que el condenado se presenta como candidato.

Por ejemplo, el suspendido en el ejercicio del cargo de Alcalde incurre en causa de inelegibilidad para otros cargos electos de la Administración local, como miembro de un Cabildo insular por ejemplo, pero no para otros como el de Senador.[111]

Frente a todo lo anterior, a mi juicio y a pesar del contenido del art. 6.4 LOREG cuando afirma que *"Las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad"*, la imposición de la pena de inhabilitación para el ejercicio de sufragio pasivo (no así la suspensión para el ejercicio del cargo o la inhabilitación absoluta como luego veremos) no puede obrar como causa sobrevenida de incompatibilidad, que obligue al apartamiento del cargo, toda vez que dicha pena literalmente supone tan sólo la *"...del derecho a ser elegido para cargos públicos"* (art. 44 CP), es decir, que ejerce sus efectos en el momento de la elección y a ella referida, pero una vez producida ésta sin encontrarse vigente dicha pena, el cargo deberá seguir ejerciéndose a pesar de su imposición posterior, como diferencia esencial de sentido en relación con la referida pena de suspensión del ejercicio del cargo público, susceptible también de imposición como accesoria en la Sentencia condenatoria cuando el Tribunal lo considere oportuno (art. 56 CP), que supone precisamente *"...la privación definitiva del empleo o cargo público sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos"* (art. 42 CP) o la inhabilitación absoluta, consistente en

[110] STC 80/1987, 27 de Mayo.

[111] STC 80/1987, de 27 de Mayo, denegando amparo frente a la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 15 de Mayo de 1987, y otras en igual sentido como las SsTC 158/1991, de 15 de Julio, 154/1993, de 20 de Mayo ó 144/1999, de 22 de Julio, frente a la discrepante 151/1999, de 14 de Septiembre, que se aparta de esta línea declarando la causa de inelegibilidad para cualquier otro cargo cualquiera que fuere su relación con el que fue objeto de inhabilitación o suspensión.

"...la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado aunque sean electivos. Produce, además, la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena." (art. 41 CP).

Si entendemos que esta pena actúa como causa de inelegibilidad con fundamento en la descripción que de su contenido recoge la norma penal, y a pesar de no estar expresamente citada en la norma electoral (art. 6 LOREG), no podemos posteriormente extender sus efectos más allá de lo que el art. 44 CP, ya transcrito, fija como tales es decir el impedimento para ser elegido, no para desempeñar el cargo una vez que esa elección se ha producido.

Y todo ello, por supuesto, salvo que la condena penal incluyera también la privación de libertad puesto que ésta opera ya, por sí sola, como lógico impedimento no sólo para ser elegido[112], sino también para desempeñar las funciones del cargo, durante el tiempo que la pena de prisión dure.

2.2.1.3.2. La cuestión de la pena de arresto de fin de semana.

Por otra parte, antigua cuestión penológica también de indudable interés en relación con los delitos que seguidamente vamos a examinar, hoy ya legalmente resuelta, era la del tratamiento de la pena de arresto de fin de semana, suprimida con la Reforma del CP por LO 15/2003, de 25 de Noviembre, que, no obstante, inicialmente se mantuvo aún como sanción para los delitos electorales, hasta la reforma de la LOREG por LO 2/2011, de 28 de enero, que modificaría íntegramente el régimen de penas aplicables a esta clase de delitos especiales.

Con anterioridad a esta solución legislativa la Sala Segunda del Tribunal Supremo abordó el problema en su Pleno no jurisdiccional de 29 de Noviembre de 2005 en el sentido de que *"Al arresto de fin de semana, dentro del Código Penal, le son de aplicación el régimen de las Disposiciones Transitorias de este Cuerpo Legal. Las Disposiciones*

[112] STC 166/1993, de 20 de Mayo.

Transitorias del Código Penal, en particular la número 11, se aplican también en relación con las Leyes penales especiales."

Lo que, en definitiva, venía a significar, tanto para la Ley Electoral como para otras Leyes especiales en cuya redacción también subsistía este tipo de pena tras su supresión (Ley del Jurado, Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea y Ley sobre Régimen Jurídico del Control de Cambios), según el espíritu de la Disposición Transitoria 11ª referente a los casos de "*sustitución*" de penas por la jurisdicción ordinaria *"cuando se hayan de aplicar Leyes penales especiales"*, y en concreto a su apartado l), acudir a tal posibilidad, aplicando la Disposición Transitoria 8ª que establece el que cada dos fines de semana de arresto equivalen a un día de privación de libertad.[113]

2.2.1.4. El carácter supletorio del CP.

Cuando la LOREG se aprueba, el Código Penal vigente en ese momento disponía, en su art. 7, que *"No quedan sujetos a las disposiciones de este Código los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales"*, si bien, seguidamente, en su párrafo segundo, añadía: *"No obstante, sí les serán de aplicación las disposiciones de esta capítulo."*

La evidente incorrección técnica de ese régimen que, de forma verdaderamente absurda, parecía dejar al margen de la norma penal especial la aplicación de preceptos tan esenciales como los relativos a la regulación de los supuestos de autoría y participación en el hecho delictivo, las circunstancias eximentes y modificativas de la responsabilidad criminal, la reglas de determinación de las penas, las causas de extinción de delitos y penas, etc. etc. etc., justifica cumplidamente la incorporación de este criterio de aplicación supletoria general del CP en todos aquellos ámbitos no expresamente regulados en la Ley especial.

Necesidad que cesa automáticamente con la entrada en vigor del CP de 1995 que, a diferencia del anterior, en su art. 9, afirma que *"Las disposiciones de este título se aplicarán a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones de este Código se aplicarán como supletorios en lo no previsto expresamente por aquellas."*

[113] Doctrina ulteriormente seguida en SsTS de 29 de Noviembre de 2005, 20 de Marzo, 22 de Marzo y 22 de Septiembre de 2006 y 22 de Enero de 2007, entre otras.

Para la doctrina[114] esta disposición, en el momento actual, *"...no es algo absolutamente lógico, sino imprescindible para poder dar vida a los tipos penales contenidos en la LOREG..."*, así como en el resto de la legislación penal especial, *"...queriéndose conseguir con el art. 9 CP una unificación en la aplicación de la parte esencial del Código Penal a todas las leyes penales especiales."*

De este modo, en la actualidad, el artículo que comentamos ha quedado obsoleto por innecesario.[115]

Sin embargo, lo que sigue manteniendo plena actualidad son los problemas interpretativos, de una complejidad menor que la aparente por cierto, que sigue ofreciendo la virtualidad de este principio de supletoriedad general, esencialmente en dos sentidos concretos, a saber: 1) el planteamiento de situaciones en las que ha de determinarse si nos hallamos realmente ante una necesidad de complementar las disposiciones contenidas en la Ley especial de acuerdo con el criterio de supletoriedad o, por el contrario, de determinar, con arreglo a lo ya visto anteriormente al analizar el contenido del art. 136, la norma aplicable en supuestos de conflictos de Leyes; y 2) ciertos problemas concretos de adaptación de las normas generales a los supuestos contemplados en la especial.

Ejemplo de la primera de esas cuestiones interpretativas podría ser, precisamente, el debate suscitado a propósito de la supresión de la pena de arresto de fin de semana del catálogo de sanciones contenidas en el CP (art. 33), en virtud de la LO 15/2003, a la que ya hicimos referencia al estudiar el art. 137 LOREG.

Esta cuestión, hoy ya resuelta legislativamente por la LO 2/2011, inicialmente se solucionó, como vimos, a partir del razonable criterio de que dicha supresión suponía la exclusión de tal sanción de todo nuestro sistema penal, en su integridad, aunque como ya vimos líneas atrás, no fuera éste el criterio finalmente aceptado por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su sesión de 29 de Noviembre de 2005.

Solución, como decimos, llena de lógica sistemática, pero que podía haber cedido ante ciertos planteamientos minoritarios que entendieron que, en tal caso, no debía aplicarse

[114] MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA, V. Op. cit. pags. 3 y 4.
[115] A su vez, el art. 82 del RDL 20/1977 ya proclamaba el carácter" subsidiario" del CP en esta materia.

este efecto negativo del principio de supletoriedad/complementariedad del CP respecto de la legislación especial sino que, antes al contrario, la norma especial podía ser autónoma en este punto, manteniendo, a sus solos efectos y puesto que el Legislador no la había suprimido en su propio texto, su existencia.

Vemos con este ejemplo cómo, por tanto, en ocasiones pueden surgir dudas acerca del alcance y necesidad de acudir a las proposiciones contenidas en los preceptos del Código Penal en detrimento de las de la Ley especial.

Por otro lado, la obligación de adaptar la norma supletoria, en este caso la general, a la sistemática propia de la especial cuando procede la aplicación a ésta, nos lleva al planteamiento de algún que otro problema cuando como, por ejemplo, hemos de contemplar el régimen de la continuidad delictiva especialmente agravada porque, además de la importancia económica del perjuicio, afecte a una generalidad de personas, contenido en el art. 74.2 CP, a la figura delictiva propia de la Legislación electoral como la apropiación indebida de fondos electorales que, aunque afecta evidentemente a toda la ciudadanía por tratarse de fondos públicos, no obstante en la LOREG parece venir configurada en todo caso como un único delito, con diferente penalidad con base tan sólo en su cuantía, en relación con el monto total de lo apropiado[116]. Lo que, en principio, podría ser resuelto mediante los criterios del conflicto de normas ya estudiados a propósito del art. 136 LOREG y no tanto por el criterio de supletoriedad genérica del CP.

En cualquier caso, lo que ha de tenerse muy presente es que el respeto al ámbito específico de la Delincuencia electoral nos lleva a evitar la utilización supletoria atribuida al CP en aquellos casos en los que la LOREG contemple expresamente un determinado contenido, relegando tal principio a las numerosas "*lagunas*" que la legislación especial

---

[116] Art. 150 LOREG. *"Delito de apropiación indebida de fondos electorales. 1. Los administradores generales y de las candidaturas, así como las personas autorizadas a disponer de las cuentas electorales, que se apropien o distraigan fondos para fines distintos de los contemplados en esta Ley serán sancionados con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses, si los fondos apropiados o distraídos no superan los 50.000 euros, y de prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, en caso contrario. 2. Los Tribunales teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena de prisión de seis meses a un año y la de multa de tres a seis meses."*

contiene, que serán las colmadas de conformidad con el principio recogido en este precepto que aquí comentamos.

Lo que no ofrece duda alguna es el contenido del párrafo segundo del precepto, en cuanto que prescribe la aplicación, en este supuesto no sometida a requisitos de supletoriedad sino de forma directa y principal, de ciertos principios esenciales de la legislación penal que, en su día, venían contemplados en los artículos contenidos en el Capítulo I, título I, del CP de 1973, concretamente del 1 al 7 de ese texto legal.

La existencia posterior del art. 9 CP corrige como hemos visto, la cita normativa, adecuándola al actual Título Preliminar de este Código, arts. 1 a 9 del mismo.

De modo que resultan de directa, principal y excluyente aplicación a la Delincuencia electoral aspectos, todos ellos contenidos en el CP, como los de la consagración práctica del principio de legalidad penal, en su doble vertiente de la tipicidad y de la previsión punitiva (arts. 1 y 2), la reserva jurisdiccional en la imposición y ejecución de las penas (art. 3), las facultades de los Tribunales respecto de la aplicación estricta de la norma penal (art. 4), el principio de culpabilidad (art. 5), la consideración de la peligrosidad en la aplicación de las medidas de seguridad y las limitaciones de éstas (art. 6), la ubicación temporal de la comisión del delito (art. 7), las reglas para la solución de los conflictos de normas (art. 8) o el contenido del ya visto art. 9, que precisamente establece ese principio de supletoriedad genérica de todo el contenido del Código, con carácter general a la legislación penal especial, y específicamente la directa y exclusiva de este Título Preliminar.

De todos esos principios y contenidos han de destacarse, por su importancia, los de legalidad y culpabilidad, tal como se configuran en el referido Título Preliminar.

2.2.1.5. Disposiciones relativas al procedimiento.

En la Sección Tercera del Capítulo VIII, Título I, de la LOREG se incluyen dos arts., 151 y 152, que, como ya adelantábamos, aluden así mismo a Disposiciones de carácter general, respecto de la delincuencia electoral en su integridad, pero referidas a cuestiones de naturaleza procesal.

2.2.1.5.1. Remisión a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La remisión general a los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal[117] es obligada y si no se produjera habría que darla por sentada.

Ahora bien, ello supone aspectos tan importantes como los del procedimiento adecuado y la competencia para el enjuiciamiento, que conviene destacar.

Así, en cuanto al procedimiento a seguir, en razón a la entidad de la pena prevista y puesto que el Sumario Ordinario será de aplicación sólo cuando la infracción enjuiciada se encuentre castigada con una pena de prisión superior a los nueve años[118], basta un simple repaso a las sanciones previstas para todos los delitos que integran esta delincuencia especial para comprobar que el procedimiento aplicable, en todos estos casos, será el Abreviado, que regulan los arts. 757 y siguientes de la Ley Procesal.

Sin que, por otra parte, quepa en principio la aplicación del denominado "*Procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos*", al no hallarnos en ninguno de esos supuestos delictivos que se enumeran en el apartado 1.2ª del art. 795 LECr, si no fuera a través del supuesto contemplado en el apartado 1.3ª de dicho precepto, es decir, .[119]

---

[117] Artículo 151 LOREG: "*1. El procedimiento para la sanción de estos delitos se tramitará con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal….."*

[118] Art. 757 LECr: "*Sin perjuicio de lo establecido para los procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración."*

[119] Art. 795 LECr: "*1. Sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará a la instrucción y al enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía, siempre que el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial y que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia o que, aun sin detenerla, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial y, además, concurra cualquiera de las circunstancias siguientes: 1.ª Que se trate de delitos flagrantes. A estos efectos, se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él. 2.ª Que se trate de alguno de los siguientes delitos: a) Delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el*

Así mismo, también cabría la posibilidad de aplicación del nuevo *"procedimiento por aceptación de decreto"*[120], incorporado a nuestro ordenamiento con la LO 41/2015, de 5 de Octubre.[121]

Además, habrá de tenerse en cuenta las especialidades previstas para los casos de procesamiento de Senadores o Diputados a Cortes[122], para el enjuiciamiento de los delitos de injuria y calumnia contra particulares[123] o los cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación.[124]

Por otro lado, el Tribunal competente para el enjuiciamiento será, en cualquier caso, la Audiencia Provincial, de acuerdo con lo previsto en los apartados 3 y 4 del art. 14 LECr, que atribuyen esa competencia al Juzgado de lo Penal sólo si la pena prevista, en abstracto, fuere la de "*...privación de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años...*", y como quiera que, según el art. 137 LOREG, a estos tipos delictivos que contempla la propia Ley será siempre de aplicación la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, que puede tener una duración de tres meses a veinte años (art. 40.1 CP), resulta

---

artículo 173.2 del Código Penal. b) Delitos de hurto. c) Delitos de robo. d) Delitos de hurto y robo de uso de vehículos. e) Delitos contra la seguridad del tráfico. f) Delitos de daños referidos en el artículo 263 del Código Penal. g) Delitos contra la salud pública previstos en el artículo 368, inciso segundo, del Código Penal. h) Delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270, 273, 274 y 275 del Código Penal. 3.ª Que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla. 2. El procedimiento regulado en este Título no será de aplicación a la investigación y enjuiciamiento de aquellos delitos que fueren conexos con otro u otros delitos no comprendidos en el apartado anterior. 3. No se aplicará este procedimiento en aquellos casos en que sea procedente acordar el secreto de las actuaciones conforme a lo establecido en el artículo 302. 4. En todo lo no previsto expresamente en el presente Título se aplicarán supletoriamente las normas del Título II de este mismo Libro, relativas al procedimiento abreviado."

[120] Art. 803 bis a) LECr: *"En cualquier momento después de iniciadas diligencias de investigación por la fiscalía o de incoado un procedimiento judicial y hasta la finalización de la fase de instrucción, aunque no haya sido llamado a declarar el investigado, podrá seguirse el proceso por aceptación de decreto cuando se cumplan cumulativamente los siguientes requisitos: 1.º Que el delito esté castigado con pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad o con pena de prisión que no exceda de un año y que pueda ser suspendida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 del Código Penal, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. 2.º Que el Ministerio Fiscal entienda que la pena en concreto aplicable es la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. 3.º Que no esté personada acusación popular o particular en la causa."*

[121] Procedimiento especial analizado con amplitud por LÓPEZ SIMÓ, F. y CAMPANER MUÑOZ, J., en "El Proceso por Aceptación de Decreto o Monitorio Penal" (en prensa).

[122] Arts. 750 a 756 LECr.

[123] Arts. 804 a 814 LECr.

[124] Arts. 816 a 823bis LECr.

evidente que el encargado del enjuiciamiento habrá de ser, como se ha dicho, el órgano colegiado provincial.

A su vez, la competencia territorial corresponderá al Tribunal del lugar de comisión del hecho y, cuando éste no conste, la misma se determinará de acuerdo con los criterios contenidos en el art. 15 LECr.

En los supuestos de aforados esa competencia se regirá por las normas correspondientes, con atribución a la Sala Segunda del Tribunal Supremo[125] o a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia respectivo.[126]

Por último, hay que señalar que nunca serán competentes para enjuiciar estos delitos, toda vez que las respectivas normas atributivas de su competencia especial no los contemplan, ni el Tribunal del Jurado[127] ni la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.[128]

2.2.1.5.2. Carácter preferente y urgente de estos procedimientos.

Las razones de preferencia y urgencia para el enjuiciamiento de los delitos electorales[129], según lo dispuesto en el inciso segundo del apartado 1 del precepto que estudiamos, se explicarían, según MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA[130], por la imperiosa necesidad de saber, cuanto antes, si la persona a quien afecta esta clase de procedimientos está impedida, o no, para participar como candidato en futuros procesos electorales, así como para que el elector conozca, lo antes posible, la culpabilidad o no de quien pudiere ser candidato.

Por mi parte añadiría también el dato de la importancia de conocer lo antes posible el pronunciamiento acerca de conductas que han podido influir en el resultado final del proceso electoral.

---

[125] Art. 57.1 2º LOPJ.
[126] Art. 73.3 b) LOPJ.
[127] Art. 1.2 LOTJ.
[128] Art. 65 LOPJ.
[129] Art. 151 LOREG: *"1.....Las actuaciones que se produzcan por aplicación de estas normas tendrán carácter preferente y se tramitarán con la máxima urgencia posible."*
[130] Op. citada, pag. 21.

Aunque, en la práctica, ese objetivo que la preferencia persigue se verá muy lejos de alcanzarse realmente.[131]

Pero una cosa es que las razones acerca de la urgencia y preferencia de estos procedimientos resulten fundadas y otra bien distinta su aplicación práctica, máxime si tenemos en cuenta otros enjuiciamientos a los que también se atribuye esa cualidad, tales como los correspondientes al Tribunal del Jurado[132] o aquellos en los que se encuentre implicada alguna persona en situación de prisión preventiva[133], y la ausencia de norma que disponga el orden de prioridad entre esas diferentes preferencias.

2.2.1.5.3. Naturaleza pública de la acción para perseguir estos delitos.

Por lo que se refiere al contenido del apartado 2 de este art.[134], la doctrina[135] considera que, toda vez que la acción para la persecución de los delitos perseguibles de oficio es siempre pública (art. 105 LECr) y ha de ser ejercida por el Ministerio Fiscal (art. 3.4 EOMF) y, por otra parte, los que se vieran perjudicados por el delito pueden ejercer la Acusación Particular, sin necesidad de prestación de depósito o fianza ni formulación de querella (art. 100 LECr), lo cierto es que este precepto sólo puede hacer referencia a la exoneración de tales obligaciones a quien actuase como Acusador Popular, con base en los arts. 125 CE, 19 y 20 LOPJ y 101 y 270 LECr, que viene obligado inicialmente a prestarlas de acuerdo con lo dispuesto en el art. 280 LECr.

Se trata de un claro ejemplo de la importancia que el Legislador confiere a la persecución y castigo de esta clase de infracciones penales de tanta repercusión social y política, permitiendo la mayor libertad para que puedan ser perseguidos por cualquier ciudadano sin impedimento alguno para ello.

---

[131] Vid. al respecto la crítica de ALTÉS MARTÍ, M. A. en "El delito electoral", Corts: Anuario de Derecho parlamentario, nº 8, 1999. Ed. Corts Valencianes, pag. 179.
[132] Art. 44 LOTJ.
[133] Art. 504.6 LECr.
[134] Art. 151 LOREG: "2. *La acción penal que nace en estos delitos es pública y podrá ejercitarse sin necesidad de depósito o fianza alguna."*
[135] MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA, op. citada, pag. 22, o ALTÉS MARTÍ, M. A., "El delito Electoral", pag. 180, por ej.

Por último se afirma[136] que será la Jurisdicción contencioso administrativa, a la postre, la que determinará la eficacia de la Sentencia condenatoria penal en orden a la validez, o no, de las elecciones de que se trate.

2.2.1.5.4. Publicidad de la Sentencias relativas a delitos electorales.

Finalmente, en el art. 152 LOREG[137] se contemplan sendas consecuencias del enjuiciamiento, distintas de la mera notificación a las partes que prevé el art. 160 LECr o la publicación en la Colección Legislativa[138] de las que resuelvan Recursos de Casación, y tanto si su resultado fuere condenatorio o absolutorio pero siempre que hubiere alcanzado firmeza, tendentes a una distinta finalidad.

La publicación de la Sentencia en el Boletín Oficial de la Provincia no persigue otra cosa que su más amplia difusión y conocimiento general, por la trascendencia pública de su contenido y de las infracciones a las que se refiere, si bien *"En un momento como el que se aprobó la LOREG, dentro de postrimeros años de la andadura democrática, podía tener un cierto efecto pedagógico, pero en la actualidad no se advierte la necesidad de mantener esta norma."*[139]

Y la remisión a la Junta Electoral Central no supone en realidad sino parte de la ejecución de la propia Sentencia, ya que será este órgano de la Administración Electoral el encargado de llevar a cabo los efectos que, en su ámbito, pudieran derivarse del pronunciamiento que ganó firme

2.2.2. Delitos electorales.

Una vez examinadas las disposiciones que, con carácter general, resultan de

[136] Por ej. ALTÉS MARTÍ, M. A. "El delito electoral", Corts: Anuario de Derecho parlamentario, nº 8, 1999. Ed. Corts Valencianes, pag. 181.
[137] Artículo 152 LOREG "*El Tribunal o Juez a quien corresponda la ejecución de las Sentencias firmes dictadas en causas por delitos a los que se refiere este Título dispondrá la publicación de aquéllas en el «Boletín Oficial» de la Provincia y remitirá testimonio de las mismas a la Junta Electoral Central."*
[138] Art. 905 LECr.
[139] MARTÍN MARTÍN, G., "La LOREG y los delitos electorales", en "Estudios sobre la Reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General: la Reforma continua y discontinua", Instituto de Derecho Público, Madrid, 2011, pag. 393.

aplicación a la delincuencia electoral incorporada, como Ley penal especial, a la LOREG, pasaremos ahora al análisis de todas y cada una de las figuras delictivas contempladas en la Sección Segunda del Capítulo VIII del Título I, arts. 139 a 150, bajo el epígrafe *"Delitos electorales"*.[140]

2.2.2.1. Delitos cometidos por funcionarios públicos:

El art. 139 LOREG[141] contempla una serie de supuestos que tienen, como denominador común, el que se refieren a infracciones cometidas por funcionarios públicos en relación con las diferentes fases y actuaciones del proceso electoral.[142]

Aquí *"...se protege el proceso electoral como un todo frente a los abusos de los representantes del poder estatal, desde su convocatoria, organización y celebración has ta la constatación de sus resultados a través del escrutinio y su protocolización."*[143]

Por consiguiente, en este precepto se inicia la descripción típica de los delitos electorales con una amplia relación de conductas que tienen, como primer elemento común,

---

[140] Las Leyes Electorales de 1890 (art. 101) y la de 1907 (art. 78) afirmaban que son *"...delitos electorales los especialmente previstos en esta Ley, y los que, estándolo en el Código penal, afecten a la materia propiamente electoral..."* En este sentido, y en referencia ya a la Legislación actual, resulta interesante la clasificación que, respecto de todos estos tipos delictivos, distingue entre "delitos exclusivamente electorales" y "delitos comunes cometidos en el ámbito electoral". JIMÉNEZ DÍAZ, MªJ., "Delitos electorales. Su configuración según la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de Junio", en "Comentarios a la Legislación Penal", Tomo XVI, Ed Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994, pag. 25. Criterio diferenciador que también sigue en su análisis de estos ilícitos MEDINA MORALES, D., "Delitos e infracciones administrativas en los procesos electorales (Recursos administrativos y judiciales)", Estudios Jurídicos del CEJAJ III-2000, Madrid, pags. 676 y ss.

[141] Art. 139 LOREG: *"Serán castigados con las penas de seis meses a dos años y de multa de seis a veinticuatro meses los funcionarios públicos que:*
1. Incumplan las normas legalmente establecidas para la formación, conservación y exhibición al público del censo electoral.
2. Incumplan las normas legalmente establecidas para la constitución de las Juntas y Mesas Electorales, así como para las votaciones, acuerdos y escrutinios que éstas deban realizar.
3. No extiendan las actas, certificaciones, notificaciones y demás documentos electorales en la forma y momentos previstos por la Ley.
4. Susciten, sin motivo racional, dudas sobre la identidad de una persona o la entidad de sus derechos.
5. Suspendan, sin causa justificada, cualquier acto electoral.
6. Nieguen, dificulten o retrasen indebidamente la admisión, curso o resolución de las protestas o reclamaciones de las personas que legalmente estén legitimadas para hacerlas, o no dejen de ellas la debida constancia documental.
7. Causen, en el ejercicio de sus competencias, manifiesto perjuicio a un candidato.
8. Incumplan los trámites establecidos para el voto por correspondencia."

[142] GÓMEZ DE LIAÑO COBALEDA, M., en "Legislación Penal Especial. Comentarios, concordancias y jurisprudencia", Madrid 1986, pag. 171.

[143] MUÑOZ CONDE, F., "Delitos electorales", en "Comentarios a la Legislación Penal", tomo II ("El Derecho Penal del Estado Democrático"), Madrid 1983, pag. 466.

el carácter, todas ellas, de "*delitos especiales propios*", toda vez que su autor sólo puede serlo alguien en quien concurra la condición de funcionario público, en el sentido descrito en el art. 24.2 CP, explicitado más concretamente en el ámbito electoral por el art. 135.1 LOREG que ha de entenderse, en este caso, que actúa como complemento de aquel en virtud de su especialidad.

Lo que no significa sin embargo, como sabemos, que ello excluya la punición de otras personas que, sin tener esa condición de funcionario, intervengan en la comisión del delito, pues en estos supuestos, para los inductores o cooperadores necesarios, resultaría de aplicación la figura doctrinalmente conocida como "*extraneus*", que encuentra su consagración legal en la regla de determinación de la pena[144] contenida en el art. 65.3 CP.[145]

En cualquier caso, como algún autor sostiene con acierto el artículo que comentamos "*...tiene un marcado carácter de "tipo de recogida*", si por tal entendemos aquel en el que se encuadran todas aquellas conductas que de una u otra forma el legislador no pudo recogerlas en un tipo homogéneo o que no podían ser incardinados en los tipos penales ya comprendidos en el Código Penal.[146]

La doctrina ha criticado en la confección de estas figuras penales, en general y ya desde su registro en el RDL 20/1977 cuya redacción subsiste, su excesiva remisión al arbitrio judicial en el empleo de expresiones o frases como la "racionalidad" de las dudas sobre la identidad o derechos de un votante, la "justificación" de la causa para suspender un acto electoral, lo "indebido" de la negación, dificultad o retraso en el curso o resolución de protestas o reclamaciones o la referencia a éstas sin especificar a cuáles de las posibles se refiere la norma.[147]

Por otra parte, también se advierte que nos hallamos ante una serie de tipos delictivos que, a diferencia de otros supuestos de los que más adelante se tratará, no guardan relación próxima con las figuras recogidas en el CP, con la excepción de alguno de ellos que podrían

[144] Regla facultativa para el Tribunal.
[145] Art. 65.3 CP: *"Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrá imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate."*

[146] ALTÉS MARTÍ, M. A. "El delito electoral", Corts: Anuario de Derecho parlamentario, nº 8, 1999. Ed. Corts Valencianes, pag. 174.
[147] MEDINA MORALES, D., "Delitos e infracciones administrativas en los procesos electorales (Recursos administrativos y judiciales)", Estudios Jurídicos del CEJAJ III-2000, Madrid, pag. 678.

también encajar en los tipos penales generales de la prevaricación del funcionario público[148], ya que las descripciones se vinculan directamente con la infracción de normas propias y específicas de la legislación electoral.

Puede afirmarse, por tanto, que estamos ante unas figuras de las que se denominan "*normas penales en blanco*", con una reiterada remisión al incumplimiento de las normas electorales para la integración de los tipos punibles.[149]

Así mismo, salvo los supuestos contemplados en los apdos. 4 y 7 del precepto, se trata de delitos *"de simple actividad"* ya que no requieren, para su consumación, producción de resultado alguno.[150]

De hecho, siendo como vimos la finalidad de esta legislación especial la de *"...obtener la pureza y transparencia del proceso electoral, la libertad para elegir los cargos públicos y la igualdad de todos para acceder a los mismos..."*, en esta ocasión se trata de aquellas conductas que son realizadas por funcionarios públicos *"...incumpliendo la misión que legalmente tienen asignada..."* en este concreto ámbito.[151]

A tales efectos, podemos encontrarnos tanto ante supuestos de concursos de delitos como de normas, según que ambas infracciones coincidan plenamente en su contenido de desvalor (concurso de leyes) o se refieran a desvalores distintos entre sí o, al menos, complementarios (concurso delictivo).

El primer párrafo de este artículo incorpora, además, la exigencia de que la conducta sea dolosa para resultar punible, con lo que se excluye la posibilidad del castigo de las formas imprudentes, aunque de forma innecesaria en la actualidad puesto que, con el actual régimen de "*crimina culposa*" adoptado por el CP de 1995 (art. 12[152]), tal mención resulta ociosa ya que bastaría la no previsión expresa de la imprudencia para entender que ésta es siempre impune.

---

[148] Arts. 404 y ss. CP.

[149] JIMÉNEZ DIAZ, M.J. "Delitos electorales. Su configuración según la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de Junio", en "Comentarios a la Legislación Penal", Dirigida por COBO DEL ROSAL, M. y coordinada por BAJO FERNÁNDEZ, M. EDERSA, T-XVI, 1994, pag. 28.

[150] MEDINA MORALES, D., "Delitos e infracciones administrativas en los procesos electorales (Recursos administrativos y judiciales)", Estudios Jurídicos del CEJAJ III-2000, Madrid, pag. 677.

[151] MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA, V. Op. cit. pag. 7)

[152] Art. 12*: "Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley."*

Y ello aunque en la SAP de Cuenca de 29 de Enero de 1988 se lea que "*El artículo 139 LO 5/1985 destaca el término "dolosamente*", *lo que viene a significar lo que en doctrina se ha dado en llamar dolo duplicado o reforzado, esto es, que no basta una mera voluntariedad, sino que es precisa una voluntariedad específica y concreta... "*[153]

No se trata, por tanto, de la exigencia de ningún "*dolo especial*" sino, simplemente, de la supervivencia extemporánea de una previsión ajustada al CP vigente al tiempo de la primera redacción del precepto, que requería esta clase de menciones expresas para eludir el que los Tribunales interpretasen la posibilidad de las figuras culposas en un determinado delito.[154]

Lo que no se excluye, por supuesto, es la "*comisión por omisión*" (u "*omisión impropia*") cuando se den los requisitos del art. 11 CP[155], partiendo de la idea de que los funcionarios públicos que, por razón de su cargo, intervienen en el proceso electoral ostentarían, de entrada, ese "*deber de garante*", primer requisito para la aplicación de la norma.

Finalmente, las penas previstas para esta clase de delitos son las de seis meses a dos años de prisión[156] y multa, de carácter temporal, de seis a veinticuatro meses, tras la reforma operada, en este sentido, por la LO 2/2011, de 28 de Enero.

Penas ambas de carácter "*menos grave*" (art. 33.3 CP), resultando por ello la aplicación de los trámites del Procedimiento Abreviado para el enjuiciamiento de estos tipos delictivos, aunque la competencia corresponde siempre a la Audiencia Provincial como consecuencia, según ya se vio[157], de la obligada aplicación de la pena de inhabilitación.

2.2.2.1.1. Supuestos:

[153] Adviértase, por su fecha, que la Resolución es anterior al CP de 1995 y coetánea del sistema de "*crimen culpae*" que este texto suprimió.

[154] Como ya entendiera en su día JIMÉNEZ DIAZ, M.J. "Delitos electorales. Su configuración según la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de Junio", en "Comentarios a la Legislación Penal", Dirigida por COBO DEL ROSAL, M. y coordinada por BAJO FERNÁNDEZ, M. EDERSA, T-XVI, 1994, pag. 38.

[155] Art. 11: *"Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidas por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:*

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente."

[156] Atiéndase al error cometido por el Legislador al no incluir la frase "*de prisión*".

[157] Vid. apdo. 2.2.1.5.1.

2.2.2.1.1.1. Incumplir las normas legalmente establecidas para la formación, conservación y exhibición al público del censo electoral.

En este primer supuesto se cumple claramente lo dicho antes, con carácter de generalidad, acerca de la presencia de una "*norma penal en blanc*o" que obliga a dirigir la vista a la normativa electoral, en concreto a la referente a "*la formación, conservación y exhibición al público del censo electoral*" contenida en los arts. 31 a 41 LOREG[158], para completar la tipicidad de la infracción.

"*Con esta norma lo que pretende el legislador es proteger la realidad censal en un sentido amplio, por entender que la misma es esencial para garantizar el derecho de voto a toda persona que reúne los requisitos para ser elector y por lo tanto garantizar que el sufragio tenga carácter universal, tal y como es reconocido por nuestra Constitución*".[159]

Teniendo en cuenta, por otra parte, que a pesar de que la descripción de este delito no hace referencia a irregularidades en el Padrón sino tan sólo en el Censo, no debe olvidarse que es a partir de aquel del que se realiza la confección de éste, siendo presupuesto el primero del segundo, e incluso existiendo mayores posibilidades de control por la Corporación municipal en relación con la Oficina del Censo Electoral, mucho más distante de la realidad de los requisitos necesarios para la inclusión en las listas electorales.[160]

En la Jurisprudencia, así como en las Resoluciones de Audiencias y Juzgados de lo Penal, encontramos pronunciamientos condenatorios, al amparo de este precepto y esencialmente en relación con las operaciones de formación del censo, en ocasiones como las siguientes:

- Se alude a que integraría este delito la conducta del funcionario dañando o destruyendo las listas del censo electoral, violando así las normas legalmente establecidas para su conservación, lo que no se da en el supuesto enjuiciado en el

[158] Que, distribuidos en cuatro secciones versan sobre las condiciones y modalidad de la inscripción, formación del censo, rectificación en período electoral y acceso a los datos censales.
[159] MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA, V. Op. cit. pag. 8.
[160] Como nos recuerda, por ej., la SAP de La Rioja, de 25 de Enero de 2007.

que el Concejal responsable del negociado de estadísticas se limitó a ordenar a un funcionario que fotocopiara un ejemplar del Censo electoral.[161]

- Alcalde que autoriza con su firma la reclamación de nueve personas (de entre ellas seis que eran sobrinos suyos) para incluirlas irregularmente en el censo ya cerrado, a través del previo empadronamiento municipal, sin requerirles la documentación exigida a tal fin.[162]

- Funcionario que cumplimente, en todo o en parte, solicitudes de empadronamiento firmadas y suscritas por terceros a quienes correspondían los datos consignados en tales solicitudes (no se considera delito de falsedad del art. 140 LOREG porque la acción no se comete en el ejercicio de facultades propias de la competencia del funcionario).[163]

- Alcalde que, requerido por la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral para que verificara la residencia efectiva de nuevos vecinos del municipio, por la sospecha ante un incremento fraudulento del Censo, no lleva a cabo esa verificación, a pesar de la facilidad de su ejecución, cuando además consta que conocía la existencia de irregularidades. Se le condena finalmente como autor de un delito de prevaricación del art. 404 CP, en comisión por omisión, por ser de más grave sanción que el del art. 139.1, resolviendo el concurso de normas en favor del más gravemente penado, en aplicación del art. 136 LOREG, cuando lo procedente (vid. lo dicho anteriormente al examinar este precepto) hubiere sido aplicar la norma especial, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 8 y 9 CP.[164]

Por el contrario, se consideran atípicas, a la luz de este precepto, las siguientes conductas:

[161] STS de 9 de Octubre de 1989.
[162] STS de 14 de Mayo de 2009.
[163] SAP de Navarra de 28 de Julio de 2005.
[164] SSAP de Lérida, de 20 de Octubre de 2008 y 20 de Febrero de 2009, siguiendo a su vez la STS de 18 de Octubre de 2006 en el mismo sentido.

- El incumplimiento de la prohibición contenida en el art. 41.2 LOREG, es decir, la relativa a la información particularizada sobre los datos personales contenidos en el Censo electoral, no puede integrar el delito del art. 139.1, tratándose de una mera infracción administrativa o civil tan sólo, puesto que no se refiere a la formación, ni a la conservación ni a la exhibición al público del Censo electoral.[165]

- Alcalde que no expone las listas electorales provisionales en el tablón de anuncios del Ayuntamiento, sino dentro del mismo en una especie de sala de espera, al no constar la existencia de ánimo de que, con esa forma de exposición al público, se privase a los electores de posibilidad de su examen a los fines que le son propios.[166]

2.2.2.1.1.2. Incumplir las normas legalmente establecidas para la constitución de las Juntas y Mesas Electorales, así como para las votaciones, acuerdos y escrutinios que éstas deban realizar.

Son complemento de esta "*norma penal en blanco*" los arts. de la LOREG 8 a 22 y 103 a 108, sobre las Juntas electorales, y 23 a 28, 80 a 83 y 95 a 102, acerca de las Mesas electorales y el escrutinio.

"*Con el presente precepto, el legislador trata de proteger una parte de la Administración Electoral, las Mesas y las Juntas Electorales, siendo el fundamento de la misma, el que la Administración electoral tiene por finalidad garantizar la transparencia y objetividad del proceso electoral y el principio de igualdad entre las distintas formaciones que concurren a las elecciones, ya que la actuación de las mismas constituyen el sostén de la conclusión conforme a la LOREG de la elección en curso...*".[167]

En este sentido, la AP de Navarra, en su Sentencia de 11 de Noviembre de 2002, condenó al Alcalde que excluyó del sorteo para formar parte de las Mesas Electorales a un

[165] STS de 9 de Octubre de 1989.
[166] SAP de Cuenca, de 29 de Enero de 1988.
[167] MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA, V. Op. cit. pag. 8.

grupo numeroso de personas (131) que se lo solicitaron. Y ello aunque el Secretario del Ayuntamiento le advirtió de la ilegalidad de esa conducta.

Por otra parte, hay que mencionar también la SAP de Málaga, de 23 de Febrero de 1991, que condenó a dos interventores, en su condición de funcionarios públicos que les atribuye el art. 135.1 LOREG, que dolosamente votaron dos veces en la misma elección, pero aplicando el tipo del art. 142 LOREG, por considerarlo especial y, por tanto, de preferente aplicación al art. 139.2.

A su vez, el AAP de Barcelona, de 17 de Marzo de 2004, no califica como delictiva la omisión de la lectura en voz alta de los nombres de los suplentes de la Mesa, considerándolo una mera irregularidad intrascendente.

2.2.2.1.1.3. No extender las actas, certificaciones, notificaciones y demás documentos electorales en la forma y momentos previstos por la Ley.

Las normas electorales de referencia son, en este caso, las contenidas en los arts. 98 y 108 (acta de escrutinio) y 99 (acta de la sesión) LOREG.

Se trata de una infracción de carácter "*omisivo*" en su literalidad (no extensión del acta), aunque la doctrina[168], a mi juicio con todo acierto, considera que también pueden presentarse supuestos comisivos, como en el caso de que se extienda un acta, pero sin cumplir las formalidades previstas en la Ley, lo que podría dar lugar a un concurso de normas entre este supuesto y alguno de los contemplados en el art. 140 (falsedades electorales cometidas por funcionarios), que habría de resolverse de acuerdo con las reglas del art. 8 CP.

De ese carácter, generalmente omisivo, "*...se deriva que el sujeto activo haya de omitir una acción que le esté obligada en ejercicio de su cargo, o lo que es lo mismo, actúe con abuso de su oficio, con lo que no bastará con la condición de funcionario público en general para la comisión de este delito*".[169]

[168] MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA, V. Op. cit. Pag.8
[169] RÍOS PINTADO, J.F. "Los delitos electorales", Ponencia en los Cursos del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, febrero, 2007, pag. 10.

En cualquier caso, y ante la ausencia de pronunciamientos judiciales al respecto, ha de señalarse que, además de la intencionalidad o dolo, exigido en este precepto con carácter general, resulta también preciso que se trate de una incorrección formal de verdadera relevancia a los efectos propios del proceso electoral.

2.2.2.1.1.4. Suscitar, sin motivo racional, dudas sobre la identidad de una persona o sobre el contenido de sus derechos.

Lógicamente esta descripción exige tres elementos, a saber, la generación de dudas, que esas dudas versen sobre la identidad o el contenido de los derechos y que, en realidad, no existan motivos racionales para las mismas.

En cuanto a la expresión "*suscitar dudas*" ha de tenerse en cuenta que el tipo se cumple sólo con esa formulación de la duda, sin que sea preciso el que con ello se produzca finalmente un resultado como el impedimento para el ejercicio del derecho de sufragio por el elector, que sólo se contempla en el supuesto del ejercicio de violencia o intimidación con esa finalidad.[170]

Por lo que se refiere al contenido de las "*dudas*" han de referirse éstas a la identidad del elector o al contenido de sus derechos relacionados, obviamente, con el ejercicio del derecho de sufragio activo, tales como la existencia de una sanción penal o de la capacidad suficiente que prive de este derecho.[171]

---

[170] Art. 146.1 b) LOREG. "*1. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses:*
... ...
b) Quienes con violencia o intimidación presionen sobre los electores para que no usen de su derecho, lo ejerciten contra su voluntad o descubran el secreto de voto."

[171] Art. 3 LOREG Artículo 3.1: "*Carecen de derecho de sufragio:*
a) Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento.
b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.
c) Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento, siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio."

Y, finalmente, la existencia de razones suficientes para producir esas "*dudas*", actúa convirtiendo en impune la conducta descrita, aspecto el de la "*racionalidad"* de las "*dudas*" que habrá de quedar, en su caso, a expensas de la valoración que, al respecto, llegue a efectuar el Tribunal encargado del enjuiciamiento de esta clase de conductas, teniendo en cuenta el art. 85.4 LOREG que obliga a la Mesa a poner de manifiesto legítimamente sus dudas sobre la autenticidad de los documentos de identidad que se le exhibieran.

2.2.2.1.1.5. Suspender, sin causa justificada, cualquier acto electoral.

La referencia genérica a "*cualquier acto electoral*" supone que esa suspensión debe de producirse en relación con la constitución de la Mesa Electoral, la votación o el escrutinio, como momentos trascendentales del proceso, pero sin excluir otros posibles "*actos*" con verdadera relevancia para el mismo, como, por ej, ciertos actos de la campaña electoral.

La suspensión ha de ser, por otro lado, injustificada y "*Para poder fijar si la suspensión es justificada o no, estaremos a la legislación del derecho de reunión en relación a la licitud o no de los actos públicos de campaña electoral y al criterio de la fuerza mayor en relación a los actos de votación y escrutinio, de conformidad con los arts. 84 y 95 LOREG*".[172]

Precisamente es la expresión *"sin causa justificada"* el aspecto que, desde un principio, ha merecido más críticas en relación con este supuesto, al entender la doctrina que es ambigua y permite un excesivo margen a la interpretación judicial.[173]

Y, por supuesto, hay que tener en cuenta que, para la consumación de este delito, es preciso que la suspensión sea efectiva, aunque se trate de una suspensión meramente temporal, siempre que su duración signifique un verdadero perjuicio para la continuidad regular del proceso.

[172] MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA, V. Op. cit. pag. 10.
[173] ORTS BERENGUER, E., "Consideraciones críticas en torno a los tipos penales del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de Marzo, sobre normas electorales", en Cuadernos de Política Criminal, num. 3/1977, pag. 284 y MORILLAS CUEVA, L., "Los delitos electorales. Aspectos penales del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales.", Granada 1977, pag. 50.

La mera "*interrupción*" del acto de votación (no la "*suspensión*", que sólo puede acordarse por el Presidente de la Mesa, por causa de fuerza mayor, y supone la destrucción de los votos hasta ese momento emitidos), se contempla en el art. 84 LOREG[174], por ejemplo cuando faltan papeletas de una determinada formación política, y la de la suspensión del escrutinio a la que también alude el art. 95.2 LOREG.[175]

2.2.2.1.1.6.- Negar, dificultar o retrasar indebidamente la administración, curso o resolución de las protestas o reclamaciones de las personas que legalmente estén legitimadas para hacerlas, o no dejen de ellas la debida constancia documental.

Tampoco nos consta pronunciamiento judicial alguno en aplicación de este precepto y por lo que se refiere a comentarios doctrinales al respecto podemos citar el siguiente:

"*En relación al requisito de legitimación por parte de la persona que lleva a efecto la reclamación o la protesta, que exige el tipo como determinante de la conducta delictiva., debemos entender que la legitimidad para plantear una protesta o una reclamación es general para cualquier elector, salvo que la propia ley establezca límites por razón de la persona para llevar a cabo una protesta o reclamación*".[176]

Sin embargo, en mi opinión, esa *"legitimidad*" de las personas que formulan la protesta o reclamación, no ha de reservarse tan sólo al elector, sino que deberá extenderse, puesto que la norma no la restringe en modo alguno, a todo partícipe en el proceso electoral autorizado para formularlas, elector, candidato, interventor, representante electoral, etc., siendo a este respecto reveladores los contenidos de los arts. 99.1[177] o 108 LOREG.[178]

---

[174] Art. 80.3 LOREG: *"En caso de suspensión de la votación no se tienen en cuenta los votos emitidos en la mesa, ni se procede a su escrutinio, ordenando el Presidente, inmediatamente, la destrucción de las papeletas depositadas en la urna y consignando este extremo en el escrito a que se refiere el párrafo anterior."*

[175] ART: 95.2 LOREG: *"2. El escrutinio es público y no se suspenderá, salvo causas de fuerza mayor, aunque concurran varias elecciones. El Presidente ordenará la inmediata expulsión de las personas que de cualquier modo entorpezcan o perturben su desarrollo."*

[176] MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA, V. Op. cit. pag. 10.

[177] Art. 99.1 LOREG: *"Concluidas todas las operaciones anteriores, el Presidente, los Vocales y los Interventores de la Mesa firmarán el acta de la sesión, en la cual se expresará detalladamente el número de electores que haya en la Mesa según las listas del censo electoral o las certificaciones censales aportadas, el de los electores que hubieren votado, el de los interventores que hubieren votado no figurando en la lista de la Mesa, el de las papeletas nulas, el de las papeletas en blanco y el de los votos obtenidos por cada candidatura y se consignarán sumariamente las reclamaciones y protestas formuladas, en su caso, por los representantes de las listas, miembros de las candidaturas, sus Apoderados e Interventores y por los electores sobre la*

Por nuestra parte podemos añadir, para una adecuada comprensión de esta norma, de su aplicación y de las consecuencias prácticas de la misma, que se trata de una descripción típica de un delito de mera actividad, consistente ésta en una de las acciones mencionadas: negar, dificultar, retrasar o no dejar constancia, con lo que ello supone, de entrada, para la casi imposible calificación de conductas constitutivas de tentativa en esta concreta infracción.[179]

Por ello no es necesaria la causación de resultado perjudicial alguno más allá de la dificultad, negación o retraso de la admisión, el curso o la resolución de la protesta o reclamación, incluso aunque la irregularidad fuere posteriormente subsanada por quien corresponda.

En realidad volvemos a hallarnos ante un supuesto que, con harta frecuencia, entrará en una situación de concurso de normas con el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP, equivaliendo el término "*indebida*" de este precepto al de "*injusta*" de la prevaricación, referidos ambos a la contravención de lo legalmente correcto. Concurso de leyes a resolver, hay que recordarlo una vez más, con aplicación de las reglas del art. 8 CP por remisión al 9 del mismo Cuerpo legal.

Así mismo, aunque parezca que con la acción mencionada en este artículo "*in fine*", el no dejar debida constancia documental, se está configurando una figura delictiva de omisión ("*no dejar*"), también caben en este caso conductas propiamente comisivas cuando la constancia documental exista pero no sea la "*debida*".

---

votación y el escrutinio, así como las resoluciones motivadas de la Mesa sobre ellas, con los votos particulares si los hubiera. Asimismo, se consignará cualquier incidente de los que se hace mención en el artículo 94."

[178] Art. 108 LOREG *"…2. Los representantes y apoderados de las candidaturas disponen de un plazo de un día para presentar las reclamaciones y protestas, que sólo podrán referirse a incidencias recogidas en las actas de sesión de las Mesas electorales o en el acta de la sesión de escrutinio de la Junta Electoral.*
3. La Junta Electoral resuelve por escrito sobre las mismas en el plazo de un día, comunicándolo inmediatamente a los representantes y apoderados de las candidaturas…."

[179] La doctrina ha hecho objeto de severas críticas a este precepto por la vaguedad de sus distintos términos. Por ej. ORTS BERENGUER, E., "Consideraciones críticas en torno a los tipos penales del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de Marzo, sobre normas electorales", en Cuadernos de Política Criminal, num. 3/1977, pag. 276 y MORILLAS CUEVA, L., "Los delitos electorales. Aspectos penales del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales.", Granada 1977, pag. 51.

Algún autor considera, a su vez, que la ausencia de constancia documental no es sino una forma más de entorpecimiento de la protesta documental, por lo que no constituye realmente una categoría independiente.[180]

2.2.2.1.1.7. Causar, en el ejercicio de sus competencias, manifiesto perjuicio a un candidato.

A diferencia del ilícito anterior, delito de mera actividad que no precisa de resultado, en éste la descripción típica alude al perjuicio sin concretar la conducta causante del mismo, lo que equivale a la frase, utilizada en otras ocasiones por la norma penal y que aquí se omite, "*el que por cualquier medio*", aunque dicha omisión no comporta un distinto significado práctico, resultando de hecho que cualquier conducta o comportamiento causante del perjuicio sería típica.

Ese perjuicio lógicamente ha de referirse a los intereses electorales del candidato.[181]

Pero el único requisito para delimitar esa multiplicidad de posibles hipótesis es el de que la acción infractora la lleva a cabo el funcionario "*en el ejercicio de sus funciones*". De modo que no debe interpretarse en modo alguno con cierta flexibilidad (como en ocasiones ocurre con la prevaricación) esta expresión, puesto que es la única definidora de lo punible, desde el punto de vista de la acción.

A su vez, ese "*perjuicio*", que obligadamente ha de referirse a los legítimos derechos del candidato como tal[182], dentro del ámbito de lo electoral, se califica por la norma como "*manifiesto*", lo que no puede tener otro sentido que su evidencia incontestable.

Debiendo interpretarse como lesión no cuestionable, ni hipotética, ni dependiente de previsiones, especulaciones o suposiciones sobre eventuales consecuencias posteriores.

---

[180] JIMÉNEZ DIAZ, M.J. "Delitos electorales. Su configuración según la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de Junio", en "Comentarios a la Legislación Penal", Dirigida por COBO DEL ROSAL, M. y coordinada por BAJO FERNÁNDEZ, M. EDERSA, T-XVI, 1994, pag. 33.

[181] RÍOS PINTADO, J.F. "*Los delitos electorales*", Ponencia en los Cursos del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, febrero, 2007, pag. 12).

[182] ORTS BERENGUER, E., "Consideraciones críticas en torno a los tipos penales del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de Marzo, sobre normas electorales", en Cuadernos de Política Criminal, num. 3/1977, pag. 277 y MORILLAS CUEVA, L., "Los delitos electorales. Aspectos penales del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales.", Granada 1977, pag. 51.

Aspecto de tanto interés como presencia en las materias electorales, en numerosas ocasiones pendientes de un eventual resultado futuro.

2.2.2.1.1.8. Incumplan los trámites establecidos para el voto por correspondencia.

En relación con esta conducta infractora el "*incumplimiento*" puede suponer tanto la omisión de los trámites establecidos para el procedimiento de votación, muy prolijamente contemplados en los arts. 72 a 75 LOREG[183], como las irregularidades en su cumplimiento. Lo que convierte, una vez más, a este ilícito en un ejemplo de norma penal en blanco.

[183] Artículo 72 LOREG: *"Los electores que prevean que en la fecha de la votación no se hallaran en la localidad donde les corresponde ejercer su derecho de voto, o que no puedan personarse, pueden emitir su voto por correo, previa solicitud a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, con los requisitos siguientes:*
a) El elector solicitará de la correspondiente Delegación, a partir de la fecha de la convocatoria y hasta el décimo día anterior a la votación, un certificado de inscripción en el Censo. Dicha solicitud se formulará ante cualquier oficina del Servicio de Correos.
b) La solicitud deberá formularse personalmente. El funcionario de Correos encargado de recibirla exigirá al interesado la exhibición de su documento nacional de identidad y comprobará la coincidencia de la firma. En ningún caso se admitirá a estos efectos fotocopia del documento nacional de identidad.
c) En caso de enfermedad o incapacidad que impida la formulación personal de la solicitud, cuya existencia deberá acreditarse por medio de certificación médica oficial y gratuita, aquélla podrá ser efectuada en nombre del elector por otra persona autorizada notarial o consularmente mediante documento que se extenderá individualmente en relación con cada elector y sin que en el mismo pueda incluirse a varios electores, ni una misma persona representar a más de un elector. La Junta Electoral comprobará, en cada caso, la concurrencia de las circunstancias a que se refiere este apartado.
d) Los servicios de Correos remitirán en el plazo de tres días toda la documentación presentada ante los mismos a la Oficina del Censo Electoral correspondiente."
Artículo 73 LOREG: *"1. Recibida la solicitud a que hace referencia el artículo anterior, la Delegación Provincial comprobará la inscripción, realizará la anotación correspondiente en el censo, a fin de que el día de las elecciones no se realice el voto personalmente, y extenderá el certificado solicitado.*
2. La Oficina del Censo Electoral remitirá por correo certificado al elector, a partir del trigésimo cuarto día posterior a la convocatoria y antes del sexto día anterior al de la votación, al domicilio por él indicado o, en su defecto, al que figure en el censo, las papeletas y los sobres electorales, junto con el certificado mencionado en el párrafo anterior, y un sobre en el que figurará la dirección de la Mesa donde le corresponda votar. Con los anteriores documentos se adjuntará una hoja explicativa.
El aviso de recibo acreditativo de la recepción de la documentación a que alude el párrafo anterior deberá ser firmado personalmente por el interesado previa acreditación de su identidad. Caso de no encontrarse en su domicilio, se le comunicará que deberá personarse por sí o a través de la representación a que se refiere la letra c) del artículo anterior en la oficina de correos correspondiente para, previa acreditación, recibir la documentación para el voto por correo, cuyo contenido se hará constar expresamente en el aviso.
3. Una vez que el elector haya escogido o, en su caso, rellenado la papeleta de voto, la introducirá en el sobre de votación y lo cerrará. Si son varias las elecciones convocadas, deberá proceder del mismo modo para cada una de ellas. Incluirá el sobre o los sobres de votación y el certificado en el sobre dirigido a la Mesa y lo remitirá por correo certificado en todo caso antes del tercer día previo al de la celebración de las elecciones. Este sobre no necesita franqueo.
4. El Servicio de Correos conservará hasta el día de la votación toda la correspondencia dirigida a las Mesas Electorales y la trasladará a dichas Mesas a las nueve de la mañana. Asimismo, seguirá dando traslado de la que pueda recibirse en dicho día, hasta las veinte horas del mismo. El Servicio de Correos llevará un registro

de toda la documentación recibida, que estará a disposición de las Juntas Electorales. Los sobres recibidos después de las veinte horas del día fijado para la votación se remitirán a la Junta Electoral de Zona."

Artículo 74 LOREG: *"El Gobierno, previo informe de la Junta Electoral Central, regulará las especialidades respecto de lo dispuesto en los dos artículos anteriores para el voto por correo del personal embarcado en buques de la armada, de la marina mercante o de la flota pesquera, del personal de las fuerzas armadas españolas y de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado que estén cumpliendo misiones en el exterior, así como para el voto por correo de los ciudadanos que se encuentren temporalmente en el extranjero entre la convocatoria de un proceso electoral y su celebración."*

Artículo 75 LOREG. Ejercicio del voto por personas que viven en el extranjero: *"En las elecciones a Diputados, Senadores, miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, miembros de las Asambleas de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y Diputados al Parlamento Europeo, cuando en este último caso se opte por la elección en España, los españoles inscritos en el censo de los electores residentes-ausentes que viven en el extranjero deberán formular mediante impreso oficial la solicitud de voto dirigida a la correspondiente Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, no más tarde del vigésimo quinto día posterior a la convocatoria. Dicho impreso será remitido a los españoles inscritos en el mencionado Censo, sin perjuicio de encontrarse disponible desde el día siguiente al de la convocatoria electoral en las dependencias consulares y de poder obtenerse por vía telemática. Al impreso de solicitud se acompañará fotocopia del pasaporte o del Documento Nacional de Identidad, expedidos por las autoridades españolas o, en su defecto, certificación de nacionalidad o de inscripción en el Registro de Matrícula Consular expedidas por el Consulado de España en el país de residencia.*

2. Recibida la solicitud, las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral remitirán a la dirección de la inscripción del elector las papeletas y el sobre o sobres de votación, dos certificados idénticos de estar inscrito en el Censo de Residentes Ausentes, así como un sobre en el que debe figurar la dirección de la Junta Electoral competente y otro con la dirección de la Oficina Consular de Carrera o Sección Consular de la Misión Diplomática en la que están inscritos."

3. Dicho envío debe realizarse por correo certificado y no más tarde del trigésimo cuarto día posterior a la convocatoria, en aquellas provincias donde no hubiese sido impugnada la proclamación de candidatos, y en las restantes, no más tarde del cuadragésimo segundo.

4. Los electores que opten por ejercer por correo su derecho de voto, deberán incluir en el sobre dirigido a la Junta Electoral correspondiente, junto al sobre o sobres de votación y el certificado de estar inscrito en el censo, fotocopia del pasaporte o del Documento Nacional de Identidad expedidos por las autoridades españolas o, en su defecto, certificación de nacionalidad o certificación de inscripción en el Registro de Matrícula Consular expedidas por el Consulado de España en el país de residencia y enviar todo ello en el sobre dirigido a la Oficina Consular de Carrera o Sección Consular de la Misión Diplomática a la que el elector esté adscrito, por correo certificado no más tarde del quinto día anterior al día de la elección.

5. Los electores que opten por depositar el voto en urna, lo harán entre el cuarto y segundo día, ambos inclusive, anteriores al día de la elección entregando personalmente los sobres en aquellas Oficinas o Secciones Consulares en las que estén inscritos o en los lugares que a tal efecto se habiliten para ello. A este fin, las dependencias consulares habilitadas dispondrán de una urna o urnas custodiadas por un funcionario consular.

6. El elector acreditará su identidad ante el funcionario consular mediante el pasaporte, el Documento Nacional de Identidad o la certificación de nacionalidad o de inscripción en el Registro de Matrícula
Consular expedidas por el Consulado de España en el país de residencia, y, previa exhibición y entrega de uno de los certificados de inscripción en el censo de residentes ausentes que previamente ha recibido, depositará el sobre dirigido a la Junta Electoral competente para su escrutinio, una vez que el funcionario consular estampe en dicho sobre el sello de la Oficina Consular en el que conste la fecha de su depósito.

7. Durante los días señalados para efectuar el depósito del voto en urna los responsables consulares deberán establecer las medidas para facilitar el ejercicio del mismo por los electores, así como aquellas que se consideren necesarias para la correcta guarda y custodia de las urnas, que incluirán el precintado de las mismas al finalizar cada jornada. Los representantes de las candidaturas concurrentes a las elecciones podrán estar presentes en las dependencias consulares habilitadas durante los días del depósito de voto en urna.

8. Finalizado, el plazo del depósito del voto en urna, el funcionario consular expedirá un acta que contendrá el número de certificaciones censales recibidas y, en su caso, las incidencias que hubieran podido producirse, así como el número de sobres recibidos por correo hasta la finalización del depósito del voto en urna. Al día siguiente, los sobres depositados por los electores y los recibidos por correo junto al acta expedida por el funcionario consular deberán ser remitidos, mediante envío electoral, a la Oficina que a estos efectos se constituya en el Ministerio de Asuntos Exteriores, la cual, a su vez, procederá al envío urgente de dichos sobres a las Juntas Electorales correspondientes.

Pero, obviamente, por aplicación de los principios de intervención mínima del Derecho Penal y de lesividad, tan sólo los incumplimientos verdaderamente trascendentes, en relación con el ejercicio del voto como de su tratamiento posterior, pueden ser considerados, con propiedad, como penalmente típicos.

En este sentido, la STS de 2 de Diciembre de 1980 condenó, aplicando el art. 86.3 del RDL 20/1977 vigente al tiempo de los hechos y equivalente al que aquí comentamos, *"...la acción del cartero (funcionario público a los efectos del art. 135.1 LOREG), candidato de un partido político a las elecciones municipales, que, con el fin de impedir que numerosos ancianos ejercieran su derecho de sufragio, por suponer que lo harían en favor de la candidatura de otro partido político, retuvo los sobres a ellos dirigidos con la documentación electoral, impidiendo su voto por correo*."

Mientras que tanto en la STS de de 23 de Febrero de 1994 como en la SAP de Badajoz de 17 de Febrero de 1988 se produjeron sendas absoluciones de dos funcionarios de Correos, en los que no se aprecia comportamiento doloso:

- En el primer caso por parte del cartero que en vez de recibir en su despacho oficial, como la LOREG dispone (art. 138), a los solicitantes de voto por correspondencia a fin de que suscribieran en su presencia las correspondientes solicitudes, se desplaza a los domicilios particulares de éstos, sitos en una pequeña localidad, para que firmaran allí, dada su dificultad de desplazamiento y tras la correspondiente identificación con exhibición del DNI, en el documento interesando la certificación de inscripción en el registro electoral, trasladándose a la oficina postal y entregándoles, en un momento posterior, el correspondiente resguardo. Con lo que se considera que no hay manipulación

---

9. En todos los supuestos regulados en el presente artículo será indispensable para la validez de estos votos que conste claramente en el sobre mencionado un matasellos u otra inscripción oficial de una Oficina de Correos del Estado en cuestión o, en su caso, de la Oficina Consular de Carrera o Sección Consular de la Misión Diplomática correspondiente, que certifique, de modo indubitable, el cumplimiento del requisito temporal que en cada caso se contempla.
10. El día del escrutinio general, y antes de proceder al mismo, la Junta Electoral competente se constituye en Mesa Electoral, a las ocho horas de la mañana, con los Interventores que a tal efecto designen las candidaturas concurrentes.
11. A continuación, su Presidente procede a introducir en la urna o urnas los sobres de votación de los residentes ausentes recibidos hasta ese día y el Secretario anota los nombres de los votantes en la correspondiente lista.
Acto seguido, la Junta escruta todos estos votos e incorpora los resultados al escrutinio general.
12. El Gobierno, previo informe de la Junta Electoral Central, puede regular los criterios y limitar los supuestos de aplicación de este artículo, así como establecer otros procedimientos para el voto de los residentes ausentes que vivan en Estados extranjeros donde no es practicable lo dispuesto en este artículo.

fraudulenta ni intención malévola para distorsionar el curso electoral, ni simulación, suplantación u ocultación. Supuesto que la AP había considerado, en la instancia, como delictivo aunque con la concurrencia de error de prohibición vencible.[184].

- Y en la segunda de tales Resoluciones al considerar que la irregularidad se debía a una imprudencia del funcionario, conducta no intencionada y, por ende, no punible de acuerdo con las expresas exigencias contenidas en este tipo penal.

2.2.2.2. Delitos por abuso de oficio o falsedad.[185]

En el art.140 LOREG[186] vuelven a contemplarse una serie de supuestos que tienen el carácter de "*delitos especiales propios*", puesto que tan sólo pueden ser cometidos por quien

[184] ART. 14 CP: *"1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.*
2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.
3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados."

[185] Art. 390.1 CP: "*Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad*:
1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.
2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.
3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.
4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos."

[186] Art. 140 LOREG: *1. Serán castigados con las penas de prisión de tres a siete años y multa de dieciocho a veinticuatro meses los funcionarios que abusando de su oficio o cargo realicen alguna de las siguientes falsedades:*
a) Alterar sin autorización las fechas, horas o lugares en que deba celebrarse cualquier acto electoral incluso de carácter preparatorio, o anunciar su celebración de forma que pueda inducir a error a los electores.
b) Omitir o anotar de manera que induzca a error sobre su autenticidad los nombres de los votantes en cualquier acto electoral.
c) Cambiar, ocultar o alterar, de cualquier manera, el sobre o papeleta electoral que el elector entregue al ejercitar su derecho.
d) Realizar con inexactitud el recuento de electores en actos referentes a la formación o rectificación del Censo, o en las operaciones de votación y escrutinio.
e) Efectuar proclamación indebida de personas.
f) Faltar a la verdad en manifestaciones verbales que hayan de realizarse en algún acto electoral, por mandato de esta Ley.
g) Consentir, pudiendo evitarlo, que alguien vote dos o más veces o lo haga sin capacidad legal, o no formular la correspondiente protesta.
h) Imprimir, confeccionar o utilizar papeletas o sobres electorales con infracción de las normas establecidas.

ostente la condición de "*funcionario público*", en el sentido de lo que dicen los arts. 24 CP y 135.1 LOREG[187], sin perjuicio de la intervención de un tercero, "*extraneus*", que en estos casos resulta de la aplicación especial del art. 141.2 LOREG[188] con exclusión del art. 65.3 CP, al que nos referíamos en el apartado anterior.[189]

No obstante, aquí se exige expresamente, además, que la acción ilícita se cometa por el funcionario "*abusando de su oficio o cargo*", por lo que se restringe el ámbito de la infracción, a aquellas conductas realizadas dentro de las competencias propias del autor y no cuando éste se exceda o invada otras que no le son propias (por ej., la alcaldesa pedánea que autoriza a familiares a empadronarse falsamente en un domicilio de su propiedad para ser incluidos en el censo electoral correspondiente, no comete este delito por no tratarse de actuaciones falsarias abusando del ejercicio de su cargo[190]).

Insiste en estas consideraciones la SAP de Navarra de 28 de Julio de 2005 cuando afirma que:

"*Se ha dicho por la doctrina que la imprescindible transparencia de todo el proceso electoral, así como la necesidad de que los resultados electorales sean fiel trasunto de lo que los ciudadanos han votado en las urnas, justifica el catálogo de tipos contenido en los artículos 140 y 141 de la LOREG, destinados a tipificar lo que se ha venido denominando falsedades electorales. En este sentido es necesario apreciar, de un lado, que las falsedades tipificadas en el art. 140 las define el propio precepto en su apartado 2º como «alteraciones de la verdad» y, de otro, que se trata de falsedades electorales que han de ser cometidas por funcionario público y abusando de su oficio o cargo, admitiéndose la forma dolosa y también la comisión por imprudencia temeraria. En suma, pues, los tipos descritos en el art. 140 precisan no sólo que el sujeto activo de la falsedad electoral tenga la condición de funcionario, para lo cual ha de acudirse al art. 135 de la LOREG, sino también que ese*

---

i) Incumplir las obligaciones relativas a certificaciones en materia de subvenciones por gastos electorales previstas en esta Ley.
j) Cometer cualquier otra falsedad en materia electoral, análoga a las anteriores, por alguno de los modos señalados en el artículo 302 del Código Penal.
2. Si las falsedades a las que se refiere este artículo se cometieran por imprudencia grave, serán sancionadas con la pena de multa de doce a veinticuatro meses."

[187] Vid. apdo. 2.2.1.1.
[188] Vid. apdo. 2.2.2.3.
[189] Vid. apdo. 2.2.2.1.
[190] SAP de Santander de 14 de Mayo de 2007, siguiendo la STS de 18 de Octubre de 2006, en el mismo sentido.

funcionario cometa la falsedad referida «abusando de su oficio o cargo» y, como es sabido, sólo abusa de su oficio o cargo el funcionario que comete la falsedad en el ámbito de sus atribuciones, de manera que no cometería el delito del artículo 140 LOREG si la actividad realizada no tiene ninguna vinculación con lo que son sus atribuciones funcionariales; efectivamente, como ha tenido ocasión de señalar la doctrina, «se trata de que entre las competencias legalmente atribuidas consten las de realizar justamente lo contrario de lo que se prescribe en el art. 302 (actualmente 390 CP 1995), pues sólo abusa, en sentido estricto, de su oficio aquél funcionario que ejecuta indebidamente lo que tiene que hacer..., y no el que invade competencias ajenas y efectúa actos que funcionarialmente escapan a sus atribuciones...».”

En todos los supuestos se contemplan falsedades, que se detallan de forma muy precisa, en referencia siempre a distintas intervenciones de los autores en el proceso electoral.

Por lo tanto, el bien jurídico protegido no es otro que el del respeto a la veracidad y coincidencia con la realidad de los diferentes trámites electorales.

En esas descripciones, según lo que comprobaremos más adelante, se incluyen tanto acciones, en sentido estricto, como comportamientos omisivos.[191]

Las referencias a preceptos del Código Penal, arts. 302 y 318, lo eran al texto de 1973[192], por lo que, como luego se verá, han quedado incomprensiblemente desactualizadas, en concreto la relativa al primero de tales preceptos, sin que, para nuestra sorpresa, se haya

[191] Supuestos b) y g) de este art.

[192] Art. 302.1 CP 1973: “*Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas el funcionario público que, abusando de su oficio, cometiera falsedad:*
1.º Contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica.
2.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido.
3.º Atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho.
4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos.
5.º Alterando las fechas verdaderas.
6.º Haciendo en documento verdadero cualquier alteración o intercalación que varíe su sentido.
7.º Dando copia en forma fehaciente de un documento supuesto o manifestando en ella cosa contraria o diferente de la que contenga el verdadero.
8.º Intercalando cualquier escritura en un protocolo, registro o libro oficial.
9.º Simulando un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad.”

corregido posteriormente este aspecto, a pesar de la Reforma operada recientemente por la LO 2/2011.

Por otra parte, se advierte la severidad de la previsión punitiva, que puede alcanzar hasta los siete años de prisión, además de la correspondiente multa.

Y por último, también hay que señalar que en este precepto nos encontramos con la única referencia a la tipificación de la conducta imprudente, en su apdo. 2, lo que no deja de causar cierta perplejidad, dado que los delitos de falsedad se caracterizan generalmente por la presencia ineludible de un dolo falsario, aún cuando en el propio art. 391[193] del vigente CP también se contemple la posibilidad de la figura imprudente, por imprudencia grave, en las falsedades cometidas por funcionarios públicos, previsión que no existía en el texto de 1973, por el criterio del "crimen culpae" que le informaba, a pesar de lo cual la Jurisprudencia admitía esta forma culposa del delito de falsedad, con base en el art. 565 del anterior Código, sobre todo en los supuestos de clara negligencia que fuere incompatible con el deber de fidelidad a la verdad propia del fedatario o funcionario público.[194]

2.2.2.2.1. Supuestos.

2.2.2.2.1.1. Alterar sin autorización las fechas, horas o lugares en que deba celebrarse cualquier acto electoral incluso de carácter preparatorio, o anunciar su celebración de forma que pueda inducir a error a los electores.

2.2.2.2.1.1.1.- La primera conducta, en este caso, consiste en la alteración por el funcionario de las circunstancias, de tiempo y lugar, para la celebración de cualquier acto electoral, lo que, evidentemente, no supone una verdadera "falsedad" en sentido estricto, sino una "alteración" del tiempo o lugar del acto electoral.[195]

[193] Art. 391 CP: *"La autoridad o funcionario público que por imprudencia grave incurriere en alguna de las falsedades previstas en el artículo anterior o diere lugar a que otro las cometa, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año."*

[194] Vid al respecto SSTS de 27 de Febrero de 1976, 27 de Diciembre de 1982, , 14 de Diciembre de 1990, 4 de Marzo de 1992 u 8 de Marzo de 1993.
[195] RÍOS PINTADO, J.F. op. cit., pag. 15.

Como matizaciones, dentro de esta norma, hay que prestar atención a tres aspectos de indudable trascendencia.

En primer lugar, que esa alteración ha de carecer de "*autorización*", lo que nos remite a que se trate de autorizaciones expresamente contempladas en la normativa del propio régimen electoral, teniendo en cuenta para su debida justificación, además de los supuestos contemplados en la propia LOREG, a las circunstancias del hecho.[196]

Además, por "*acto electoral*" habrá de entenderse, en principio, cualquiera de los contemplados en la LOREG, relacionados con los de la campaña, la constitución de las Juntas y Mesas, la votación o el escrutinio, etc., puesto que la Ley emplea el término amplísimo "*cualquier*", aplicado al acto cuyas circunstancias se alteran.

No obstante, en mi opinión, una interpretación excesivamente literalista del precepto podría conducir a tales efectos extensivos que contravendrían principios básicos del sistema penal, tales como los de "*lex certa*", dentro del principio de legalidad, o el de "*lesividad*", resultando necesario entender que ha de tratarse, tan sólo, de aquellos "*actos electorales*" cuya alteración suponga una afectación del proceso electoral de cierta relevancia o influencia en sus resultados. Máxime si recordamos que tal conducta puede llegar a castigarse con pena de hasta siete años de prisión (principio de proporcionalidad).

Y, finalmente, habrá de tenerse en cuenta, eso sí, también los "*actos preparatorios*" de las distintas fases del proceso electoral se entiende, siempre que concurra en ellos ese elemento de relevancia al que acabamos de referirnos.

2.2.2.2.1.1.2. La segunda de las conductas incluidas en este apartado, totalmente independiente de la anterior, es la relativa al anuncio de la celebración de los referidos "*actos electorales*" de forma que pueda a inducir a error a los electores.

[196] RÍOS PINTADO, J.F. op. cit., pag. 15.

Precisemos a este respecto que no se exige que el error realmente se produzca sino, tan sólo, que exista la "*posibilidad*" de que ello ocurra porque la conducta sea capaz de inducir a ese error a un ciudadano medio.[197]

Lo que unido a la eventualidad de que nos encontremos ante la comisión culposa (apdo. 2 de este mismo art.) de esta conducta, supondría la sanción, totalmente desproporcionada a mi juicio, en algunos casos de aplicación de este precepto,

2.2.2.2.1.2. Omitir o anotar de manera que induzca a error sobre su autenticidad los nombres de los votantes en cualquier acto electoral.

Contemplamos aquí un claro ejemplo de punición de una conducta omisiva, junto a una acción que supone inducir a error sobre su autenticidad, en ambos casos en referencia al nombre de los votantes, o de alguno de ellos.

Evidentemente sólo se podrá cometer esta infracción en aquellos casos, actos electorales, en los que deban figurar nominalmente los votantes, tales como las listas electorales o la votación.

Y así como la simple omisión de tales nombres (incluso por grave imprudencia) puede dar lugar al delito, en el supuesto de la incorrecta anotación de los mismos se requiere que ésta se haga en forma tal que "*induzca a error sobre su autenticidad*", no simplemente que pudiera inducir a ello.

Con lo que, entre otras finalidades, se podría buscar el permitir una "*doble votación*", a la que se refiere también el apartado g) de este mismo artículo, con la generación de la correspondiente figura concursal entre ambos ilícitos, que sería, en mi opinión, no de normas (art. 8 CP) sino instrumental (art. 77), solución técnica que, sin embargo, llevaría consigo una exagerada exacerbación punitiva, de cara al principio de proporcionalidad, con un resultado de cinco a siete años de prisión y de 21 a 24 meses de multa.[198]

[197] PEÑARANDA RAMOS, J.L. y otros, "Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General", Ed. CIVITAS, Madrid, 1986, pag. 1149.

[198] Si bien, con la nueva redacción del art. 77 CP, tras la reforma de la LO 1/2015 (vid. Nota 53) se abre la posibilidad de que la interpretación judicial del precepto permita tamizar estos efectos punitivos, en especial en el concurso medial, o instrumental, de delitos.

No obstante, para la sanción de la incorrecta inclusión de votantes, que no es por tanto ni omisión ni indebida anotación de nombres, se castigará, en todo caso, a través de la cláusula genérica del apartado j) de este mismo artículo.[199]

2.2.2.2.1.3. Cambiar, ocultar o alterar, de cualquier manera, el sobre o papeleta electoral que el elector entregue al ejercitar su derecho.

La conducta que aquí se contempla es, sin duda, una de las más propias y trascendentes de toda la "*delincuencia electoral*".

En efecto, con ella se produce una directa alteración irregular de los resultados de la votación, además de privarse al elector de su derecho de ejercicio del voto al sustituir la consecuencia de su libre decisión por la propia del infractor.

Es acción, en este caso, cometida por aquel a quien legalmente (art. 135.1 LOREG) se le atribuye la condición de funcionario público, a efectos electorales, entre ellos de modo muy significado los miembros de la Mesa electoral o, en su caso, los encargados de hacer llegar a ésta los votos emitidos por correspondencia, y en el momento de la votación o, en todo caso, con anterioridad al acto del escrutinio.

También podría considerarse su comisión en el traslado a la Juntas Electorales, tras el escrutinio celebrado en la Mesa, al efecto de posteriores comprobaciones de los resultados producidos.

Se contempla aquí un comportamiento que puede afectar al acto del ejercicio del derecho al voto presencial o por correspondencia.

La conducta, según el tenor literal de este artículo, puede ser cualquiera ("*...de cualquier manera...*"), pero su resultado ha de ser el de "*Cambiar, ocultar o alterar...*". mientras que el objeto material de tales operaciones ha de ser el sobre en el que se contiene la papeleta de votación o la papeleta misma.

[199] RÍOS PINTADO, J.F., op. cit., pag. 15.

Cambiar es sustituirles por otro y ocultar significa en esta ocasión tanto como suprimir, mientras que alterar es modificar el contenido que expresa la voluntad real del votante.

En la práctica parece que las dos primeras acciones, "*cambiar*" y "*ocultar*", irán referidas al sobre con su contenido, en tanto que "*alterar*" es más propio de la papeleta misma.

Por último, parece muy improbable la comisión de este delito por imprudencia, como prevé el apartado 2 de este artículo, dada la naturaleza de tales actos que ofrecen un significado claramente intencional.

Por otro lado, algún autor[200] sostiene que la introducción en la urna de papeletas nuevas no entregadas por los electores sólo puede ser castigada, nuevamente, a partir del apartado g) de este mismo artículo.

2.2.2.2.1.4. Realizar con inexactitud el recuento de electores en actos referentes a la formación o rectificación del Censo, o en las operaciones de votación y escrutinio.

En este supuesto la acción penalmente típica es muy clara: la inexactitud en el recuento de los electores, debiendo tener en cuenta que, cuando se tratase de la inexactitud del recuento en el escrutinio, el precepto se refiere, en realidad, a la de los votos, puesto que son éstos, y no los "*lectores*", los que son en ese momento objeto del recuento.[201]

La comete el funcionario público, en el sentido amplio ya visto (art. 135 LOREG[202]), encargado tanto de las operaciones de formación o rectificación del Censo electoral como de las de votación o escrutinio.

La consecuencia será, o podrá ser, la de la nulidad de los votos emitidos.

[200] PEÑARANDA RAMOS, J.L., op. cit., pag.1153.
[201] RÍOS PINTADO, J.F., op. cit., pag. 15.
[202] Vid. apdo. 2.2.1.1.1.

A diferencia del supuesto anterior, en esta ocasión sí que es fácilmente imaginable la aplicación de la imprudencia, el error negligente en el cómputo de los electores, si bien evidentemente ha de tratase de una imprudencia calificable como grave,

2.2.2.2.1.5. Efectuar proclamación indebida de personas.

Para esta figura sí que resultan fácilmente identificables los funcionarios que pueden incurrir en ella, ya que no podrán ser otros que los integrantes de las Juntas Electorales competentes para la proclamación de electos, de acuerdo con el apartado 4 del art. 108 LOREG[203], y para el caso de las Elecciones para el Parlamento Europeo los de la Junta Electoral Central, de acuerdo con el art. 224.1 de dicha Ley.[204]

El hecho de que la proclamación fuere "*indebida*", elemento esencial del delito, ha de remitirnos a los requisitos, condiciones y trámites para la correcta proclamación (arts. 108 y ss. LOREG), por tratarse en realidad de otra norma penal en blanco más, abarcando tanto la proclamación de candidatos no elegidos o en los que no concurran los necesarios requisitos legales como la no proclamación de aquel de quien legalmente debiera realizarse.

Cuando la proclamación no se corresponda con las previsiones legales, pero hubiere sido propiciada por la Junta Electoral Central, de acuerdo con la correspondiente resolución desestimatoria de las reclamaciones o protestas planteadas por los legitimados para ello, no resultará de aplicación este precepto, cuya comisión sólo es posible por quienes llevan a cabo el acto de proclamación, en sí, sin perjuicio de la eventual presencia de un delito de prevaricación administrativa (art. 404 CP[205]) en relación con quienes posibilitaron tal

---

[203] Art. 108.4 LOREG: "*Transcurrido el plazo previsto en el párrafo anterior sin que se produzcan reclamaciones o protestas, o resueltas las mismas por la Junta Electoral Central, las Juntas Electorales competentes procederán, dentro del día siguiente, a la proclamación de electos, a cuyos efectos se computarán como votos válidos los obtenidos por cada candidatura más los votos en blanco."*

[204] Art. 224.1 LOREG: *"La Junta Electoral Central procederá, no más tarde del vigésimo día posterior a las elecciones, al recuento de los votos a nivel nacional, a la atribución de escaños correspondientes a cada una de las candidaturas y a la proclamación de electos."*

[205] Art. 404 CP: *"A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años."* (Modficado por el art. único.206 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.)

ilegalidad. Pero teniendo en cuenta, a este respecto, un matiz de gran importancia, a saber, la imposibilidad de la figura imprudente.

Así mismo, al hallarnos ante una actuación de órgano colegiado podría darse el caso de irresponsabilidad de cara a este delito por quienes pudieran acreditar su oposición a la mayoría acerca de la procedencia de la proclamación.

La irregularidad de la proclamación deberá ser objeto, en principio, de la Sentencia que resuelva el contencioso electoral regulado en los arts. 109 y ss. LOREG, a cuyo contenido se refiere en concreto el art. 113[206] de ese mismo Cuerpo legal, a pesar de lo cual nada obstaría para que entrase a pronunciarse sobre tal cuestión la eventual Resolución de los Tribunales penales que enjuicien un delito como el que comentamos, dada la preferencia, a estos efectos, de dicha jurisdicción.[207]

Y una vez más hay que recordar la posibilidad de la comisión culposa de esta infracción.

2.2.2.2.1.6. Faltar a la verdad en manifestaciones verbales que hayan de realizarse en algún acto electoral, por mandato de esta Ley.

Resulta sorprendente, e intrigante, esta descripción típica, toda vez que las únicas expresiones verbales contenidas en la LOREG, y las dos correspondientes al Presidente de la Mesa Electoral, son: la fórmula de apertura del acto de votación, a las nueve de la mañana

---

[206] Art. 113 LOREG: *"1. Concluido el período probatorio, en su caso, la Sala, sin más trámite, dictará Sentencia en el plazo de cuatro días.*
2. La Sentencia habrá de pronunciar alguno de los fallos siguientes:
a) Inadmisibilidad del recurso.
b) Validez de la elección y de la proclamación de electos, con expresión, en su caso, de la lista más votada.
c) Nulidad de acuerdo de proclamación de uno o varios electos y proclamación como tal de aquel o aquellos a quienes corresponda.
d) Nulidad de la elección celebrada en aquella o aquellas Mesas que resulten afectadas por irregularidades invalidantes y necesidad de efectuar nueva convocatoria en las mismas, que podrá limitarse al acto de la votación, o proceder a una nueva elección cuando se trate del Presidente de una Corporación Local, en todo caso en el plazo de tres meses a partir de la sentencia. No obstante, la invalidez de la votación en una o varias Mesas o en una o varias Secciones no comportará nueva convocatoria electoral en las mismas cuando su resultado no altere la atribución de escaños en la circunscripción.
[3. No procederá la nulidad cuando el vicio del procedimiento electoral no sea determinante del resultado de la elección. La invalidez de la votación en una o varias Secciones tampoco comporta la nulidad de la elección cuando no se altere el resultado final."
[207] Arts. 10.2 LOPJ y 3 LECr.

del día fijado para ello, anunciando que "*empieza la votación*" y, tras la emisión de cada voto, la expresión "*vota*", manifestaciones que difícilmente pueden ser "falseadas" y que, en cualquier caso, aún alteradas, o incluso suprimidas, constituyen una irregularidad por completo carente de efectos relevantes en orden al bien jurídico protegido, por lo que dudamos mucho que en alguna ocasión pueda producirse Resolución condenatoria por aplicación de este supuesto.

2.2.2.2.1.7. Consentir, pudiendo evitarlo, que alguien vote dos o más veces o lo haga sin capacidad legal, o no formular la correspondiente protesta.

Frente a lo que se acaba de decir, aquí si que estamos ante una clara infracción gravemente vulneradora del proceso electoral y su resultado, al suponer un ejercicio excesivo del voto, por su emisión dos o más veces por un mismo elector o por la de quien carece de capacidad para ejercitarlo, que encuentra a su vez el correlato, respecto del elector que la cometiere, en el art. 142 de esta misma Ley, del que más adelante nos ocupamos.

La podrán cometer tanto los integrantes de la Mesa electoral o quienes participen en la formación del Censo electoral, incluyendo en él a un mismo elector varias veces o a aquel de quien consta que no reúne las condiciones de capacidad exigibles.

Se trata de conductas omisivas pues "*consentir*" realmente equivale a "*no impedir*", no suponiendo la realización de ningún acto positivo sino, tan sólo, la pura pasividad, de igual modo que el "*no formular*" la protesta que procediera reitera el contenido omisivo de este delito.

En ambos casos resulta francamente difícil, aunque no del todo imposible, imaginar una comisión imprudente, ya que, en los dos, "*consentir*" y "*no protestar*", parecen presumir un conocimiento, previo y consciente, de la irregularidad.

Hay que tener además en cuenta que sea posible evitar la doble votación o la del incapaz.

Y por lo que se refiere a la *"incapacidad*" hemos de remitirnos a la Legislación electoral, en concreto el art. 2 LOREG[208], que establece la exclusión del derecho de sufragio en tres supuestos, los tres requiriendo Resolución judicial, o por imposición de la pena de privación del derecho de sufragio, hoy ya inexistente en nuestro ordenamiento[209], o por declaración expresa de esta incapacidad, a efectos electorales, en Sentencias de incapacitación, o Resolución acordando el internamiento involuntario en Establecimiento psiquiátrico.

La inexistencia de esa Resolución judicial expresa convierte la conducta en impune, como en el caso de la SAP de Pontevedra, de 10 de Mayo de 2005, que absuelve a los trabajadores de residencias de ancianos que trasladan a internos para solicitar el voto por correo, algunos judicialmente incapacitados pero sin que en el ámbito de su incapacidad se incluyera expresamente la relativa al ejercicio del derecho de sufragio, aunque presentasen un manifiesto deterioro cognitivo.

Así mismo, parece claramente aplicable el art. 1 LOREG, en su exclusión, "*a contrario*", del menor de edad como incapaz para este ejercicio, al afirmar que "*el derecho de sufragio corresponde a los españoles mayores de edad*".

Y otro tanto podría decirse, con las salvedades correspondientes (participación de los ciudadanos de la Unión Europea en las elecciones locales, por ej.), de quienes no ostentan la nacionalidad española.

Sin embargo no creo que deba incluirse en este capítulo de "*incapaces*", cuya votación puede dar lugar, para quien la consienta, a la presencia de una responsabilidad penal, aquellos que, reuniendo en su persona el resto de requisitos para ser electores, no se

[208] Art. 2 LOREG: *"1. Carecen de derecho de sufragio:*
a) Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento.
b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.
c) Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento, siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.
2. A los efectos previstos en este artículo, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio de sufragio. En el supuesto de que ésta sea apreciada, lo comunicarán al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente."
[209] Art. 44 CP.

encuentren inscritos en el correspondiente Censo electoral, ya que no se trata de una circunstancia personal, afectante a la capacidad, sino un simple requisito administrativo para otorgar valor al voto.

Evidentemente, no tiene aquí cabida a pesar del carácter supletorio general del CP, el art. 25 de este texto[210], que contiene una descripción del sentido de "*incapaz*" a efectos penales, de naturaleza "*realista*" o "*material*", no precisada de declaración judicial formal y expresa. Y ello toda vez que la determinación de la "*capacidad*" a efectos electorales, que es a lo que se refiere el precepto, corresponde en exclusiva a la legislación en esta materia, que incluye sus propios criterios en orden a la capacidad para votar.[211]

Generalmente serán los funcionarios responsables del Censo electoral, que tendrían conocimiento, a través de los correspondientes registros, de las circunstancias de los posibles electores, quienes estarían llamados a ser los posibles autores de este delito, pero también deberían incluirse todos aquellos funcionarios, en especial los integrantes de la Mesa Electoral que, por conocimiento propio o por evidencias manifestadas en el acto de la votación, supieran de la posible incapacidad del elector de que se trate y no despejasen la correspondiente duda.

En cuanto a la referencia a las "*protestas*", equivalentes a "*reclamaciones*", parece que se está señalando a aquellos funcionarios a los que la LOREG confiere legitimación para formularlas en casos tales como los de los representantes de los Partidos o de las Candidaturas ante las Mesas Electorales, a las que hace alusión el art. 97.2 LOREG.[212]

---

[210] Art. 25 CP: *"A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*
Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente." (modificado por el art. único.15 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo).

[211] SAP de Pontevedra de 10 de Mayo de 2005, ya citada.

[212] Art. 97.2 LOREG: *"A continuación, el Presidente preguntará si hay alguna protesta que hacer contra el escrutinio y, no habiendo ninguna o después de que la Mesa resuelva por mayoría las que se hubieran presentado, anunciará en voz alta su resultado, especificando el número de electores censados, el de certificaciones censales aportadas, el número de votantes, el de papeletas nulas, el de votos en blanco y el de los votos obtenidos por cada candidatura.*"

2.2.2.2.1.8. Imprimir, confeccionar o utilizar papeletas o sobres electorales con infracción de las normas establecidas.

Resulta algo oscuro, semánticamente, este apartado al aludir a *"imprimir*" y "*confeccionar*", que podría tratarse de términos, si no análogos, generalmente "*solapables*" en su significado.

El objeto material de este delito pueden serlo tanto las "*papeletas*" como los "*sobres*" de votación que, de ser detectada su irregularidad llevarían a la confusión y, generalmente, a la anulación de los votos emitidos haciendo uso de ellos.

Las conductas descritas son fácilmente diferenciables entre el que "*imprima*" o "*confeccione*" y el que "*utiliza*", con sujetos de igual forma distintos pues los primeros tenderán a identificarse con los candidatos o quienes con ellos colaboren, interesados en esa generación de papeletas o sobres irregulares, y los electores, como usuarios de los mismos.

Pero hay que tener en cuenta que nos hallamos ante infracciones que han de ser cometidas por funcionario público, abusando de su oficio o cargo, como exige el párrafo introductorio de este precepto, con lo de la figura de la *"utilización*" puede llegar a plantear serios problemas interpretativos y de aplicación.

Aunque no falta tampoco en la doctrina quienes son partidarios de extender el término "*utilizar*" también a aquellos que "*distribuyan*" las papeletas o sobres con infracción de las normas establecidas para ello[213], opinión que no puedo compartir al considerarla excesivamente extensiva y contraria, por tanto, al principio de legalidad penal.

Lo que sí que resulta evidente es que las normas electorales a tener en cuenta en orden a la determinación de cuándo nos hallamos ante esta clase de conductas incorrectas son el art. 70 LOREG que establece que serán las correspondientes Juntas Electorales a quienes compete la aprobación del modelo oficial de la papeleta electoral y el 172 relativo a los requisitos formales de las papeletas.

[213] MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA, V. Op. cit. pag. 12.

2.2.2.2.1.9. Incumplir las obligaciones relativas a certificaciones en materia de subvenciones por gastos electorales previstas en esta ley.

Son los arts. 127.2[214] y 133.4[215] LOREG los que contemplan y regulan la obligación de comprobación y certificación, por parte de los órganos de gobierno de la institución en la que el electo deba ejercitar su cargo, de la adquisición plena de la condición de Diputado, Senador, miembro del Parlamento Europeo o de la correspondiente Corporación local, que justifica el devengo y pago de las subvenciones oficiales correspondientes.

Y otro tanto ocurre con la necesidad, cuando así lo acuerde la Administración Electoral, de certificación, por los órganos de partidos, coaliciones, federaciones y agrupaciones de electores, de la adquisición plena del cargo por los electos, al tiempo de de recibir el primer pago del 90% de la subvención, en tanto que no concluyan las actuaciones del Tribunal de Cuentas al respecto, tras presentar aval por el 10% del anticipo de la subvención percibido.

Obviamente, a estos efectos y por disposición expresa de la Ley (art. 135.1 LOREG), los miembros de los órganos encargados de dichas certificaciones ostentan la condición de

---

[214] Art. 127.2 LOREG: *"Tanto el devengo como el pago de dichas subvenciones a las formaciones políticas o a cualquiera otra persona o entidad a las que, por cualquier título, se hubiese transmitido el crédito correspondiente podrán quedar condicionados, si así lo acuerda la Administración Electoral, a la justificación de la adquisición por los electos pertenecientes a partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores de la condición plena de Diputado, Senador, miembro del Parlamento Europeo o miembro de la correspondiente Corporación local y del ejercicio efectivo del cargo para el que hubiesen sido elegidos por cuya elección y desempeño se hayan devengado o se devenguen las citadas subvenciones. La comprobación y certificación de estos supuestos corresponderá a los órganos de gobierno de la institución en que se deba ejercitar dicho cargo."*

[215] Art. 133.4 LOREG: "*El Estado, en el plazo de 30 días posterior a la presentación ante el Tribunal de Cuentas de su contabilidad y en concepto de adelanto mientras no concluyan las actuaciones del Tribunal de Cuentas, entregará a los administradores electorales el 90 % del importe de las subvenciones que, de acuerdo con los criterios establecidos en la presente Ley, les corresponda de acuerdo con los resultados generales publicados en el ¿Boletín Oficial del Estado¿, descontado, en su caso, el anticipo a que se refiere el apartado 1 del articulo 127 bis de esta Ley. En dicho acto, los partidos, coaliciones, federaciones y agrupaciones de electores deberán presentar para poder percibir ese anticipo aval bancario por el 10 % de la subvención percibida, así como, si así lo acuerda la Administración electoral certificación expedida por el órgano correspondiente que acredite fehacientemente la adquisición por los electos pertenecientes a dichas formaciones políticas de la condición plena de Diputado, Senador, miembro del Parlamento Europeo o miembro de la correspondiente Corporación Local y el ejercicio efectivo del cargo para el que hubiesen sido elegidos y por cuya elección se hayan devengado o se devenguen las subvenciones recogidas en esta Ley. Tampoco procederá la concesión de dicho adelanto cuando en la formación política figuren personas en quienes concurra la circunstancia a la que se refiere el párrafo b del apartado 2 del artículo 6 de la presente Ley."*

"*funcionarios públicos*" al tener encomendado el desempeño de funciones como las enunciadas.

El apartado no habla de "*falsedades*", por lo que surge la duda de si el tipo penal abarca la confección de certificaciones que no se ajustan a la realidad, como podría interpretarse a partir de la alusión genérica a "*las siguientes falsedades*" que se contiene en el primer párrafo de este mismo artículo, o si hemos de remitir tal conducta para su sanción a otros preceptos, del CP o de la Ley especial, restringiéndose el presente supuesto tan sólo a los casos de omitir la emisión de las certificaciones o llevar a cabo ésta sin las oportunas comprobaciones al respecto.

En cualquier caso, este precepto da entrada a los "*funcionarios*" mencionados en complejos concursales entre este tipo y los contemplados en los arts. 149 y 150 de esta misma Ley.[216]

2.2.2.2.1.10. Cometer cualquier otra falsedad en materia electoral, análoga a las anteriores, por alguno de los modos señalados en el artículo 302 del Código Penal.

En último lugar se incluye una "*cláusula de cierre*" a fin de evitar situaciones de impunidad por falta de previsión legal, acudiendo para ello a una remisión a las conductas ya tipificadas en el CP (art. 302 CP 1973, hoy 390 CP 1995[217]), con lo que cabe preguntarse si no resulta innecesaria esta mención, toda vez que el CP ya contempla suficientemente, si bien con penas distintas, semejantes supuestos.

[216] RÍOS PINTADO, J.F, op. cit., pag. 17.

[217] Artículo 390 CP: *"1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:*
1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.
2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.
3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.
4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos.
2. Será castigado con las mismas penas a las señaladas en el apartado anterior el responsable de cualquier confesión religiosa que incurra en alguna de las conductas descritas en los números anteriores, respecto de actos y documentos que puedan producir efecto en el estado de las personas o en el orden civil."

Junto a ello, no puede pasarse por alto fácilmente la mención de la "*analogía*" como expresión integrada en el artículo, que ha suscitado serias críticas en la doctrina, habida cuenta la proscripción de la "*analogia in malam partem*" en nuestro sistema penal, llegándose a afirmar "*...que no resiste el examen de constitucionalidad más elemental*".[218]

Sin embargo, en mi opinión, aún coincidiendo con la crítica al uso de una expresión tan inoportuna, la cuestión no resulta, en la práctica, tan grave y es fácil de superar en tanto que, al mencionarse expresamente los supuestos del art. 302 (390 hoy) CP se restablece el respeto al principio de "*lex certa*", impidiendo la inaceptable interpretación extensiva propia de un verdadero mecanismo de analogía.

Por su parte, la STS de 24 de Octubre de 2005, confirmando la condena impuesta por la SAP de LA Coruña de 26 de Enero de 2004, aplica este precepto, pero sentando que sólo puede acudirse al mismo en aquellos supuestos en los que exista una directa analogía con alguno de los supuestos contemplados en este mismo artículo.

Y, por ello, razona que: "*La modificación de la composición del censo mediante la inclusión indebida de electores es en realidad coincidente con la alteración del recuento en los actos de formación o rectificación del censo. Efectivamente, el recuento de electores se puede alterar cambiando el resultado final respecto del realmente obtenido o bien modificando fraudulentamente el número de electores mediante la supresión o la introducción indebida de algunos de ellos. En ambos casos el recuento se hará con inexactitud a causa de la actuación del autor, y eso es lo que exige el tipo, que no limita las formas de ejecución*."

Por el contrario, el AAP de Cáceres, de 16 de Septiembre de 2005, niega la aplicación de este precepto y absuelve, al considerar que no puede extenderse tal aplicación a un supuesto de inclusiones indebidas en el padrón, ya que "*...raro es el Ayuntamiento, especialmente en el caso de los pequeños, que no consiente que en su padrón figuren personas que realmente no tienen su residencia habitual allí pero que están empadronados, bien por razones familiares o sentimentales, bien por razones económicas,*

[218] MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA, V. op. cit. pag. 13 y en el mismo sentido ARNALDO ALCUBILLA, E., op. cit, pag. 194.

empadronamiento que beneficia al municipio en su conjunto especialmente en relación con la financiación de su Ayuntamiento y que, por tanto, éste no tiene interés en rectificar."

2.2.2.2.3. Delitos por infracción de los trámites del voto por correo.

En el artículo 141 LOREG[219] se incluyen dos supuestos que se caracterizan, distinguiéndose de los comprendidos en preceptos anteriores, porque sus sujetos activos son los particulares y no funcionarios públicos.

Pero el mero hecho de que se exija que el autor sea un "*particular*" podría entenderse que volvamos a hallarnos ante un delito "*especial propio*", por mucho que esa autoría afecte a un gran número de posibles sujetos, ya que, en definitiva, se excluye a quien no fuere, a estos efectos, un "*particular*", es decir, al "*funcionario público*" relacionado por su función con el documento falsario.

Estamos ante dos supuestos que tienen su correspondencia con otros tantos de los aplicables a los funcionarios, en concreto a las figuras delictivas descritas en los arts. 139.8 y 140 LOREG, especialmente la previsión de su apartado 2 es una tipificación especial de la figura participativa de quien actúa como "*extraneus*" en el delito del funcionario, a semejanza de la previsión general para esta clase de conductas contenida en el CP.[220]

Lógicamente las penas previstas son inferiores a las que se aplican a los funcionarios que cometan infracciones semejantes, por el menor desvalor de la acción en referencia a las obligaciones legales y las responsabilidades de unos y otros sujetos.

2.2.2.2.3.1. El apartado 1 alude a la vulneración de los trámites previstos para el voto por correo, cuya práctica regular en principio corresponde a personas que ostentan la condición de "*funcionario público*", de acuerdo con lo dispuesto en el art. 135.1 LOREG.

[219] Art. 141 LOREG: *"1. El particular que vulnere los trámites establecidos para el voto por correo será castigado con las penas de prisión de tres meses a un año o la de multa de seis a veinticuatro meses. 2. El particular que participe en alguna de las falsedades señaladas en el artículo anterior será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años."*

[220] Art. 65.3 CP. Vid. también a este respecto el Art. 392.1 CP: 1. *"El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses."*

No obstante, como quiera que en la regulación de esta forma de votación también se contempla la participación de particulares en ciertos trámites, tales como la solicitud del voto y el cumplimiento de sus correspondientes requisitos (art. 72 LOREG[221]), la identificación y firma personal del justificante de la recepción de la correspondiente documentación para ejercer el derecho de voto (art. 73.2 LOREG[222]), la correcta introducción de la papeleta en el sobre de votación (art. 73.3 LOREG[223]) o el cumplimiento de requisitos para el ejercicio del voto desde el extranjero (art. 75 LOREG[224]), resulta oportuna la tipificación de las conductas punibles en este ámbito.

Si bien coincido plenamente con quienes en este punto afirman que, para la tipicidad de esta clase de conductas, deben de tratarse de "*...la vulneración de las normas de voto por correo de especial importancia, dirigidas a alterar el signo del voto o a que personas que pretendían ejercerlo se les prive de ello en función de la intervención de particular*"[225], de acuerdo con las exigencias de los principios de lesividad y de intervención mínima del Derecho Penal, en relación con el bien jurídico digno de protección en este terreno.[226]

A los efectos del precepto, la intervención de los empleados de Correos evidentemente se califica como la de un funcionario público y, por tanto, queda excluida de este precepto castigándose conforme al art. 139.8 LOREG.[227]

Cometen este delito *"...quienes impiden la intervención personal del votante en la emisión de su sufragio, introduciendo la papeleta de voto en el sobre de votación sin dar lugar a que el elector la escogiera."*[228]

Y también teniendo en cuenta que *"...lo importante es que, fueran o no auténticas las personas sobre las que se simuló que querían votar, lo real era que no hicieron ellas la correspondiente solicitud de voto por correo, con lo que es indudable que tal comportamiento genera la ilicitud penal, por la que fueron condenados."*[229]

[221] Vid. Nota (89).
[222] Vid. Nota (89).
[223] Vid. Nota (89).
[224] Vid. Nota (89).
[225] MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA, V. Op. cit. pag. 13.
[226] En el mismo sentido, STS de 23 de Febrero de 1994.
[227] Vid. apartado 2.2.2.1.
[228] SAP de Jaén de 12 de Diciembre de 2008.
[229] STS de 24 de Junio de 1993.

2.2.2.2.3.2. El apartado 2, por su parte, contempla la participación del particular en los delitos cometidos por funcionario en los supuestos sancionados en el anterior artículo, el 140 LOREG.

No hace falta subrayar que no nos referimos a la comisión por el particular, a título de autor, de estos ilícitos pues el repetido carácter "*especial propio*" de aquellos, sólo susceptibles de una autoría por parte de quien es funcionario público, excluye tal posibilidad.[230]

Por consiguiente, aquí lo que se castiga es la participación en forma de inducción, cooperación necesaria o complicidad, lo que nos remite de nuevo a la figura del "*extraneus*", de la que ya nos ocupamos con anterioridad y que, con carácter general, se aborda en el art. 65.3 CP.[231]

Es decir, nos hallamos ante una punición especial de esa figura, aplicable a estos delitos electorales, en virtud del principio de especialidad, con arreglo a los criterios vigentes en materia de conflicto de normas (art. 8.1ª CP).

Pero la consecuencia más importante de este régimen específico se concreta en la entidad de la pena aplicable, que aquí discurre entre los seis meses y los tres años de prisión, en tanto que, de aplicarse la regla, prevista en el referido art. 65.3 CP (por otro lado meramente facultativa para el Tribunal), de la rebaja en un grado de las penas previstas para el autor del delito "*especial propio*", la extensión de la sanción sería de un año y seis meses a tres años de prisión y de nueve a dieciocho meses de multa.

Otra cuestión relevante, a propósito de este supuesto, es la de si resultan susceptibles de ser calificadas como delito las conductas falsarias excluidas, según el CP, de sanción en caso de ser cometidas por particulares, en concreto las que integran la denominada "*falsedad ideológica*", es decir, la contemplada en el número 4 del art. 390 CP ("*faltando a la verdad en la narración de los hechos*"), que queda reservada, en la norma general, sólo a los hechos en los que el autor fuere un funcionario público.

[230] Vid. SAP de Santander, de 14 de Mayo de 2007, antes citada.
[231] Vid. apdo 2.2.2.1.

La especialidad propia de la delincuencia electoral y la ausencia de excepción alguna en este caso, nos lleva a considerar el carácter punible también de estos actos cuando fueren cometidos por un particular dentro del ámbito de la LOREG, si bien tampoco resultaría imposible una interpretación jurisprudencial excluyente, con ciertas matizaciones, como la que ya se dio, dentro de la aplicación del CP, antes de que tal criterio fuera expresamente recogido en la norma positiva.[232]

A su vez, el TS se pronuncia en las Sentencias de 24 de Junio de 1993, 4 de Mayo de 1994 y 12 de Febrero de 2009, condenando, en la primera de ellas, a los que hicieron por otros, y sin su autorización, la solicitud del voto por correo, simulando sus firmas, junto al Cartero que realizó semejante tramitación con conocimiento de la ilegalidad y de acuerdo con los otros autores.

Siendo de sentido absolutorio la segunda Sentencia, por considerar que se trataba de una simple alteración de los trámites establecidos y carecer la acusada de la condición de funcionaria, quien acude a sendas residencias de ancianos para obtener de ellos las solicitudes de certificación de inscripción en el censo para ejercer el voto por correo que los solicitantes deseaban voluntariamente realizar en favor del Ppol de la que ella era afiliada, firmando los impresos correspondientes en presencia de Notario, que legitimó las firmas, tras acreditarse médicamente la incapacidad de los solicitantes para desplazarse de su domicilio, indicándose como dirección para remitir la documentación oportuna la de la sede del referido Partido.

Mientras que la tercera de tales Resoluciones condena a los que realizaron una conducta similar pero aprovecharon la recepción de la documentación para introducir en el sobre de votación las papeletas del propio Partido, sin que los votantes tuvieran oportunidad de ejercer su derecho optando por la candidatura que personal y libremente decidieran.

2.2.2.4. Delitos por emisión de varios votos o por emisión sin capacidad

[232] SsTS de 18 de Marzo de 1991, 24 de Julio de 1992 o 5 de Mayo de 1995, entre otras.

En el art. 142 LOREG[233] se incluyen dos figuras delictivas diferentes pero vinculadas por una misma finalidad: evitar que se incorporen al escrutinio, y causen efecto, sufragios que no debieron ser emitidos.

Ello supone, en definitiva, una alteración del resultado electoral, que es el núcleo esencial, como vimos, del bien jurídico que la denominada "*delincuencia electoral*" pretende proteger.

Por ello se trata de tipos delictivos que integran en su propia esencia la especialidad de los delitos electorales, a través del fraude que supone el ejercicio del voto de forma excesiva o indebida, es decir, por quien no tiene facultad de ejercicio en ese concreto caso.

Superando ilícitamente con ello la capacidad de influencia en el resultado electoral que a cada ciudadano se le atribuye y vulnerando la igualdad de todos ante la Ley (art. 14 CE).

Y nuevamente se trata de delitos "*especiales propios*" en tanto que su autor debe incorporar una característica específica, cual es la de ser elector (apdo. 1) o, al menos, persona incluida en el Censo electoral (apdo. 2), puesto que sin tal requisito es prácticamente imposible la comisión de este delito en la práctica.

En efecto, el control que corresponde a la correcta elaboración del censo electoral, sin duplicidades y debidamente depurado de aquellos que no tienen capacidad para ejercer el derecho de voto, supone que el hecho de la ejecución de uno de estos ilícitos deba ser precedida, prácticamente en la totalidad de los casos imaginables, de un error en dicho censo.

Hay que tener en cuenta, así mismo, que todas las conductas cometidas por funcionarios públicos que posibiliten tales infracciones se encuentran, a su vez, previstas en otros lugares de esta misma Sección, tales como los arts. 139.2 o 140 g).

---

[233] Artículo 142 LOREG: *"Quienes voten dos o más veces en la misma elección o quienes voten sin capacidad para hacerlo serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis meses a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a tres años"* (Artículo 142 redactado por el apartado cuarenta y uno del artículo único de la L.O. 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la L.O. 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General).

Sólo quienes cooperen a la comisión de los delitos que aquí comentamos, sin ser funcionarios y no ostenten tampoco la condición propia necesaria para ser autores de los mismos (ser el elector autor del hecho), habrán de ser tratados, como "*extraneus*" a los mismos, con la previsión del ya repetido art. 65.3 CP.

2.2.2.4.1. Supuestos:

2.2.2.4.1.1. El primer apartado contempla la "*doble votación*", castigando a "*...quienes voten dos o más veces en la misma elección*."[234]

En este sentido dos son las posibilidades que se ofrecen generalmente en la práctica para la aparición de semejante ilícito, en concreto la doble votación posibilitada por un error en el Censo que incluye dos o más veces a un mismo elector o la ejecutada por quien suplanta la identidad de otro votante para llevar a cabo por segunda vez su ejercicio del derecho de sufragio.

Ambas hipótesis caben en la descripción del tipo penal y deben ser castigadas igualmente de acuerdo con él.

En el primero de tales casos no cabe ni alegar que nos hallamos ante un error del propio votante exonerador de su responsabilidad penal, porque se considera de universal conocimiento el hecho de que cada ciudadano sólo puede ejercer una vez su derecho a votar, ni atribuir a la Administración electoral la exclusiva responsabilidad de lo acontecido por su deficiente confección de la lista de votantes.[235]

También se ha criticado la concurrencia de un error de prohibición vencible respecto del elector que, dudando de que su voto por correo haya llegado efectivamente a la Mesa electoral, sin aclarar con ésta tal circunstancia, procede a efectuar también una emisión de voto en persona.[236]

La SAP de Málaga, de 23 de Enero de 1991, condenó a los interventores que votaron sucesivamente en la mesa en la que actuaban como tales y en aquella en la que estaban censados.

---

[234] Art. 4.2 LOREG: *"Nadie puede votar más de una vez en las mismas elecciones."*

[235] STS de 11 de Octubre de 1991.

[236] STS de 18 de Julio de 1997.

Para el caso de los autores de estas infracciones que tengan la condición de funcionarios se considera este tipo de aplicación preferente al descrito en el art. 139.2 de la propia LOREG.[237]

En la segunda de las hipótesis mencionadas la conducta irá forzosamente unida a un delito de falsedad en documento oficial (de identidad), cometida por particular, del art. 392.1 CP[238], cuyo uso resulta imprescindible en la Mesa Electoral para proceder al acto de la emisión del sufragio. Hallándose ambos en una relación de concurso instrumental (art. 77 CP[239]).

O también cuando alguien vota por otro sin falsificar su DNI sino utilizando el ajeno y engañando así sobre su identidad a la Mesa, porque el votante no había podido trasladarse[240] o porque aprovecha la coincidencia, en nombre y apellidos, con un familiar.[241]

Ahora bien, quien vota por sí y por un tercero, pero en nombre de éste y con consentimiento del mismo, imposibilitado para hacerlo, y de la Mesa, a pesar de la irregularidad no puede ser castigado por este delito.[242]

La STS de 17 de Septiembre de 1992 afirma que "*El delito electoral consistente en votar dos o más veces lo comete el elector con independencia de que se dé o no cumplimiento a lo dispuesto en el art. 78.2 LOREG respecto al voto de los interven*tores."

---

[237] Vid. la misma SAP de Málaga de 23 de Enero de 1991.

[238] Art. 392.1 CP: *"1. El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses".*

[239] Vid. Nota (53).

Art. 77 CP:

"1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.

2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

3. En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior."

(modificado por el art. único.36 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo).

[240] SAP de Ciudad Real, de 21 de Abril de 1995.

[241] SAP de Murcia, de 4 de Abril de 1998.

[242] SAP de Burgos, de 21 de Enero de 1998.

2.2.2.4.1.2. Por su parte, en lo que se refiere al segundo de los incisos de este apartado, el relativo a "*...quienes voten sin capacidad para hacerlo*", se suscita, desde un primer momento, una duda interpretativa de notable interés.

Esta no es otra que la de determinar en qué consiste esa falta de "*capacidad*" para el ejercicio del derecho a votar a que se refiere la literalidad de la norma.

En este punto, algún autor sostiene[243] una aplicación rigurosa y acorde con el imperativo del principio de legalidad penal y la interdicción de interpretaciones extensivas de los términos de la norma, que obligaría a remitirnos, exclusivamente, a los supuestos de "*incapacidad*", es decir, a los previstos en el art. 3.1 b) LOREG[244], cuando alude a aquellos que fueron declarados incapaces por Sentencia judicial firme que incluya pronunciamiento expreso acerca de esa incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio, en el art. 3.1 c) LOREG[245], en relación con los internados en hospìtal psiquiátrico, con expresa declaración judicial de esta misma incapacidad, o, en todo caso, el menor de 18 años, de acuerdo con lo establecido en el 2.1 LOREG[246], puesto que estos tres supuestos son verdaderamente casos de ausencia de capacidad, en sentido estricto.

De forma que otras situaciones y requisitos legales para el ejercicio del derecho, tales como el de estar inscrito en el correspondiente Censo electoral (art. 2.2[247] y 3 LOREG[248]) o

---

[243] Vid., por ej., MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA, V., op. cit., cuando hacen referencia genérica a la infracción de "...los requisitos legales para poder votar", pag. 14.

[244] Artículo 3 LOREG: *"1. Carecen de derecho de sufragio:*

... ...

b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

… … …"

[245] Artículo 3 LOREG: *"1. Carecen de derecho de sufragio:*

... ...

a) Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento, siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio

... ..."

[246] Artículo 2 LOREG: *"1. El derecho de sufragio corresponde a los españoles mayores de edad que no estén comprendidos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo siguiente. … … …"*

[247] Art. 2 LOREG: *"2. Para su ejercicio es indispensable la inscripción en el censo electoral vigente."*

[248] Artículo 3 LOREG:*"1. Carecen de derecho de sufragio:*

a) Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento.

b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

c) Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento, siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

2. A los efectos previstos en este artículo, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio de

la privación del derecho de sufragio por Sentencia judicial, se referirían a conductas, caso de votar, excluidas de este tipo penal.

No obstante hemos de señalar la imposibilidad de estas hipótesis. Imposibilidad o grave dificultad práctica en el primero de los casos, para la hipótesis de ejercer el derecho de voto por quien no consta en las listas de votantes, e imposibilidad legal de la segunda desde la supresión, con el CP de 1995, de la pena de suspensión o inhabilitación del derecho de sufragio activo.

Por otro lado, si se cumple debidamente, por la Autoridad judicial que declare la incapacidad o el internamiento, la previsión del apdo. 2 del art. 3 LOREG, en cuanto a la obligación de comunicar al Registro Civil el pronunciamiento incapacitante a efectos de su correspondiente anotación, obligación que, por otra parte, la propia legislación civil aplicable también dispone, resultará muy difícil, en la práctica, la posible comisión de este tipo de infracciones, que habrán de precisar de un grave error previo en la aplicación de estos controles.

2.2.2.5. Delitos por incumplimiento de las obligaciones de los miembros de las Mesas electorales.

En relación con el art. 143 LOREG[249] hay que empezar recordando que estamos ante el precepto de más frecuente aplicación por los Tribunales penales, con diferencia, de todos los que integran la "*delincuencia electoral*", como lo evidencia el copioso número de Resoluciones, tanto de las Audiencias Provinciales como del propio Tribunal Supremo, que hacen referencia a este delito, que se tipifica independientemente del art. 409 CP.[250]

---

sufragio. En el supuesto de que ésta sea apreciada, lo comunicarán al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente."

[249] Artículo 143 LOREG: *"El Presidente y los Vocales de las Mesas Electorales así como sus respectivos suplentes que dejen de concurrir o desempeñar sus funciones, las abandonen sin causa legítima o incumplan sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo que les impone esta Ley, incurrirán en la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses"*(Artículo 143 redactado por el apartado cuarenta y dos del artículo único de la L.O. 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la L.O. 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General).

[250] Art. 409 CP: "*A las autoridades o funcionarios públicos que promovieren, dirigieren u organizaren el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público, se les castigará con la pena de multa de ocho a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.*
Las autoridades o funcionarios públicos que meramente tomaren parte en el abandono colectivo o manifiestamente ilegal de un servicio público esencial y con grave perjuicio de éste o de la comunidad, serán castigados con la pena de multa de ocho a doce meses."

A partir de semejante acervo doctrinal comenzamos advirtiendo que nos hallamos ante tres posibles conductas delictivas diferentes: dos de naturaleza omisiva, no concurrir a desempeñar las funciones propias de los miembros de las Mesas Electorales u omitir la formulación de excusa o aviso previo, y otra activa, abandonar las referidas funciones.

Respecto de las mismas se sostiene que "*...en realidad, la primera, dejar de concurrir a la constitución de la mesa, y la última (incumplimiento injustificado de las obligaciones de excusa y aviso previo) están íntimamente vinculadas, pues sólo cometerá el delito dejando de concurrir al cumplimiento de sus funciones aquél que no haya formulado excusa, aquél a quien ésta le haya sido desestimada, o aquél que no ha preavisado a la Junta de su inasistencia justificada al colegio electoral*".[251]

Todas son, una vez más, constitutivas de delitos "*especiales propios*", ya que sólo quienes han sido designados como miembros, Presidente o Vocales (o sus suplentes), de la Mesa Electoral, recordemos que tienen además la condición de funcionarios públicos a estos efectos[252], pueden ser autores de las mismas.

No hay que olvidar, de otra parte, el que nos hallamos ante delitos que no exigen un dolo específico de atentar contra el deber cívico de participación en el proceso electoral, ya que este artículo no requiere otro dolo que la voluntad consciente de incumplir una obligación legal, según recuerdan Resoluciones como las SsTS de 28 de Octubre de 1998, 16 de Septiembre de 2002, 26 de Febrero, 25 de Marzo y 6 de Mayo de 2003, 4 de Octubre de 2004, 22 de Enero y 15 de Marzo y 2 de Octubre de 2007 ó la SAP de Barcelona de 7 de Julio de 2004.[253]

A este respecto, la STS de 28 de Octubre de 1998 recordaba que:

"*...la conciencia de antijuridicidad como elemento del delito no requiere el conocimiento concreto de la norma penal que castiga el comportamiento de que se trate, ni tampoco el conocimiento de que genéricamente el hecho está castigado como delito. Para*

[251] MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA, V., op. cit. pag. 22.
[252] Art. 135 LOREG.
[253] RÍOS PINTADO, J.F., op. cit., pag. 22. Y MEDINA MORALES, D., "Delitos e infracciones administrativas en los procesos electorales (Recursos administrativos y judiciales)", Estudios Jurídicos del CEJAJ III-2000, Madrid, pag. 684.

incurrir en responsabilidad penal no hace falta conocer ni siquiera que hay un Código Penal que castiga determinadas conductas. Basta con saber, a nivel profano, que las normas que regulan la convivencia social (el Derecho) prohíben ese comportamiento que él realiza.

El contenido de este elemento del delito, la conciencia de la antijuridicidad, o de su reverso, el error de prohibición, se refiere al simple conocimiento genérico de que lo que se hace o se omite está prohibido por las leyes, sin mayores concreciones, sin que se requiera conocer las consecuencias jurídicas que de su incumplimiento pudieran derivarse. Basta conocer la ilicitud del propio obrar: «creencia errónea de estar obrando lícitamente», decía el anterior artículo 6 bis a); «error sobre la ilicitud del hecho», dice ahora el vigente artículo 14.3."

Se ha afirmado[254], en opinión que compartimos, que cabe la presencia de dolo eventual en aquel que "*...aún no queriendo faltar a las obligaciones, acepta el incumplimiento con tal de conseguir un propósito simultáneo que se había marcado*".

En el caso de que no se trate de un comportamiento aislado de incumplimiento de las obligaciones sino del "*el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público*", podría estarse ante la comisión de un delito tipificado en el art. 409 CP[255] y no ante uno de los supuestos aquí analizados, por aplicación al concurso de normas de la regla de la consunción prevista en el apartado 3º del art. 8 CP.

2.2.2.5.1 Supuestos:

2.2.2.5.1.1. La primera de tales infracciones, según el orden de las incluidas en este artículo, consiste, como hemos visto, en la no concurrencia a desempeñar las funciones propias del cargo de Presidente o Vocal de la Mesa Electoral.

[254] MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA , V. op. cit. pag. 15.

[255] Art. 409 CP: *"A las autoridades o funcionarios públicos que promovieren, dirigieren u organizaren el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público, se les castigará con la pena de multa de ocho a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años. Las autoridades o funcionarios públicos que meramente tomaren parte en el abandono colectivo o manifiestamente ilegal de un servicio público esencial y con grave perjuicio de éste o de la comunidad, serán castigados con la pena de multa de ocho a doce meses."*

Requisito imprescindible obvio es el de que se haya notificado debidamente al miembro de la Mesa su designación como tal[256], si bien existe una auténtica polémica jurisprudencial acerca de los requisitos necesarios de la misma.[257]

Pero si la misma se ha llevado a cabo en los términos legales, no sólo la incomparecencia a lo largo de toda la jornada electoral sino incluso, en ciertas circunstancias, el retraso en comparecer puede llegar a ser también constitutivo de la infracción.

Si bien debiendo tener en cuenta que, en ciertos casos, la mera impuntualidad no ha de equivaler automáticamente a inasistencia.[258]

Para la existencia del delito es siempre necesario que la conducta del infractor suponga efectivamente un grave quebranto para el desarrollo del proceso electoral, de modo que "*Por lo que respecta a los supuestos en los que por parte de alguno de los miembros de la Mesa Electoral sí comparece con cierto retraso, si el mismo es de minutos o incluso antes del comienzo de las votaciones entendemos que no será objeto de delito al no afectar al desarrollo electoral gravemente, aunque si puede hacer que no comiencen en su momento las mismas, si fuese el retraso de tal importancia que motive una acción relevante de la administración electoral y trastorno evidente de las elecciones habrá que decantarse por la sanción penal*".[259]

Lógicamente, para que el delito pudiere ser cometido por uno de los suplentes, tendrían que darse los requisitos que exijan la efectividad de la suplencia, toda vez que, en otro caso, tampoco se producirían los graves efectos para el desarrollo del proceso electoral que justifican la intervención del Derecho Penal.

Por último, no puede alegarse la existencia de causa justificada para la no concurrencia a las tareas de la Mesa Electoral pues, de existir ésta habrá de haberse hecho valer en la forma prevista en la Ley, mediante la formulación de excusas y el

[256] STS de 25 de Junio de 2009.
[257] Vid. más adelante apartado de Jurisprudencia.
[258] SAP de Barcelona de 19 de Mayo de 2005.
[259] RÍOS PINTADO, J.F. op. cit. pag. 15).

correspondiente aviso que, de no llevarse a cabo, integraría la figura omisiva correspondiente, también sancionada en este artículo.

Cosa distinta sería la posibilidad de justificación basada en la existencia de una causa de imposible anuncio previo[260], que sí que podría suponer la impunidad de este comportamiento de resultar debidamente acreditada.

Sobre este concreto tipo delictivo resulta del máximo interés la STS de 18 de Noviembre de 2010, siguiendo otras anteriores como las de 13 de Diciembre de 1995 o 4 de Junio de 2009, que refiere lo siguiente:

"Estamos ante un delito de omisión en el cual el sujeto es la persona designada miembro de una mesa electoral y en el que la norma de conducta infringida es de naturaleza prescriptiva y la conducta típica consiste en no concurrir el día y hora indicado para la constitución de la mesa, concurrir pero no cumplir las obligaciones que el cargo exige o concurrir, cumplir inicialmente las obligaciones pero abandonarlas y, finalmente, incumplir la obligación de excusa o aviso previo, cuando el sujeto conozca que no va a cumplir alguna de esas obligaciones.

Y, además, estamos ante un delito de los denominados de omisión propia. Por ello, conforme a la muy reiterada doctrina, debemos contemplar la concurrencia de los tres elementos: a) existencia de una situación prevista en la ley y, por ello, típica; b) la ausencia del comportamiento que era impuesto según la norma y c) que el sujeto tenga la capacidad para realizar ese comportamiento. A lo que ha de añadirse el elemento subjetivo con sus componentes cognitivo y volitivo.

La situación típica viene establecida en la Ley electoral Orgánica 5/1985 cuyo art. 27 define el cargo como obligatorio y, entre las obligaciones del cargo, por lo que ahora nos importa, el art. 80 establece que "El Presidente, los dos Vocales de cada Mesa Electoral y los respectivos suplentes, si los hubiera, se reúnen a las ocho horas del día fijado para la votación en el local correspondiente".

La reunión a que el precepto se refiere implica, como comportamiento obligado, que el sujeto se traslade al lugar de constitución de la mesa.

[260] Un grave accidente de tráfico sufrido en el traslado hacia la Mesa, por ej.

Ahora bien, la no realización de ese comportamiento, sustituido por el de permanecer en otro lugar, para que pueda considerarse antijurídico, y subsumible en el tipo penal de referencia antes citado, exige, además de que el sujeto tenga capacidad para su observancia, que: a) la prescripción de la conducta esté revestida de todos los requisitos de validez y eficacia que hagan exigible la adecuación del comportamiento al mandato y b) que no concurra alguna causa justificada, expresión que el art. 143 de la Ley Orgánica 5/1985 parece circunscribir a la obligación de excusa o aviso previo, pero que no era de necesaria inclusión, ni puede circunscribirse a ese supuesto. La justificación, cuando concurre causa, legalmente invocable, producirá el efecto de exención de responsabilidad conforme a las normas generales, sin exigencia de específica inserción en el tipo.

El hecho sin el cual no adquiere validez o eficacia la prescripción es un elemento que excluye la imputación del comportamiento como antijurídico al autor, en la medida que no habría permitido la afirmación de concurrencia de la situación típica. Los hechos que dan lugar a la justificación son hechos extintivos de la responsabilidad penal (véase STS de 22 de julio de 2008).

Esta causa de justificación de la conducta omisiva sancionada por la ley, opera como elemento impeditivo de la tipicidad y, por ende, de la responsabilidad penal. Pero, como tal, debe ser acreditada por el sujeto activo de la acción omisiva típica, no por parte de la acusación, a la que no se le puede exigir la carga de una prueba negativa ("probatio diabólica") como es la acreditación de la inexistencia de la causa justificativa del incumplimiento del deber cívico que impone -y sanciona- la norma."

2.2.2.5.1.2. Doctrina jurisprudencial:

Por lo que se refiere a la segunda de las conductas incluidas en el presente artículo, el abandono de las funciones de Presidente o Vocal de la Mesa Electoral, en primer lugar ha de ponerse de relieve la posible polémica acerca de la consideración, como tal abandono de funciones, de su incumplimiento en forma patente, aún cuando se aparente llevarlas correctamente a cabo.[261]

[261] En este sentido, vid. MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA, V. Op. cit. pag. 14 y REDONDO HERMIDA, A., "El delito electoral de denegación de auxilio", Revista del Ministerio Fiscal, nº 8, pags. 160 y 161, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, pag. 160)

Criterio a mi juicio harto dudoso pues podría suponer una interpretación analógica "*in malam partem*" del precepto, ya que propiamente "*abandonar*" no significa "*incumplir*" ni "*realizar defectuosamente*".

El abandono ha de ser total o sustancial, no momentáneo y que afecte de modo importante al desarrollo del proceso electoral.[262]

Sin embargo, lo que sí que parece perfectamente calificable dentro del ámbito y contenido de este tipo penal es el "*abandono temporal o transitorio*" de los cometidos de miembro de la Mesa y así se han pronunciado expresamente nuestros Tribunales en Resoluciones como la SAP de Tarragona de 16 de Enero de 1990, en la que además se afirma algo mucho más discutible como el que el delito se cometió aunque no se causó grave perjuicio para el desarrollo del proceso electoral, pues la votación pudo proseguir al estar debidamente constituida la Mesa con dos Vocales.

Semejante interpretación, a mi juicio, podría suponer una infracción del principio de lesividad y el de mínima intervención del Derecho Penal.

Por otro lado, la literalidad de la norma hace referencia a la posible presencia de "*causa legítima*", justificativa de la conducta y, por ende, exoneradora de responsabilidad penal. Legitimidad de la causa alegada que deberá ser valorada, en cada caso, en el correspondiente enjuiciamiento, caso de llegarse a él, ya que, de ser manifiesta y evidente, podría incluso ser apreciada por la propia Autoridad encargada de la persecución de esta clase de delitos.[263]

A su vez, el art. 80.4 LOREG dispone que: "*En todo caso, la Junta informa al Ministerio Fiscal de lo sucedido para el esclarecimiento de la posible responsabilidad penal de los miembros de la Mesa o de sus suplentes que no comparecieron*."

2.2.2.5.1.3. Finalmente, la tercera figura consiste en la omisión respecto de la alegación de la existencia de alguna excusa, legalmente prevista, para ejercer las

[262] REDONDO HERMIDA, A., op. cit., pag. 161.
[263] Administración Electoral, Ministerio Fiscal o Juez de Instrucción.

funciones encomendadas como miembro de la Mesa Electoral o del aviso previo de la imposibilidad para ello.

Se requiere, por tanto, la existencia real de la excusa o de la imposibilidad, consistiendo la conducta delictiva estrictamente en la omisión de poner tales circunstancias en conocimiento de la Autoridad competente, con los graves perjuicios que tal conducta omisiva pueden ocasionar para el correcto desarrollo del proceso.

En cualquier caso resultará también necesario que el sujeto no se vea totalmente impedido incluso para la formulación de la excusa o para avisar de su imposibilidad (por ej. por el padecimiento de una grave enfermedad).

Ello constituiría, a la postre, la existencia de "*causa justificada*" que en la propia literalidad del precepto se menciona, con eficacia exculpatoria y que puede ser apreciada por las mismas personas y en las situaciones a las que se ha hecho referencia en el apartado anterior.

Así, la concurrencia, por ejemplo, de una eximente de carácter psíquico (art. 20.1º y 2º CP), que impida al obligado la comprensión de la ilicitud de su conducta o adecuar su conducta al mandato de la norma, no constituiría tal eximente sino causa específica de justificación, en este caso, con la importante consecuencia de no ser necesario llegar al Juicio, ni tan siquiera a iniciar las actuaciones penales para su declaración, pudiendo ser apreciada con carácter previo antes de presentar la correspondiente denuncia.

2.2.2.5.2. De acuerdo con lo que ya se ha dicho al principio del análisis del precepto, es ésta la infracción delictiva electoral de mayor presencia en la Jurisprudencia, si bien, tanto las condiciones personales de sus autores como la posibilidad de imposición de sanciones muy elevadas, en gran número de supuestos las actuaciones finalizan en Sentencia de conformidad por aceptación de los cargos por parte del acusado**.**[264]

[264] Así, ARNALDO ALCUBILLA, E. y DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, op. cit., pag. 796, citan, con sus respectivas referencias, hasta 66 Resoluciones de esta clase tan sólo en dos años, de Marzo de 2005 a Marzo de 2007.

2.2.2.5.2.1. Como supuestos de pronunciamientos concretos de nuestros Tribunales a la hora de interpretar y aplicar el presente precepto, podemos mencionar, en primer lugar, la SAP de Barcelona de 19 de Abril de 2005[265], que se refiere con amplitud al carácter y fundamento de la figura delictiva en los siguientes términos, que merecen ser citados en extenso por su indudable importancia:

"*En efecto, como recuerda la STS de 14 de diciembre de 1994, núm. 2212/1994, rec. 601/94, «a tenor de la LO 5/85 de 19 junio sobre Régimen Electoral General, "los cargos de, Presidente y Vocal de las Mesas Electorales son obligatorios" (art. 27). En consecuencia incurren en delito electoral tales Presidentes y Vocales así como sus respectivos suplentes que dejen de concurrir a desempeñar sus funciones, las abandonen sin causa legítima o incumplan sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo que les impone esta Ley (arts. 143 y 137), Para la adecuada vigilancia del proceso electoral la Ley ha construido un sistema en el que, con independencia del control a nivel de Juntas Electorales y de los Tribunales de Justicia, se configuran unas Mesas Electorales con un Presidente y dos Vocales (y sus respectivos suplentes), en quienes recae la muy importante función de velar por la pureza del sistema mismo. Como dice la sentencia de 18 octubre 1994 (RJ 1994, 8027), para que una sociedad democrática funcione es absolutamente imprescindible que las personas que la formen coadyuven a su propio desenvolvimiento y desarrollo y, para evitar su parálisis, es la propia sociedad la que, con toda legitimidad, establece un sistema de sanciones para los incumplidores, que pueden, incluso, en los supuestos más graves, alcanzar las categorías de penas, como corresponde a la infracción penal cometida.*

La incorporación a una Mesa Electoral no solamente no atenta contra la neutralidad política (...) sino que, en cierto modo, coadyuva a la evitación de interferencias partidistas en el desarrollo de los comicios. Como meta o pretensión de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General se señala la de lograr un marco estable para que las decisiones políticas en las que se refleja el derecho de sufragio se realicen en plena libertad. Sólo logra un Estado afirmarse en democracia cuando el pueblo puede libremente constituir la decisión mayoritaria de los asuntos de Gobierno. Así se expresa la referida norma, siendo obvio que todo ciudadano,

[265] Semejante a la STS de 6 de Diciembre de 1997.

integrado en el conglomerado humano llamado a gobernarse dentro de semejante sistema, no puede, sin causa legal, sustraerse a su demandada presencia en las estructuras a cuyo través la voluntad del país se patentiza

El atendimiento de la designación para integrar una Mesa Electoral representa un deber cívico, de carácter general y exigible, determinado por la propia naturaleza del "Estado social y democrático de Derecho" en que se constituye España (art. 1,1 CE), y dado que "la soberanía reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado" (art. 1,2). Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política (art. 6). Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (art. 23,1), representando las Cortes -formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado- al pueblo español (art. 66,1). Tales consideraciones -como afirma la sentencia de 23 diciembre 1992- meramente esbozadas, ponen de relieve la trascendente importancia del correcto funcionamiento electoral, al punto que el legislador ha convertido en delictivo el injustificado incumplimiento de tal obligación.»..

O como decía, en parecidos términos, la STS de 29 de septiembre de 1993, núm. 2174/1993, rec. 759/1993, «es incuestionable que, residiendo la Soberanía nacional en el Pueblo español, del que emanan todos los Poderes del Estado, conforme al art. 1.2 de la Constitución Española, es absolutamente imprescindible, para que tan esencial principio tenga efectividad, que se lleve a cabo un proceso electoral en el que sea el mismo Pueblo quien constate la voluntad popular, es decir, su propia voluntad, mediante la oportuna comprobación de los votos, lo que, a su vez, origina las correspondientes designaciones para representarle de acuerdo con la Constitución. De tal manera que, sin régimen electoral, no puede existir representación popular y sin ésta es inviable el establecimiento del Estado de Derecho Democrático.

Por ello, sin duda, el legislador español, en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, ha constituido un capítulo completo, el VIII del título I, en el que se contienen los delitos e infracciones en materia electoral, de tal manera que el Pueblo, a través de las Leyes -que son obra suya- establece ilícitos penales para salvaguardar la pureza del sistema y su efectiva realización.

Las Cortes Generales, a nivel de Estado, representan al Pueblo español (art. 66.1 de la Constitución) y los Parlamentarios de las Comunidades Autónomas representan al Pueblo de la Comunidad con arreglo a sus Estatutos (art. 152.1 de la Constitución).

Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (art. 23.1 de la Constitución).

En resumen, la Democracia no puede funcionar sin un régimen electoral y éste no puede actuarse sin la cooperación directa de los ciudadanos a quienes corresponde actuar en las Mesas.

De tal manera que, una vez más, tratándose de deberes trascendentales, el legislador ha utilizado el sistema penal y en el art. 143 castiga al Presidente y Vocales de las Mesas Electorales, así como a sus respectivos suplentes que dejan de concurrir a desempeñar sus funciones, las abandonen sin causa legítima o incumplan, sin causa justificada, las obligaciones de excusa o aviso previos que les impone esta Ley."

2.2.2.5.2.2. En cuanto a los pronunciamientos condenatorios deben mencionarse los siguientes:

- La pertenencia a un determinado credo religioso como fundamento para la negativa a formar parte de una Mesa Electoral no excluye la existencia del delito.[266]

- La existencia de una dolencia que sólo imposibilita para hacer esfuerzos físicos no supone excusa válida (estado de necesidad) para excluir la presencia del delito, pues no es preciso realizar esfuerzo físico alguno para desempeñar las actividades propias de miembro de una Mesa Electoral.[267]

- La incapacidad para trasladarse a la Mesa, que no es previamente comunicada para que se provea de los oportunos medios para hacerlo, no justifica la inasistencia.[268]

[266] SSTS de 27 de Marzo y 17 de Abril de 1995
[267] SAP de Barcelona, de 5 de Julio de 2004.
[268] STS de 16 Enero de 2013.

- No se consideran causas suficientes de justificación, por falta de acreditación bastante del impedimento para ejercer las funciones de miembro de la Mesa Electoral a quien alega lumbalgia[269], presenta certificado de asistencia al servicio de urgencias hospitalarias por padecer un episodio de meteorismo afebril, sin vómitos ni diarrea[270] o que durante la comida se sintió indispuesto y no regresó a la Mesa.[271]

- Tampoco justifica el haberse quedado dormido por acostarse muy tarde debido a las obligaciones laborales.[272]

- Ni la incapacidad psíquica para permanecer tanto tiempo en la Mesa Electoral, pues la incomodidad de la obligación no excusa de la misma.[273]

- No es excusa válida el que el designado, de raza gitana, no sepa leer ni escribir, pues aunque se admita que nadie de su entorno le podía ayudar, debió de poner en conocimiento de la Junta Electoral sus circunstancias y no despreocuparse absolutamente del asunto.[274]

- El que no conste en la notificación de la designación como miembro de la Mesa la posibilidad de formular excusas no exculpa, máxime cuando se presentaron dos que fueron rechazadas por la Junta correspondiente.[275]

- El negarse a recibir la notificación[276] o no leerla no impide la condena.[277]

- El ejercicio de la libertad ideológica no justifica el incumplimiento de estas obligaciones pues "*...la libertad ideológica que reconoce el art. 16.1 no es una cláusula que permita someter los deberes legales a las convicciones de los ciudadanos. Dicho con otras palabras: la libertad ideológica no autoriza a obrar*

[269] STS de 20 de Febrero de 2006.
[270] STS de 24 de Mayo de 2004.
[271] SAP de Alicante de 6 de Marzo de 1997.
[272] STS de 6 de Mayo de 2003.
[273] STS de 30 de Septiembre de 1994.
[274] SAP de Barcelona de 4 de Diciembre de 2006.
[275] SAP de Las Palmas de 18 de Enero de 2006. Vid. más adelante supuestos contrarios a este pronunciamiento.
[276] SAP de Murcia de 31 de Octubre de 2007.
[277] SAP de Tarragona de 3 de Septiembre de 2009.

contra derecho, sino a no soportar ninguna limitación de derechos por razón de la ideología o de las creencias. El texto del art. 16 CE es claro: la garantía reconoce el límite necesario para el mantenimiento del orden público, es decir, no dispensa del cumplimiento de la Ley. Consecuentemente, la convicción del recurrente no tenía el carácter de una causa de justificación. El error sobre el alcance del art. 16.1 CE nunca ha sido alegado y, en todo caso, era evitable por las mismas razones que ya hemos expuesto".[278]

- Así mismo, las ideologías y las creencias religiosas no son aceptadas, salvo en algún caso muy aislado[279], como causas que justifiquen el incumplimiento de las obligaciones electorales, según se afirma en Sentencias del TS[280], puesto que ello no impide al sujeto transmitir y difundir sus ideas libremente, ni le obliga a participar en las elecciones sino tan sólo a contabilizar los votos ajenos y sólo se encuentra reconocida la objeción de conciencia respecto del servicio militar, mientras que la función de miembro de la Mesa respeta escrupulosamente la neutralidad política.

- Y en este punto, en concreto:

  * "*...la intervención en el proceso electoral es un deber cívico y de carácter general que viene determinado por la propia naturaleza del Estado democrático y de Derecho. De ahí la trascendencia del correcto funcionamiento del proceso democrático, de ahí la obligatoriedad de un servicio público en beneficio de la Sociedad, cuyo incumplimiento es por eso delictivo, si no está por supuesto justificado, de donde se colige que no puede ser suficiente la pertenencia a un concreto credo religioso o el amparo de una objeción de conciencia, excusas en suma carentes de justificación porque la libertad religiosa proclamada en los artículos 16.1 de la Constitución, 9 del Convenio de Roma y 18.1 del Pacto Internacional de Nueva York, no se conculcan por la integración del seguidor de una confesión religiosa en la*

[278] STS de 4 de Octubre de 2004
[279] STS de 29 de Septiembre de 1993.
[280] Como las de 30 de Marzo, 29 de Septiembre y 15 de Octubre de 1993, 8 de Junio, 18 de Octubre y 14, 18 y 27 de Diciembre de 1994, 27 de Marzo y 17 de Abril de 1995, y 6 de Octubre, 6, 20 y 30 de Diciembre de 1997, 4 de Octubre de 2004, 28 de Diciembre de 2007, etc.

Mesa Electoral... ...no se ha acreditado que el grupo religioso al que pertenece prohibiera expresamente participar en procesos electorales, ni menos aún formar parte de la Mesa Electoral correspondiente. Intervención esta que, en la línea de lo expuesto, no solamente no atenta contra la neutralidad política sino que coadyuva al mantenimiento del Orden, de la paz, de la convivencia pacífica entre los pueblos."[281]

* "*...las creencias religiosas del acusado le autorizan a sostener una postura abstencionista sobre la participación en la vida política y no se puede discutir la legitimidad de esta actitud basada en sus ideas religiosas... ...la participación en una mesa electoral no constituye en sí misma una actividad política que pueda entrar en colisión con dichas creencias ya que es sabido que los miembros que la componen, no sólo por conciencia sino por imperativo legal, como ya se ha dicho, deben actuar con total imparcialidad y neutralidad sin implicarse ni directa ni indirectamente en la contienda política*."[282]

* Doctrina que es seguida, por muchas otras Resoluciones.[283]

- Abandonar la Mesa por varias horas por causas como jugar un partido de fútbol[284] o alegando una supuesta indisposición no acreditada[285], no son causas de justificación bastante.

- La inexistencia de prueba suficiente de que el miembro de la Mesa se viera imposibilitado de acudir a ésta por tener que reparar urgentemente su vehículo no justifica dicha inasistencia.[286]

[281] STS de 27 de Marzo de 1995.
[282] STS de 17 de Abril de 1995.
[283] Entre otras muchas, por las SSAP de Barcelona de 14 de Junio y 22 de Noviembre de 2004, 26 de Mayo de 2005, 13 y 18 de Enero, 6 y 14 de Abril, 2 y 19 de Mayo y 1 y 7 de Diciembre de 2005, 13 de Enero y 18 de Enero, 15 de Febrero, 29 de Mayo de y 4 de Diciembre de 2006, 16 de Enero de 2007, 8 de Mayo de 2008, 10 y 19 de Marzo y 1 de Septiembre de 2009; Gerona de 16 de Noviembre de 2009; La Coruña de 5 de Mayo de 2009; Madrid de 17 de Abril de 2007; Tarragona de 14 de Noviembre de 2003, SJP nº 2 de Elche de 20 de Junio de 2016, etc.
[284] SAP de Tarragona de 16 de Enero de 1990.
[285] SAP de Barcelona de 17 de Enero de 2007.
[286] STS de 4 de Diciembre de 1995.

- Se produce la condena, pero admitiendo la concurrencia de error vencible de prohibición [287]en el caso del suplente que no asiste a la constitución de la Mesa al considerar que su obligación era tan sólo encontrarse disponible para el caso de ser requerida su asistencia posteriormente.[288].

2.2.2.5.2.3 Y por lo que se refiere a las absoluciones merecen citarse:

- Se absuelve a la Presidenta de Mesa Electoral que marcha a su domicilio a las 23 horas de la Jornada electoral ante la imposibilidad de cuadrar la lista de votantes con el número de papeletas emitidas pues tras cumplir durante toda la jornada con su cargo, el abandono no es ilícito penal al derivar de la discordancia con los demás integrantes de la Mesa sobre la interpretación de la norma electoral sobre la forma de finiquitar el recuento de votos y al concurrir en su persona un error de prohibición invencible al respecto.[289]

- No comete el delito quien enferma la noche anterior a las elecciones y comunica a través de un tercero tal circunstancia a la Mesa Electoral[290], sufre una enfermedad anterior que no le impide absolutamente desempeñar sus funciones pero sí que se las hace muy penosas[291] o se encuentra momentáneamente indispuesto y se incorpora a la Mesa una vez constituida ésta.[292]

- Tampoco es autor de este delito quien sufre esquizofrenia paranoide con anulación de sus facultades psíquicas[293] o drogadicción realmente incapacitante.[294]

- Enfermedades físicas sobrevenidas que justifican son, por ejemplo, una gastroenteritis aguda[295] o el infarto agudo de miocardio.[296]

[287] Art. 14.3 CP.
[288] SAP de Barcelona de 1 de Diciembre de 2005
[289] STS de 19 de Abril de 2013.
[290] SAP de Barcelona, de 28 de Marzo de 2006.
[291] SAP de Barcelona de 24 de Marzo de 2006.
[292] SAP de Barcelona de 22 de Marzo de 2006.
[293] SAP de Barcelona de 15 de Abril de 2009.
[294] SAP de Barcelona de 13 de Septiembre de 2006.
[295] SAP de Barcelona de 30 de Abril de 2004.
[296] SAP de Barcelona de 14 de Septiembre de 2009.

- Supuesto equivalente es la baja maternal por haber dado a luz dos meses antes de las elecciones.[297]

- Enfermedades ajenas como la necesidad de desplazamiento a otra localidad por grave accidente de la madre[298], el cuidado del esposo gravemente enfermo[299], hacer compañía a la madre enferma cardíaca lo que provoca la tardía incorporación a la Mesa[300] o la atención que requiere una hija menor enferma[301] se consideran también como causas de justificación del incumplimiento de las obligaciones electorales.

- En el mismo caso se encuentra la necesidad de atender a hija menor que no se puede dejar al cuidado del padre por ser heroinómano, lo que constituye un supuesto de eximente de cumplimiento de un deber (art. 20.7º CP), el de velar por los hijos.[302]

- La falta de información sobre el medio para comunicar la existencia de una indisposición de salud sobrevenida es también causa de exculpación.[303]

- Las obligaciones profesionales del periodista que acude a Madrid para cubrir los acontecimientos ocurridos el 11 de Marzo de 2004 y no encuentra transporte para regresar a su residencia con anterioridad a las elecciones también se considera suficiente justificación.[304]

- Se califica como eximente completa de estado de necesidad el caso del golfista que profesional que se excusó porque debía acudir a la fase final de de clasificación de la PGA.[305]

- La ausencia de la debida constancia de la recepción de la notificación impide la condena (SAP de Barcelona de 26 de Febrero y 17 de Noviembre de 2009).

[297] SSAP de Barcelona de 24 de Mayo de 2004 y 3 de Marzo de 2005.
[298] SAP 24 de Febrero de 2009.
[299] SAP de Barcelona de 7 de Mayo de 2008.
[300] SAP de Barcelona de 15 de Marzo de 2005.
[301] SAP de Barcelona de 20 de Diciembre de 2004.
[302] SAP de Barcelona de 15 de Febrero de 2008.
[303] SAP de Barcelona de 15 de Septiembre de 2005 y Zaragoza de 3 de Marzo de 2009.
[304] SAP de Barcelona de 19 de Abril de 2005.
[305] SAP de Barcelona de 8 de Abril de 2009.

- También se razona la existencia de una causa de justificación suficiente pues "... *consta acreditada documentalmente la previa paga y señal abonada por la acusada, según certifica la agencia de viajes en fecha 05 de mayo de 2003, para realizar un viaje junto a la Parroquia a Roma, donde tenía concertado previamente audiencia con el Papa; sin duda una razón de peso para una creyente, como se definió la acusada, que entendemos le exime de forma justificada de acudir a la formación de la Mesa*."[306]

- De acreditarse suficientemente, el error de prohibición invencible (art. 14.3 CP) es causa de exculpación.[307]

- Se aprecia la concurrencia del error de tipo[308], lo que lleva a la absolución al no estar contemplada en este delito la comisión imprudente, en el caso de Vocal que no abre el sobre de notificación de su designación pues pensó que contenía documentación para ir a votar y no pensaba hacerlo.[309]

- La falta de la debida constancia del rechazo, por la Junta Electoral de Zona, de la excusa planteada impide la condena por este delito.[310]

- La absolución se basa en la inexistencia de notificación personal, que fue realizada en persona distinta y ésta no se la comunicó al designado.[311]

- La AP de Barcelona, en diversas Resoluciones, exige, para que no exista error exculpante, que en la notificación de la designación se informe del carácter delictivo del incumplimiento de las funciones de miembro de la Mesa Electoral y de la posibilidad de plantear excusas como requisito de la idoneidad de la

[306] SAP de Barcelona, de 6 de Febrero de 2006.
[307] STS de 13 de Junio de 2009.
[308] Art. 14.1 CP.
[309] SAP de Barcelona de 13 de Julio de 2005.
[310] SAP de Barcelona de 12 de Mayo de 2004.
[311] STS de 4 de Enero de 1999 y SSAP de Barcelona de 6 y 13 de Septiembre y 2 de Octubre de 2001 y 30 de Junio, 12 de Julio de 2005 y 20 de Diciembre de 2006; Madrid de 31 de Mayo de 2007; Zaragoza de 13 de Febrero de 2009.

notificación[312]. Lo que se rechaza en otras Sentencias[313]. Y en el mismo sentido "*Aunque el artículo 143 de la Ley Especial no contiene ninguna exigencia precisa en su tipicidad, sino la meramente omisiva, de dejar de concurrir o desempeñar sus funciones, la propia normativa en su artículo 27.2 señala con toda claridad que «en los tres días posteriores a la designación, ésta debe ser notificada a los interesados, que disponen de un plazo de siete días para alegar ante la Junta Electoral de Zona causa justificante y documentada que les impida la aceptación del cargo». Por ello no puede decirse en puridad que se notifique debidamente a una persona la exigencia de comparecer como suplente en una Mesa Electoral, si no se le participa de la posibilidad de alegar cualquier excusa al desempeño de tal cargo, ya que tal orden conminatoria viene condicionada a la no alegación de excusa y aceptación de ésta... ...Cuando lo que se sanciona penalmente es, en definitiva, una desobediencia a un deber cívico, la responsabilidad sólo puede nacer del incumplimiento a una orden, que contiene todos los requisitos precisos entre los cuales resulta esencial, la posibilidad de alegar alguna excusa o razón que pueda justificar el incumplimiento*."[314]

- Está justificada la mujer de raza árabe, dedicada al cuidado de los hijos, respecto de quien no consta que conociese y comprendiese la obligación de acudir a la Mesa.[315]

- En ocasiones, los simples retrasos de corta duración, en la incorporación a la Mesa, son objeto de absolución al considerar la inexistencia de dolo infractor.[316]

- Cuando el acusado comparece pero se marcha a su trabajo al acudir el Presidente, recibiendo posteriormente contraorden pero sin advertencia de las consecuencias de su incumplimiento no incurre en este delito.[317]

[312] SSAP de Barcelona de 19 de Julio, 15 de Octubre y 10 de Noviembre de 2004, 20 y 24 de Enero, 15 de Febrero, 3 de Marzo, 10 y 24 de Mayo, 23 de Junio, 4 de Julio, 14 de Septiembre, 3 y 26 de Octubre, 16 de Noviembre y 20 de Diciembre de 2005, 20 de Febrero y 24 de Octubre de 2006, 31 de Mayo y 10 de Octubre de 2007, 14 de Enero de 2008 y 28 de Septiembre de 2009, entre otras, siguiendo a la STS de 13 de Diciembre de 1995 y posteriores de 4 y 25 de Junio de 2009.
[313] STS de 4 de Octubre de 2004, 13 de Diciembre de 2005 o 22 de Enero y 15 de Marzo de 2007.
[314] STS de 23 de Junio de 2005.
[315] SAP de Barcelona de 10 de Mayo de 2010.
[316] SSAP de Barcelona de 20 de Diciembre de 2004 y 19 de Mayo y 7 de Junio de 2005.
[317] SAP de La Coruña de 13 de Febrero de 2009.

2.2.2.6. Delitos en materia de propaganda electoral:

La campaña electoral es, por supuesto, un elemento esencial del proceso, toda vez que, a través de ella, se posibilita la debida información a los electores acerca de las propuestas de los distintos candidatos e incluso de las concretas características personales de estos últimos.[318]

Es el medio principal para que quien aspira a ser elegido pueda hacer llegar al conocimiento de los votantes las razones por las cuales demanda su voto a través de actos, carteles, etc., es decir, la realización de su "*propaganda electoral*" para la "*captación de sufragios*".

Por ello resulta conveniente garantizar, del mejor modo posible, el correcto desarrollo de la campaña, acorde con la regulación de la misma en la norma electoral, de forma que se produzca en igualdad de condiciones para los candidatos y con el debido respeto a los legítimos derechos de todos, especialmente esos derechos a informar y ser informados, imprescindibles para una correcta formación del criterio de quien ha de votar.

Este es el bien jurídico, el de la regularidad del proceso electoral en este momento tan importante de su transcurso, que se protege en el artículo 144 LOREG[319] mediante el Derecho Penal, además de garantizar a los candidatos la igualdad en orden a la exposición de sus mensajes y la captación del voto y a los votantes su libertad acerca de la decisión del sufragio.

De lo que se desprende que nos encontramos ante unas figuras típicas que, como en tantas ocasiones, se incorporan con el carácter de "*normas en blanco*", habida cuenta de la

[318] Arts. LOREG. 50: concepto de campaña electoral; 51: duración de la campaña electoral; 52: personas a las que se prohíbe la realización de actividades de campaña electoral; 53 y ss.: régimen de la campaña electoral.

[319] Art. 144 LOREG: "*1. Serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o la de multa de seis a veinticuatro meses quienes lleven a cabo alguno de los actos siguientes: a) Realizar actos de propaganda una vez finalizado el plazo de la campaña electoral. b) Infringir las normas legales en materia de carteles electorales y espacios reservados de los mismos, así como las normas relativas a las reuniones y otros actos públicos de propaganda electoral .2.Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años y la de multa de seis meses a un año los miembros en activo de las Fuerzas Armadas y Seguridad del Estado, de las Policías de las Comunidades Autónomas y Locales, los Jueces, Magistrados y Fiscales y los miembros de las Juntas Electorales que difundan propaganda electoral o lleven a cabo otras actividades de campaña electoral."* (Artículo 144 redactado por el apartado cuarenta y tres del artículo único de la L.O. 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la L.O. 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.)

necesaria y constante remisión que el intérprete y aplicador de la Ley ha de hacer a distintos preceptos de la propia LOREG, en los que se regula el régimen del desarrollo de la campaña, su duración, contenidos, etc.[320]

El artículo contempla tres diferentes supuestos: uno referido al ámbito temporal de la campaña (art. 144.1 a) LOREG), otro a los carteles, espacios, reuniones y restantes actos de propaganda electoral (art. 144.1 b) LOREG) y un tercero a la prohibición dirigida a ciertas personas respecto de su participación en la campaña.

Se trata de limitaciones del ejercicio de la libertad de expresión en aras de la protección de los bienes jurídicos mencionados y pueden referirse tanto a la solicitud del sufragio para un Partido o la petición de que no se vote a otro.[321]

2.2.2.6.1. Supuestos:

2.2.2.6.1.1. En este primer supuesto se castiga la realización de actos de propaganda electoral una vez terminado el período de campaña, a través cualquier medio, desde un programa televisivo[322], hasta el uso de un megáfono desde un vehículo particular.[323]

De esta forma queda excluida del ámbito penal esa misma conducta cuando se lleve a cabo fuera del periodo de campaña pero antes del comienzo de ésta.

Sin duda abriga en esta cuestión la dificultad para castigar los actos previos a la campaña en la que los candidatos, partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones, dentro de la actividad política que les es propia, emitan mensajes favorables a sus posiciones respectivas, si bien la prohibición, también prevista en este caso[324], supondría una mera infracción electoral no delictiva.

[320] Arts. 51 y ss. LOREG.
[321] RÍOS PINTADO, J.F., op. cit. pag. 28.
[322] SAP Alicante de 26 de Marzo de 2004.
[323] SAP Toledo de 30 de Enero de 1995.
[324] Art. 53 LOREG: *"No puede difundirse propaganda electoral ni realizarse acto alguno de campaña electoral una vez que ésta haya legalmente terminado. La obtención gratuita de medios proporcionados por las Administraciones Públicas quedará limitada al periodo estricto de campaña electoral. Las limitaciones anteriores se establecen sin perjuicio de las actividades realizadas por los partidos, coaliciones y federaciones*

Así, con este tipo penal, se pretende "*...proteger el llamado período de reflexión, como modo de que el elector, libre de la presión psicológica de la propaganda electoral, puede decidir serenamente a quien votar...*".[325]

Por consiguiente, ha de tenerse en cuenta a estos efectos el art. 51 LOREG[326], según el cual la campaña comienza el trigésimo octavo día posterior a la convocatoria, tiene una duración de quince días y finaliza, en todo caso, a las cero horas del día anterior al de la votación.

Con lo que queda claro que será en ese periodo de veinticuatro horas (*"jornada de reflexión"*) y durante la fecha de la cita electoral cuando el delito puede cometerse, exclusivamente, toda vez que carecería de sentido y resultaría inane la realización de actos de campaña una vez concluida la votación.

De otro lado, por "*actos de propaganda*", que es la acción típica en esta ocasión, habrá que entender, a la vista de lo dicho en el art. 50 LOREG[327], las actividades llevadas a cabo por candidatos o miembros de partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones con la finalidad de captar sufragios.

---

en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente reconocidas y, en particular, en el artículo 20 de la Constitución.
No obstante lo anterior, desde la convocatoria de las elecciones hasta el inicio legal de la campaña, queda prohibida la realización de publicidad o propaganda electoral mediante carteles, soportes comerciales o inserciones en prensa, radio u otros medios digitales, no pudiendo justificarse dichas actuaciones por el ejercicio de las actividades ordinarias de los partidos, coaliciones o federaciones reconocidas en el apartado anterior."

[325] MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA, V. Op. cit. pag. 16. Vid. también STS de 5 de Mayo de 1989.

[326] Art. 51 LOREG: *"1. La campaña electoral comienza el día trigésimo octavo posterior a la convocatoria. 2. Dura quince días. 3. Termina, en todo caso, a las cero horas del día inmediatamente anterior a la votación."*

[327] Art. 50 LOREG: *"1. Los poderes públicos que en virtud de su competencia legal hayan convocado un proceso electoral pueden realizar durante el período electoral una campaña de carácter institucional destinada a informar a los ciudadanos sobre la fecha de la votación, el procedimiento para votar y los requisitos y trámite del voto por correo, sin influir, en ningún caso, en la orientación del voto de los electores. Esta publicidad institucional se realizará en espacios gratuitos de los medios de comunicación social de titularidad pública del ámbito territorial correspondiente al proceso electoral de que se trate, suficientes para alcanzar los objetivos de esta campaña.*
2. Desde la convocatoria de las elecciones y hasta la celebración de las mismas queda prohibido cualquier acto organizado o financiado, directa o indirectamente, por los poderes públicos que contenga alusiones a las realizaciones o a los logros obtenidos, o que utilice imágenes o expresiones coincidentes o similares a las utilizadas en sus propias campañas por alguna de las entidades políticas concurrentes a las elecciones.
3. Asimismo, durante el mismo período queda prohibido realizar cualquier acto de inauguración de obras o servicios públicos o proyectos de éstos, cualquiera que sea la denominación utilizada, sin perjuicio de que dichas obras o servicios puedan entrar en funcionamiento en dicho periodo
4. Se entiende por campaña electoral, a efectos de esta Ley, el conjunto de actividades lícitas llevadas a cabo por los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la captación de sufragios.
5. Salvo lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, ninguna persona jurídica distinta de las mencionadas en el apartado anterior podrá realizar campaña electoral a partir de la fecha de la convocatoria de las elecciones, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 20 de la Constitución."

Pero al no hallarnos, en este caso y a diferencia de otras tantas ocasiones, ante un "*delito especial propio*", no se excluye la posibilidad de que esas actividades ilícitas puedan ser también realizadas, con carácter delictivo, por otras personas ajenas a los grupos descritos, si se llevan a cabo en provecho de éstos, tanto en concierto con ellos como sin él.

Obviamente, la actividad de "*propaganda*" requiere cierta pluralidad y publicidad, no entrando en el tipo comentarios o expresiones individuales mostrando opiniones favorables por alguno de los candidatos o ideologías concurrentes.

Como "*delito de mera actividad*" que es, ya que no se requiere la producción de un determinado resultado, por otra parte prácticamente imposible de probar pues tendría que constar de qué forma y en qué grado estas actividades han podido llegar a influir en la decisión de los votantes, no presentará habitualmente la posibilidad de la tentativa, aunque en ciertos casos puede que ésta no resulte del todo imposible, por ejemplo, cuando se aborte la exhibición o distribución, en el período de prohibición, de material propagandístico una vez preparado éste con esa finalidad.[328]

Según la STS de 5 de Mayo de 1989, con una sugestiva referencia a la eventualidad de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la que el Tribunal se adelanta proféticamente en veintiún años, *"Los destinatarios de la prohibición son todas las personas físicas y jurídicas sin excepción. Nadie puede hacer ya propaganda no sólo aquellos que en el período de camaña electoral la realizan y pueden realizarla, sino todos. Ptra interpretación conduciría al absurdo, es decir, a la más absoluta inoperatividad del importante mandato legal porque la propaganda se haría, al menos "formalmente", por personas no vinculadas a Partidos, Federaciones, Coaliciones, Agrupaciones de electores y candidatos, a los que se refiere el artículo 37.1 del Real Decreto-Ley invocado por el recurrente. Otra cosa es que inexistente en la actualidad la responsabilidad penal de las personas jurídicas, haya siempre que reconducirse ésta a las personas físicas."*

2.2.2.6.1.2. El apartado b) del número 1 del artículo castiga la infracción de las normas que regulan las actividades propias de la campaña, en concreto carteles electorales, sus espacios o las reuniones y otros actos públicos de propaganda,

[328] Vid, por ej. SAP de Toledo de 30 de Enero de 1995.

entre los que lógicamente han de incluirse los mensajes a través de medios de comunicación.[329]

Se trata de un "*tipo abierto*" que requiere especial ponderación y un juicio de proporcionalidad con suficiente motivación para ser aplicado.[330]

Es en este punto donde ha de acudirse, inevitablemente, a la regulación de tales actividades[331] para poder determinar el carácter punible de la concreta conducta, que puede llevarse a cabo "*...por cualquier persona física, con excepción de las citadas en el número 2º del artículo 144. También puede cometer este delito el funcionario encargado de la reserva o distribución de espacios, mediante la infracción de las disposiciones al respecto, y siempre que su acción no cause manifiesto perjuicio a un candidato, pues en este caso incurriría en el ilícito penal sancionado por el artículo 139.7 LOREG*".[332]

Si bien no debe perderse de vista, en ningún caso, la necesidad, por exigencias de los principios de lesividad e intervención mínima del Derecho Penal, de que la actividad analizada suponga realmente, además de la infracción de la norma electoral, un mínimo grado de lesión del bien jurídico aquí protegido, en los términos que explicábamos líneas atrás.[333]

En este sentido, la SAP de Alicante, de 26 de Abril de 2004 condena a la emisora de televisión local que, en el período de campaña electoral, emitió, sin respetar las normas correspondientes y unas veces mediante retribución económica y otras gratuitamente, propaganda electoral de partidos políticos concurrentes a las elecciones municipales, autonómicas y europeas de 1999, entendiendo por tales actos de propaganda "*Toda acción tendente a persuadir al ciudadano para que emita su voto a favor de un candidato, o a disuadirle en ese sentido, siempre que tenga una proyección pública... En este sentido la emisión a través de la televisión de emisiones de publicidad electoral son actos de propaganda electoral*."

[329] RÍOS PINTADO, J.F., op. cit. pag. 32.
[330] STC 196/2002, de 28 de Octubre.
[331] Arts. 53 a 67 LOREG
[332] RÍOS PINTADO, J.F., op. cit., pag. 31.
[333] Vid. apdo. 2.2.2.6.

2.2.2.6.1.3. Y, a su vez, el tercer y último supuesto, el contenido en el apartado 2 del precepto, tiene una dimensión esencial de carácter personal, ya que se dirige a sancionar a ciertos individuos que tomen parte en la campaña electoral, teniéndolo previamente prohibido por la Ley.[334]

Una vez descritas las actividades a las que se refiere este término de "*campaña electoral*", entre las que expresamente se incluye en el precepto la difusión de propaganda electoral, la cuestión es identificar las personas a las que el tipo penal se refiere, que no son otras que los miembros "*en activo*" de las Fuerzas Armadas y de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas y locales, del Poder Judicial, Ministerio Fiscal y Juntas Electorales.

Puede quizá advertirse alguna ausencia que no se justifica por las razones que motivan la existencia de este delito y que más adelante señalaremos, como la de los Magistrados del Tribunal Constitucional.

Se trata por consiguiente, una vez más, de un "*delito especial propio*" que sólo puede ser cometido por aquellos autores que incorporen a su persona la condición de cualquiera de los grupos citados, resultando en este caso, por las propias características de la conducta punible, harto difícil la presencia de algún "*extraneus*" (art. 65.3 CP) en la ejecución de este ilícito.

Como hemos visto, se requiere que el sujeto se encuentre en situación de "*activo*" en su correspondiente Cuerpo o profesión, lo que excluye a jubilados, excedentes o en situación administrativa de servicios especiales, máxime con la frecuencia con que estos últimos se encuentran dedicados a la actividad política.

Aunque sí que habría que incluir en el grupo objeto de prohibición a los que desempeñan la figura de "*eméritos*" en ciertos Cuerpos o Carreras, como en el Poder Judicial, pues desempeñan funciones jurisdiccionales en todo semejantes a los "*activos*".

Pues, según la doctrina especializada, en acertada opinión, "*El motivo del presente tipo penal es la necesidad de garantizar la imparcialidad de esos servidores públicos durante los procesos electorales, ya que en determinadas personas pueden influir decisivamente en su derecho al voto como consecuencia del respeto o consideración*

[334] Art. 52 LOREG.

superior que puedan merecerles, además que su función pública dista mucho de realizar propaganda electoral y más bien deben de velar por el buen desarrollo del proceso electoral".[335]

Lo que, por otra parte, nos lleva al planteamiento de la cuestión de cómo debería ser calificada la conducta de quien, perteneciendo a alguno de los grupos indicados, participase en algún acto electoral, como mero asistente, sin distintivo alguno de su profesión ni ser identificado en esa condición por el resto del público presente.

En estos casos, la inocuidad de tal comportamiento, en relación con el fundamento del tipo delictivo, podría quizá conducir a una Resolución absolutoria.

2.2.2.6.3. Doctrina Jurisprudencial.

Como ejemplos de Resoluciones judiciales referidas a este precepto pueden mencionarse:

A) En cuanto al primer supuesto:

- "*Todos los ordenamientos jurídicos han de enfrentarse con la defensa de bienes jurídicos o valores incluso constitucionales que, de alguna manera, chocan entre sí. Se hace referencia en este supuesto a la libertad de expresión, pero obsérvese que la defensa misma del orden constitucional de la democracia que es uno de sus valores más significados y representativos, puede exigir excepcionalmente por la decisión de una Ley, o de una norma con rango de Ley, una limitación temporal de esa básica libertad de expresión, que ha podido ejercitarse antes con todos los efectos y con las máximas garantías y se podrá volver a ejercer después, se limita una vez que la campaña ha terminado (y entre la convocatoria de elecciones y la iniciación de la campaña con las características señaladas en el artículo 53 de la Ley Orgánica), hasta la elección, en aras de otra libertad también esencial: la de elegir, sin ningún tipo de presiones*."[336]

- "*El acto típico descrito en el precepto indicado consiste en «realizar actos de propaganda una vez finalizado el plazo de la campaña electoral». No se*

[335] MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA, V., op. cit. pag. 16.
[336] STS de 5 de Mayo de 1989.

enumeran las conductas susceptibles de subsumirse en aquél, naturalmente atendiendo a la multiplicidad y variedad de formas en que puede plasmar la actividad proselitista o descalificadora del agente. Lo cierto es que toda acción tendente a persuadir al ciudadano para que emita su voto a favor de un candidato, o, por el contrario, dirigida a disuadir de semejante opción, siempre con una proyección pública, puede identificarse, atendiendo a las circunstancias, con el acto propagandístico proscrito, por extemporáneo, por la ley electoral".[337]

- "*La primera pregunta a hacernos en relación con lo discutido es el tipo de ilícito en el que nos encontramos. La respuesta es que se trata de un delito de mera actividad. No se trata de lograr tal o cual fin. Se trata de un tipo penal abierto, en el que cabe todo tipo de conducta encaminada a persuadir al ciudadano o a mediatizar su voto en un determinado sentido, no espontáneo, sino dirigido. Lo hecho por el acusado entra en esta premisa. Entrega sobres que contienen los votos para una concreta opción política. La suya. No se ofrecen otras posibilidades alternativas. Se ofrece esa candidatura. La suya. Y como dice la testigo María O., si el acusado le lleva esas papeletas y sobres en concreto, sería para que le votara. Propaganda no es únicamente una petición verbal y expresa de voto. Es hacer ver mediante actos concretos, externos y encaminados a un determinado fin, que se ofrece una posibilidad de votar en un sentido específico… …la proyección pública, cosa que niega el acusado, también se da. Como bien señala la Sentencia de Instancia, la proyección pública es un concepto a tener presente conforme a las circunstancias concurrentes. Y en el caso presente, tales circunstancias se concretan en esa población, y en su situación, en sus medios materiales y humanos, y en lo que un sociólogo llamaría la realidad presente, que se aprecia a tenor de esos baremos antedichos. Sin que sea obligado escribir más sobre el tema, en la localidad todos se conocen, saben quiénes son, a qué se dedican, dónde viven, el actuar el acusado cual lo hizo es una proyección pública. Salió de su ámbito personal y privado, investido de su condición de candidato por tal partido, y se*

[337] STS de 14 de Febrero de 1992.

dirigió a los diversos vecinos a entregarles sobres y papeletas electorales que afectaban a su persona y a su grupo político."[338]

- "*El período de reflexión supone una limitación temporal, de todo punto necesaria, de esa básica libertad de expresión que ha podido ejercitarse antes con todos los efectos y con las máximas garantías y se podrá volver a ejercer después; se limita una vez que la campaña ha terminado hasta la elección, en aras de otra libertad también esencial: la de elegir sin ningún tipo de presiones*."[339]

- SAP de Orense de 25 de Junio de 2004: *"...la entrega de los sobres conteniendo papeletas de una determinada opción política, cualquiera que ésta sea, en cuanto dirigir el voto a una concreta alternativa política excluyendo a otras constituye, al menos, un acto de propaganda electoral a favor de la opción escogida, realizado de forma extemporánea en el marco de la Ley electoral.*"[340]

  "*Como señala la sentencia de esta misma Audiencia Provincial de Ourense de 25-06-2004 citando las SS del Tribunal Supremo de 5/5/89 y 14/2/1992, el acto típico descrito en el precepto indicado consiste en realizar actos de propaganda una vez finalizado el periodo electoral, entendiendo por tal toda acción tendente a persuadir al ciudadano para que emita su voto a favor de un candidato, "o por el contrario, dirigida a disuadir de semejante opción", siempre con una proyección pública, y que de acuerdo a las circunstancias pueda el acto propagandístico proscrito ser considerado extemporáneo conforme a la Ley Electoral. Hacer propaganda es tanto como propagar, difundir, llevar a otros un mensaje o consigna, extender, o dilatar el conocimiento de una cosa*."[341]

- Existen otras Resoluciones condenatorias por este delito.[342]

[338] SAP de Cáceres de 1 de Febrero de 200. En el mismo sentido la SAP de Almería de 18 de Febrero de 2004.
[339] SAP de Cáceres de 19 de Mayo de 2004.
[340] En el mismo sentido las SsAP Murcia de 27 de Noviembre de 2000 y Almería de 18 de Febrero de 2004.
[341] SAP de Orense de 21 de Noviembre de 2005.
[342] SSAP de Orense de 13 de Septiembre de 1986, Alicante de 26 de Marzo de 2004, Álava de 10 de Noviembre de 2005 y Santa Cruz de Tenerife de 7 de Mayo de 2009.

- A su vez, como ejemplos de Resoluciones absolutorias en esta materia, pueden citarse la que absolvía a quien, en un programa radiofónico manifiesta que irá a votar, sin especificar a qué Partido político, aunque realiza ciertas críticas respecto de una de las candidaturas concurrentes[343], la STSJ del País Vasco de 21 de Febrero de 2005, referida a una manifestación, tras los atentados del 11 de Marzo de 2004 y en la jornada de reflexión, criticando la "*manipulación informativa del Gobierno de Aznar" o la SAP de Vizcaya de 11 de Noviembre de 2009, respecto de quien llamaba a la abstención por megafonía, toda vez que no "...puede convertirse la llamada a la abstención en un acto de propaganda electoral, puesto que estaríamos ante la interpretación extensiva de la que no podemos mostrar acuerdo*."

B) Respecto del segundo supuesto:

- "*...obvio resulta que si el Salón de actos referido no figura en la relación de locales y lugares públicos reservados para la realización gratuita de actos de campaña electoral, no podía solicitarse su utilización por los representantes de las formaciones políticas concurrentes a las elecciones, que sólo podían atenerse al listado de lugares ofrecidos y figurantes en la oportuna certificación municipal y a los que se les diera la impuesta publicidad. La atribución del local de autos por la Alcaldesa, fuera de los trámites legales que el precepto establece, se enfrenta con la prescrita normativa conculcando abiertamente las previsiones de los artículos 55 y 57 de la Ley Electoral. Supone una vulneración del criterio de igualdad de oportunidades preconizado en el párrafo tercero del último artículo, en beneficio de la formación política solicitante. Sin que a ello pueda oponerse -cual acertadamente informa el Ministerio Fiscal- que no se hubiera negado el uso a cualquier fuerza política que lo hubiera pedido, pues aparte de la ausencia de publicidad que tal forma de proceder comportaba, ello suponía la asunción por la Alcaldesa de unas facultades que no le estaban atribuidas, correspondiendo en todo caso a la Junta Electoral de Zona tal atribución al tratarse de locales de uso gratuito*."[344]

[343] SAP de Álava de 21 de Marzo de 1998.
[344] STS de 25 de Septiembre de 1996.

- El trasladar a varios ancianos hasta la Mesa Electoral para que ejerzan su derecho al voto entregándoles un sobre con la papeleta de una candidatura concreta "*...constituye un acto de propaganda electoral a favor de la opción escogida, realizado de forma extemporánea...*" por lo que debe ser castigado con base en este artículo.[345]

- Es delito de desobediencia, y no de propaganda electoral extemporánea, tanto desatender lo dispuesto por la Junta Electoral de Zona desoyendo el mandato de la misma desautorizando el acto convocado[346] como incumpliendo la orden de la Junta de que la información sobre el proceso electoral se produjera en términos de igualdad y proporcionalidad.[347]

C) En relación con el tercer supuesto puede citarse la condena a un Policía Municipal, que aparece en el cartel de anuncio de un acto de propaganda electoral y participa en éste de manera activa, independientemente de que los asistentes conozcan o no su condición profesional y siendo impensable, en su caso, que actuase bajo un error de prohibición.[348]

2.2.2.7. Delitos en materia de encuestas electorales

La importancia de las encuestas en el proceso electoral resulta innegable, ya que su influencia en la ulterior decisión del elector es evidente, aunque no pueda concretarse el sentido de los efectos de sus resultados, que pueden tanto conducir a la abstención en favor de aquellos candidatos favorecidos por ellos como animar al electorado indeciso a votar en su favor por el efecto de "*arrastre*" que puede así mismo llegar a producirse.

De ahí precisamente la conveniencia de que se proteja, desde la norma penal, el rigor y la fiabilidad de tales sondeos de opinión.

[345] SAP Orense de 22 de Junio de 2004.
[346] SAP Cáceres de 1 de Junio de 2004.
[347] SAP Sevilla de 8 de Marzo de 2004.
[348] SAP Tarragona de 12 de Noviembre de 2004.

Lo que lleva, una vez más, a una fórmula descriptiva del tipo penal como "*norma en blanco*"[349], con tácita remisión a los preceptos que regulan esta materia, en concreto el art. 69 LOREG, cuyos incumplimientos son, en principio, los susceptibles de sanción penal.

No obstante, y al margen de la crítica que pudiera suscitar este precepto por su inconcreción, desde el punto de vista del principio de legalidad y la exigencia de "*lex certa*"[350], de nuevo los principios de lesividad e intervención mínima del Derecho Penal, como última ratio del Derecho sancionador, nos obligan a una lectura restrictiva, de modo que las infracciones de la normativa electoral en las que se aprecie su escasa o nula influencia respecto de ese bien jurídico protegido al que nos acabamos de referir, es decir el rigor y la veracidad de los resultados de las encuestas como factor importante para la correcta formación de la voluntad de los votantes, la conducta deberá considerarse atípica, sin perjuicio de que pudiera constituir una mera infracción administrativa, a tenor de lo dispuesto en el art. 153 LOREG.[351]

Desde este punto de vista, según afirma, con todo acierto algún autor, "*Del número dos del art. 69 LOREG se deducen tres conductas que pueden subsumirse en este tipo penal: a) las falsificaciones, ocultaciones o modificaciones deliberadas de los datos e informaciones de los sondeos publicados, incumplimiento o cumplimiento incorrecto de las especificaciones previstas en el número primero del art. 69, y c) la falta de respeto a la prohibición establecida en el apartado séptimo de ese artículo, consistente en que durante los cinco días anteriores al de la votación queda prohibida la publicación y difusión de sondeos electorales por cualquier medio de comunicación*."[352]

Por el contrario, podrían quedar fuera del ámbito de lo punible, una vez constatada la corrección y fiabilidad de los resultados ofrecidos por supuesto, otros incumplimientos de lo

---

[349] Artículo 145 LOREG: *"Quienes infrinjan la normativa vigente en materia de encuestas electorales serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por tiempo de uno a tres años."* (Artículo 145 redactado por el apartado cuarenta y cuatro del artículo único de la L.O. 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la L.O. 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General)

[350] ARNALDO ALCUBILLA, E., op. cit, pag. 194.

[351] Art. 153 LOREG: *"1. Toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley que no constituya delito será sancionada por la Junta Electoral competente. La multa será de 300 a 3.000 euros si se trata de autoridades o funcionarios y de 100 a 1.000 si se realiza por particulares.*
2. Las infracciones de lo dispuesto en esta Ley sobre régimen de encuestas electorales serán sancionadas con multa de 3.000 a 30.000 de euros."

[352] MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA, V. op. cit. pag. 17.

previsto en el art. 69 LOREG[353], tales como la omisión, no substancial, de las "*especificaciones*" acompañatorias a los resultados de las encuestas a las que se refiere el apartado 1 del referido art. o la alteración tan mínima[354] que no puedan en ningún caso suponer una verdadera y eficaz incidencia en la formación de su decisión por los electores.

Las conductas infractoras, en todo caso, habrán de ser intencionadas al no recoger el precepto la posibilidad de la infracción imprudente, remitiéndose los posibles comportamientos de esta clase al ámbito de la sanción administrativa también prevista en la Ley.[355]

---

[353] Art. 69 LOREG: *"Entre el día de la convocatoria y el de la celebración de cualquier tipo de elecciones se aplica el siguiente régimen de publicación de encuestas electorales:*
1. Los realizadores de todo sondeo o encuesta deben, bajo su responsabilidad, acompañarla de las siguientes especificaciones, que asimismo deben incluir toda publicación de las mismas:
a) Denominación y domicilio del organismo o entidad, pública o privada o de la persona física que haya realizado el sondeo, así como de la que haya encargado su realización.
b) Características técnicas del sondeo, que incluyan necesariamente los siguientes extremos: sistema de muestreo, tamaño de la muestra, margen de error de la misma, nivel de representatividad, procedimiento de selección de los encuestados y fecha de realización del trabajo de campo.
c) Texto íntegro de las cuestiones planteadas y número de personas que no han contestado a cada una de ellas.
2. La Junta Electoral Central vela porque los datos e informaciones de los sondeos publicados no contengan falsificaciones, ocultaciones o modificaciones deliberadas, así como por el correcto cumplimiento de las especificaciones a que se refiere el párrafo anterior y por el respeto a la prohibición establecida en el apartado 7 de este artículo.
3. La Junta Electoral Central puede recabar de quien haya realizado un sondeo o encuesta publicado la información técnica complementaria que juzgue oportuno al objeto de efectuar las comprobaciones que estime necesarias.
Esta información no puede extenderse al contenido de los datos sobre las cuestiones que, conforme a la legislación vigente, sean de uso propio de la empresa o su cliente.
4. Los medios informativos que hayan publicado o difundido un sondeo, violando las disposiciones de la presente Ley, están obligados a publicar y difundir en el plazo de tres días las rectificaciones requeridas por la Junta Electoral Central, anunciando su procedencia y el motivo de la rectificación, y programándose o publicándose en los mismos espacios o páginas que la información rectificada.
5. Si el sondeo o encuesta que se pretende modificar se hubiera difundido en una publicación cuya periodicidad no permite divulgar la rectificación en los tres días siguientes a su recepción, el director del medio de comunicación deberá hacerla publicar a su costa indicando esta circunstancia, dentro del plazo indicado, en otro medio de la misma zona y de similar difusión.
6. Las resoluciones de la Junta Electoral Central sobre materia de encuestas y sondeos son notificadas a los interesados y publicadas. Pueden ser objeto de recurso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la forma prevista en su Ley Reguladora y sin que sea preceptivo el recurso previo de reposición.
7. Durante los cinco días anteriores al de la votación queda prohibida la publicación y difusión o reproducción de sondeos electorales por cualquier medio de comunicación.
8. En el supuesto de que algún organismo dependiente de las Administraciones Públicas realice en período electoral encuestas sobre intención de voto, los resultados de las mismas, cuando así lo soliciten, deben ser puestos en conocimiento de las entidades políticas concurrentes a las elecciones en el ámbito territorial de la encuesta en el plazo de cuarenta y ocho horas desde la solicitud."

[354] "*redondeos*" de los resultados, por ej.

[355] Art. 153.2 LOREG. RÍOS PINTADO, J.F., op. cit., pag. 34.

Y, por último, nos permitimos sugerir desde aquí, la conveniencia de incorporación, en un futuro, de la posible RPPJ, en relación con el Ppol, prevista en los arts. 31 bis y ss. CP, en esta infracción de manera muy evidente, al considerar que se trata de un supuesto totalmente idóneo para ello, en relación con las empresas, demoscópicas y de comunicación, que pudieran verse implicadas en hechos como los aquí descritos.

Lo que requerirá siempre la inclusión expresa de tal posibilidad en la norma positiva, dado el sistema de "*numerus clausus*" por el que el Legislador ha optado a la hora de aplicar ese especial tipo de responsabilidad penal.

2.2.2.8. Delitos de influencia ilícita en el ejercicio del derecho al voto.

En el art. 146 LOREG[356] se contemplan una serie de conductas que suponen unos de los más graves y directos ataques al bien jurídico protegido por la legislación penal especial, es decir, la corrección y pureza del proceso electoral, que alcanza su máximo exponente en el libre ejercicio del derecho al voto por los electores.

No obstante, esas agresiones pueden producirse de forma muy diferente, tal como se describe en los distintos supuestos contenidos en el artículo.

Por un lado, se distingue entre los sujetos activos de las infracciones de modo que cuando se trate de algún funcionario público, en el sentido enunciado en el art. 135.1 LOREG, el delito se convierte, una vez más, en "*especial propio*", con las consecuencias que ya se han reiterado en anteriores apartados, incrementándose la pena se con el añadido de la inhabilitación especial para empleo y cargo público.[357]

---

[356] Art. 146 LOREG: *"1. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses:*
a) Quienes por medio de recompensa, dádivas, remuneraciones o promesas de las mismas, soliciten directa o indirectamente el voto de algún elector, o le induzcan a la abstención.
b) Quienes con violencia o intimidación presionen sobre los electores para que no usen de su derecho, lo ejerciten contra su voluntad o descubran el secreto de voto.
c) Quienes impidan o dificulten injustificadamente la entrada, salida o permanencia de los electores, candidatos, apoderados, interventores y notarios en los lugares en los que se realicen actos del procedimiento electoral.
2. Los funcionarios públicos que usen de sus competencias para algunos de los fines señalados en este artículo incurrirán en las penas señaladas en el número anterior y, además, en la inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a tres años."

[357] Supuesto éste de la comisión del delito por funcionario como tipo agravado que algún autor considera falto de sistemática pues *"Debería haberse recogido en los artículos 139 o 140, mediante la remisión al artículo 146"*, puesto que son aquellos los que específicamente se refieren a los delitos cometidos por funcionario,

En lo que se refiere a los sujetos pasivos, también hay que señalar una importante diferencia entre los supuestos de las letras b) y c) del primer apartado del artículo, habida cuenta de que en un caso (a semejanza con lo que ocurre en el supuesto de la letra a) de este mismo precepto) son sólo los electores a los que se les presiona para que se abstengan, voten en sentido contrario a su voluntad o descubran su voto, mientras que en el segundo de esos casos se amplía la categoría de posibles sujetos pasivos de la infracción, extendiéndola además a los candidatos, apoderados, interventores y notarios.

Si esos sujetos pasivos fueren numerosos e integrasen un determinado colectivo podría resultar incluso de aplicación el art. 170 CP.[358]

Por otra parte, en cuanto al contenido de las respectivas acciones, resultan completamente diferentes la primera de las conductas del apartado 1: la de la letra a), que configura una infracción equivalente a los cohechos contemplados en el CP, y las otras dos, letras b) y c), que se relacionan con las coacciones también incluidas en ese Texto legal.

En todos los supuestos la acción habrá de ser siempre dolosa.

En cualquier caso, como dijimos, ambos supuestos suponen influencias ilícitas en el ejercicio del voto, cuyo contenido se altera, mediante dádiva o a través de coacciones para provocar abstenciones o impedir el acceso al voto o al control de la fiabilidad de su ejercicio.

Conviene, así mismo, precisar que, según la normativa electoral, propiamente dicha, las cuestiones respectivas a la dirección del acto electoral, en cuanto a la debida observancia de la Ley, en todos sus aspectos, compete en exclusiva al Presidente de Mesa[359], que no

---

MARTÍN MARTÍN, G., "La LOREG y los delitos electorales", en "Estudios sobre la Reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General: la Reforma continua y discontinua", Instituto de Derecho Público, Madrid, 2011, pag. 398.

[358] Art. 170 CP: "*Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior*."

[359] Art. 91 LOREG: *''1. El Presidente de la Mesa tiene dentro del local electoral autoridad exclusiva para conservar el orden, asegurar la libertad de los electores y mantener la observancia de la Ley.*
2. El Presidente de la Mesa vela por que la entrada al local se conserve siempre libre y accesible para las personas que tienen derecho a entrar en él.

puede ser, a su vez, detenido durante el transcurso del acto electoral, salvo caso de flagrancia delictiva.[360]

2.2.2.8.1. Supuestos:

Los distintos supuestos contenidos en el apartado 1 del precepto son los siguientes:

2.2.2.8.1.1. ***"Quienes por medio de recompensa, dádivas, remuneraciones o promesas de las mismas, soliciten directa o indirectamente el voto de algún elector, o le induzcan a la abstención."***

Como ya dijimos, nos hallamos ante una figura equivalente a las contempladas en el CP como delitos de cohecho, aunque con tres importantes diferencias.

Mientras que en los cohechos del CP la persona a la que se dirige, solicita o recibe la dádiva ha de ser una Autoridad o funcionario público[361] o ciertos responsables empresariales[362], en el delito electoral ese lugar lo ocupa el elector, que no ostenta ninguna de las dos características anteriores.

En segundo lugar, en los tipos generales, la finalidad de la acción se refiere a la realización de actos relacionados con el cargo que se desempeña, aquí lo es con la decisión acerca de la emisión del voto y su contenido.

---

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 86, sólo tienen derecho a entrar en los locales de las Secciones electorales, los electores de las mismas, los representantes de las candidaturas y quienes formen parte de ellas, sus apoderados e interventores; los notarios, para dar fe de cualquier acto relacionado con la elección y que no se oponga al secreto de la votación; los agentes de la autoridad que el Presidente requiera; los miembros de las Juntas Electorales y los Jueces de Instrucción y sus delegados; así como las personas designadas por la Administración para recabar información sobre los resultados del escrutinio.
4. Nadie puede entrar en el local de la Sección electoral con armas ni instrumentos susceptibles de ser usados como tales. El Presidente ordenará la inmediata expulsión de quienes infrinjan este precepto.
5. Los notarios podrán dar fe de los actos relacionados con la elección, incluso fuera de su demarcación, pero siempre dentro de la misma provincia y sin necesidad de autorización especial. Durante el día de la votación los notarios deberán encontrarse a disposición de los partidos, coaliciones, federaciones y agrupaciones en su domicilio o en el lugar donde habitualmente desarrollen su función."

[360] Art. 90 LOREG: *"Ninguna autoridad puede detener a los Presidentes, Vocales e Interventores de las Mesas durante las horas de la elección en que deban desempeñar sus funciones, salvo en caso de flagrante delito."*

[361] Arts. 419 a 426 CP.

[362] Art. 286 bis CP.

Y, por último, en el tipo electoral no se contempla más que el "*cohecho activo*", es decir, se omite el castigo para el elector que se deje influir por la ilícita conducta de quien le premia por su abstención o emisión de voto en el sentido propuesto, rechazándose por la doctrina, de forma discutible a mi juicio, la posibilidad de incriminación de elector que induzca a la "*compra*" de su propio voto, tanto porque el tipo alude a una especie de "*presión*" o "*condicionamiento*" realizados sobre el elector como por el bien jurídico protefigo que no es otro que el de la libertad individual de ese elector exclusivamente.[363]

La conducta, por consiguiente, ha de consistir en un ofrecimiento o promesa de recompensa, dádivas o remuneraciones para que el elector se abstenga, vote o excluya a una determinada[364] candidatura o lo haga en blanco, pudiendo tratarse aquellas de cualquier premio o ventaja, tanto sea económico[365] o de otro tipo, como el mantenimiento en el puesto de trabajo o, incluso, el aumento de sueldo en el mismo o la promesa de construcción de un puente para el acceso a una finca.[366]

Aunque ha de rechazarse la posibilidad de castigo cuando, de acuerdo con la "*adecuación social*", la dádiva consiste en pequeños regalos de escaso valor (mecheros, pegatinas, etc.), que se supone no tienen la entidad suficiente para condicionar la decisión del elector.[367]

Y todo ello con independencia de que la promesa se vea posteriormente cumplida o no[368], pues volvemos a estar ante un delito de mera actividad.[369]

2.2.2.8.1.2. "*Quienes con violencia o intimidación presionen sobre los electores para que no usen de su derecho, lo ejerciten contra su voluntad o descubran el secreto de voto*."

La finalidad de la conducta delictiva en este supuesto, a semejanza del anterior, es tanto conseguir la abstención del elector como la alteración de su decisión en orden al

[363] PEÑARANDA RAMOS, J.J, op. cit., pag. 1221.
[364] STS de 28 de Abril de 2006 y SAP de Almería de 1 de Febrero de 2005.
[365] STS de 3 de Junio de 2003 o 10 de Julio de 2007, por ej.
[366] SAP Orense de 30 de Septiembre de 1997.
[367] RÍOS PINTADO, J.F., op. cit., pag. 35.
[368] STS de 28 de Abril de 2006 ya citada.
[369] MEDINA MORALES, D., "Delitos e infracciones administrativas en los procesos electorales (Recursos administrativos y judiciales)", Estudios Jurídicos del CEJAJ III-2000, Madrid, pag. 685.

ejercicio del voto, añadiéndose en este caso, además, el desvelamiento del sentido del voto, con lo que se viola el derecho a dicho secreto, consagrado expresamente en los arts. 5[370] y 86[371] LOREG.

La diferencia estriba en la mecánica delictiva o procedimiento utilizado para esa finalidad que, lejos de suponer un "*premio*", consiste en el empleo de *"presión*" sobre el elector, con la utilización de "*violencia o intimidación*".

Asemejándose pues al delito de coacciones previsto en el art. 172 CP[372], en tanto que éste atribuye dicha figura a quien "*...impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto...*", y en especial cuando la coacción pretenda impedir el ejercicio de derechos fundamentales (art. 172.1 parr. 2º CP) y al tipo del art. 542 CP[373], cuando es la Autoridad o un funcionario público el que impide el ejercicio de los derechos cívicos, encontrándonos por consiguiente ante unos

[370] Art. 5 LOREG: *"Nadie puede ser obligado o coaccionado bajo ningún pretexto en el ejercicio de su derecho de sufragio, ni a revelar su voto."*

[371] Art. 86 LOREG: *"1. El voto es secreto.2. Los electores sólo pueden votar en la sección, y dentro de ésta en la Mesa Electoral que les corresponda, salvo lo dispuesto en el apartado 1º del artículo 79. Los electores se acercarán a la Mesa de uno en uno, después de haber pasado, si así lo deseasen, por la cabina que estará situada en la misma habitación, en un lugar intermedio entre la entrada y la Mesa Electoral. Dentro de la cabina el votante podrá elegir las papeletas electorales e introducirlas en los correspondientes sobres.3. Cada elector manifestará su nombre y apellidos al Presidente. Los Vocales e interventores comprobarán, por el examen de las listas del censo electoral o de las certificaciones aportadas, el derecho a votar del elector, así como su identidad, que se justificará conforme a lo dispuesto en el artículo anterior. Inmediatamente, el elector entregará por su propia mano al Presidente el sobre o sobres de votación cerrados. A continuación éste, sin ocultarlos ni un momento a la vista del*
público, dirá en voz alta el nombre del elector y, añadiendo ¿Vota¿, entregará el sobre o sobres al elector quien los depositará en la urna o urnas.4. Los Vocales y, en su caso, los Interventores que lo deseen anotarán, cada cual en una lista numerada, el nombre y apellidos de los votantes por el orden en que emitan su voto, expresando el número con que figuran en la lista del censo electoral o, en su caso, la aportación de certificación censal específica. Existirá una lista numerada por cada una de las Cámaras de las Cortes Generales y, en su caso, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales o Parlamento Europeo que corresponda elegir. Todo elector tiene derecho a examinar si ha sido bien anotado su nombre y apellidos en la lista de votantes que forme la Mesa para cada urna."

[372]Art. 172.1 CP: "*El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.*
Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código.
También se impondrán las penas en su mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda."

[373] Art. 542 CP: "*Incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años la autoridad o el funcionario público que, a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las Leyes*."

conflicto de normas a resolver, como ya se expuso en nuestro análisis anterior del art. 136 LOREG[374], en favor de esta figura por su especialidad.

En este caso la influencia ilícita en el ejercicio del derecho al voto puede ser tanto física, violencia en sentido estricto, como psicológica, intimidación, mediante el anuncio de un mal presente o futuro, resultando indiferente que se alcance o no el objetivo propuesto por el autor de la infracción.

Así mismo, también pueden producirse situaciones de confusión con el siguiente supuesto de este mismo artículo, cuando en lugar de "*presionar*" sobre el elector, la imposibilidad del ejercicio del derecho a votar se produzca impidiendo el acceso al local correspondiente, lo que no ofrece mayor dificultad dada la equivalencia punitiva, e igualmente con la previsión del siguiente artículo, el 147 LOREG, referido a las acciones de grave perturbación del acto electoral, aunque en este caso la diferencia se situará en las consecuencias de esa perturbación, toda vez que si con ella se impidió o dificultó el ejercicio al elector de su derecho, la correcta calificación de tales hechos habría de hacerse conforme a este artículo, que supone una sanción notablemente superior, tal como concluyó la SAP de Álava de 12 de Febrero de 2009.

2.2.2.8.1.3. "*Quienes impidan o dificulten injustificadamente la entrada, salida o permanencia de los electores, candidatos, apoderados, interventores y notarios en los lugares en los que se realicen actos del procedimiento electoral*."

Finalmente, el tercer y último supuesto alude a los actos de impedimento o dificultad para el acceso, permanencia o salida de los lugares en los que se lleve a cabo algún acto del proceso electoral, no sólo a los electores sino también a otros partícipes en ese proceso como los candidatos, apoderados, interventores o notarios.

Tal pluralidad de sujetos pasivos y la referencia genérica aquellos "*...lugares en los que se realicen actos del procedimiento electoral*", nos lleva a que no sólo se trate del acto y la sede donde se produce el sufragio, sino a cualquier otro lugar en el que se desarrolle, con

[374] Vid. apartado 2.2.1.2.

presencia de los nombrados sujetos pasivos, cualquier actuación de las contempladas en la LOREG como integrantes del proceso.

Por otro lado es evidente que "*Aunque el precepto no prevé cuál es el modo en que se impida o dificulte de forma injustificada la entrada salida o permanencia, lo cierto es que dichos medios deben ser objetivamente idóneos para conseguir dicho fin, por lo tanto en ningún caso serán típicos aquellos supuestos en que se impida o dificulte la entrada, salida o permanencia en un acto electoral de forma justificada o de manera que pueda evitarse fácilmente el impedimento*".[375]

Estamos, al igual que en el caso precedente ante una infracción equivalente al delito de coacciones y ya hemos visto, al comentarlo, las relaciones concursales posibles en estas ocasiones con el genérico del art. 172 CP, en especial su párrafo 2º del apartado 1, cuando las coacciones tienen por objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental, o el 542 CP, referido a la Autoridad o funcionario que impida el ejercicio de los derechos cívicos, así como los contemplados entre dicho supuesto anterior y el del artículo siguiente.

La SAP Guipúzcoa de 14 de Septiembre de 2001, criticada por la doctrina[376], absuelve al interventor que, con otra mujer y portando ambos una pancarta de protesta, se sitúa ante la Mesa contigua en la que acude a votar un concejal de una fuerza contraria.

2.2.2.9. Delito de alteración del orden del acto electoral:

Según las previsiones de la normativa electoral, corresponde al Presidente de la Mesa electoral la competencia para velar por el orden en el local donde se efectúa la votación, la libertad con que los electores deben ejercer su derecho de voto y, en general, la observancia de la Ley, por lo que se le atribuye "*autoridad exclusiva*" en este sentido.[377]

[375] MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA, op. citada, pag. 18.
[376] RÍOS PINTADO, J.J:, op. cit., pag. 37.
[377] Art. 91 LOREG: *"1. El Presidente de la Mesa tiene dentro del local electoral autoridad exclusiva para conservar el orden, asegurar la libertad de los electores y mantener la observancia de la Ley.2. El Presidente de la Mesa vela por que la entrada al local se conserve siempre libre y accesible para las personas que tienen derecho a entrar en él.3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 86, sólo tienen derecho a entrar en los locales de las Secciones electorales, los electores de las mismas, los representantes de las candidaturas y quienes formen parte de ellas, sus apoderados e interventores; los notarios, para dar fe de cualquier acto relacionado con la elección y que no se oponga al secreto de la votación; los agentes de la autoridad que el Presidente requiera; los miembros de las Juntas Electorales y los Jueces de Instrucción y sus delegados; así*

Así, con el correspondiente auxilio de las fuerzas de policía destinadas a proteger tales locales, dentro y fuera de ellos[378], el Presidente, entre otros cometidos, se cuidará de mantener libre el acceso para los que tengan derecho a ello, impidiendo la entrada o expulsando a quienes no lo tengan y de quienes porten armas o instrumentos hábiles para ser usados como tales[379], así como también impedir en las inmediaciones del local la realización de actos de propaganda electoral, la formación de grupos susceptibles de entorpecer el acceso o dificultar o coaccionar el libre ejercicio del derecho de voto.[380]

Y es que, en efecto, el clima de libertad y paz necesario para el desarrollo de la votación es, lógicamente, uno de los valores esenciales del proceso electoral.

Por ello, junto a todas esas garantías y salvaguardas previstas en la propia Ley, se tipifica, en el artículo 148[381], como infracción de carácter penal, las conductas tendentes a la perturbación de ese orden, no sólo en el desarrollo de la votación, sino en cualquiera de los actos electorales que en él se realicen, como por ejemplo el escrutinio.

Y se hace con la previsión de dos acciones de naturaleza y significado diverso, a saber: a) la grave perturbación del orden en cualquier acto electoral y b) el penetrar en los locales en los que se celebren tales actos portando armas u otros instrumentos idóneos para ser usados como tales.

2.2.2.9.1. Supuestos.

2.2.2.9.1.1. Perturbación del orden:

---

como las personas designadas por la Administración para recabar información sobre los resultados del escrutinio.
4. Nadie puede entrar en el local de la Sección electoral con armas ni instrumentos susceptibles de ser usados como tales. El Presidente ordenará la inmediata expulsión de quienes infrinjan este precepto.
5. Los notarios podrán dar fe de los actos relacionados con la elección, incluso fuera de su demarcación, pero siempre dentro de la misma provincia y sin necesidad de autorización especial. Durante el día de la votación los notarios deberán encontrarse a disposición de los partidos, coaliciones, federaciones y agrupaciones en su domicilio o en el lugar donde habitualmente desarrollen su función."

[378] Art. 92 LOREG: *"Las fuerzas de policía destinadas a proteger los locales de las Secciones prestarán al Presidente de la Mesa, dentro y fuera de los locales, el auxilio que éste requiera."*

[379] Art. 91 LOREG.

[380] Art. 93 LOREG: *"Ni en los locales de las Secciones ni en las inmediaciones de los mismos se podrá realizar propaganda electoral de ningún género. Tampoco podrán formarse grupos susceptibles de entorpecer, de cualquier manera que sea, el acceso a los locales, ni se admitirá la presencia en las proximidades de quien o quienes puedan dificultar o coaccionar el libre ejercicio del derecho de voto. El Presidente de la Mesa tomará a este respecto todas las medidas que estime convenientes."*

[381] Vid. apdo. 2.2.2.1.

En este caso estamos ante un delito de resultado puesto que es necesario que, con la conducta, su autor ocasione efectivamente una alteración del orden perturbadora del correcto desarrollo del acto, en concreto por lo que se refiere al libre y pacífico ejercicio del derecho del elector.

Teniendo en cuenta que tales consecuencias han de ser, además, *"graves"*, concepto jurídico indeterminado que ha de ser valorado en cada caso por el Tribunal que conozca de su enjuiciamiento[382], atendiendo esencialmente para ello a la dimensión de los efectos de la alteración sobre la libertad de ejercicio del derecho por los electores o del desarrollo de otros actos electorales allí celebrados.

Esta misma figura, con redacción prácticamente idéntica, también se contempla en el Código Penal[383], en el que incluso se incluye otro supuesto similar, en el que la perturbación del orden se dirija a impedir el ejercicio de los derechos cívicos[384]. Concurso de normas que, conforme ya hemos repetido[385], deberá resolverse en favor de la aplicación de este supuesto especial (y castigado además con pena más grave), de acuerdo con las previsiones del art. 8 CP.

La interrupción por unos minutos del acto de colocación de carteles de propaganda electoral no se ha considerado por el TS, dada su escasa trascendencia, con perturbación del orden del acto[386], pero sí que lo ha sido la interrupción de un acto de propaganda electoral, profiriendo insultos contra los convocantes e invadiendo el escenario con pancartas y gritos, repartiendo pasquines y dificultando así la celebración de dicho acto.[387]

---

[382] MEDINA MORALES, D., "Delitos e infracciones administrativas en los procesos electorales (Recursos administrativos y judiciales)", Estudios Jurídicos del CEJAJ III-2000, Madrid, pag. 686.

[383] Art. 558 CP: "*Serán castigados con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, los que perturben gravemente el orden en la audiencia de un tribunal o juzgado, en los actos públicos propios de cualquier autoridad o corporación, en colegio electoral, oficina o establecimiento público, centro docente o con motivo de la celebración de espectáculos deportivos o culturales. En estos casos se podrá imponer también la pena de privación de acudir a los lugares, eventos o espectáculos de la misma naturaleza por un tiempo superior hasta tres años a la pena de prisión impuesta*."

[384] Art. 559: "*Los que perturben gravemente el orden público con objeto de impedir a alguna persona el ejercicio de sus derechos cívicos, serán castigados con las penas de multa de tres a doce meses y de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a seis años*."

[385] Vid. apdo. 2.2.1.2.

[386] STS de 27 de Septiembre de 1999.

[387] SAP Álava de 12 de Febrero de 2009.

Finalmente, como delito de resultado que es, cabría, por supuesto, la comisión en forma intentada, cuando se haya iniciado su ejecución, o realizado todos los actos necesarios para provocar la perturbación, y ésta no se hubiera producido por razones ajenas a la voluntad de su autor.

2.2.2.9.1.2.- Penetrar en los locales portando armas u otros instrumentos equivalentes.

A diferencia del caso anterior, esta figura es de mera actividad, por lo que no requiere la producción de un resultado concreto.

Basta para su consumación con el hecho del porte del arma o instrumento equivalente. Y, por ende, no cabe tentativa.

La posesión del arma, independientemente de la legalidad de su tenencia, con las autorizaciones reglamentarias correspondientes si por su carácter fueran necesarias, ha de producirse en el interior del local electoral, sin que sea necesaria, para la integración del tipo penal su utilización ni tan siquiera exhibición.

Y ello es así porque aquí no se castiga ese uso sino, tan sólo, el peligro que con su mero porte se genera.

Por ello, puede presentarse un concurso con el delito de tenencia ilícita de armas[388], de carácter real[389], con castigo por separado de ambas conductas: la ilícita tenencia y su posesión dentro del local electoral.

Al igual que su uso para amenazar, impedir el ejercicio del derecho del voto, coaccionar a que éste se emita en un determinado sentido o, incluso, otros resultados contra

[388] Arts. 563 a 565 CP. Art. 563 CP: "Art. 563:" *La tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas, será castigada con la pena de prisión de uno a tres años*."

[389] Art. 73 CP: *"Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas."*:

la vida o la integridad de los presentes, configurarán otros tantos concursos, también de carácter real y, en ocasiones, medial o instrumental[390].

El arma puede ser de cualquier clase, de fuego, blanca e, incluso, explosivo[391], por su asimilación con aquellas, ya que el tipo también alude así mismo a "*instrumentos susceptibles de ser usados como tales*" armas.

Aquí se engloban algunos objetos tales como palos, bates de béisbol, bastones cuyo uso no se encuentre justificado por razones de salud y se esgriman con finalidad agresiva, botellas u objetos de cristal cortantes, etc.

Ese carácter asimilado al arma habrá de ser valorado, en cada caso, por el Tribunal juzgador.

En aquellas ocasiones en las que no se considere el carácter de arma, o similar, respecto del objeto analizado no resultará de aplicación este precepto, pero la conducta pudiera ser calificada, si se dan los concretos presupuestos para ello, como delito de amenazas, de impedimento para el ejercicio libre del derecho de voto, etc.

Los miembros de las Fuerzas del orden lógicamente sí que estarán autorizados, encontrándose de servicio, para portar sus armas reglamentarias en los actos y locales electorales.[392]

2.2.2.10. Calumnia e injuria en período electoral:

En el art. 148 LOREG no se describe ningún tipo delictivo especial, sino que tan sólo contiene una disposición punitiva[393], estableciendo que la sanción ha de imponerse en el grado superior de las penas previstas en el CP para los delitos de calumnias[394] e injurias[395]

[390] Arts. 73 y 77 CP.
[391] Art. 348 CP.
[392] PEÑARANDA RAMOS, J.L., op. cit., pag. 1233.
[393] MARTÍN MARTÍN, G., "La LOREG y los delitos electorales", en "Estudios sobre la Reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General: la Reforma continua y discontinua", Instituto de Derecho Público, Madrid, 2011, pag. 392. Y MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA, V., *"Delitos electorales"*. Diario LA LEY, nº 6887, 20 Feb. 2008, Madrid, pag. 3.
[394] *"Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad."* (Art. 205 CP).

que se contemplan en los arts. 205 a 214 de ese texto legal, con diferentes supuestos, todos ellos aplicables en orden a este precepto que tan sólo alude a una exigencia temporal, en concreto que las infracciones se cometan en el período de campaña electoral, y con motivo u ocasión de ella.

No obstante, para la aplicación de este incremento sancionador hay que tener en cuenta algunas consideraciones como las siguientes.

Los sujetos pasivos de la calumnia o injuria han de ser, inicialmente, los partícipes en la contienda electoral (candidatos, candidatura, partidos, agrupaciones, etc.) pues, aunque expresamente no lo diga la norma, ésta es la única justificación tanto de la especial previsión como de su sentido agravatorio, que no es otra que la de la repercusión que las expresiones calumniosas o injuriosas pueda tener, más allá de la ofensa al honor de la víctima, en la influencia sobre la decisión electoral de los votantes.

Sin embargo, a mi juicio, también cabría la aplicación de este precepto cuando, en dicho período de campaña y en relación con ella, las calumnias o injurias se dirigieran contra las Autoridades o funcionarios encargados del proceso electoral[396], habida cuenta de que, con tales conductas, igualmente se podría producir un grave descrédito del proceso, desvalor especial que justificaría el incremento punitivo.

En cuanto al ánimo del autor de las expresiones enjuiciadas, habrá que distinguir con precisión entre el "*animus iniuriandi*" y el "*criticandi*", tan propio del debate electoral y que convertirá en impune la conducta.[397]

Requisito igualmente imprescindible es el de que tales conductas punibles se produzcan dentro del tiempo propio de la campaña electoral, los quince días de la misma que se fijan en el art. 51.2 LOREG[398], con exclusión de las jornadas de reflexión y electoral[399], y guardando alguna relación con la misma ("*con motivo u ocasión*"), toda vez

---

[395] *"Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación."* (art. 208.1 CP).
[396] Miembros de las Juntas electorales, de las oficinas del Censo, etc.
[397] ALTÉS MARTÍ, M. A. "El delito electoral", Corts: Anuario de Derecho parlamentario, nº 8, 1999. Ed. Corts Valencianes, pag. 177.
[398] Art. 51.2 LOREG: *"1.La campaña electoral comienza el día trigésimo octavo posterior a la convocatoria. 2.Dura quince días. 3.Termina, en todo caso, a las cero horas del día inmediatamente anterior a la votación."*
[399] RÍOS PINTADO, J.F., op, cit. pag. 39.

que lo que se pretende es una especial protección del honor de los participantes en unas fechas en las que la lesión del mismo tanto puede repercutir en el desenlace electoral.[400]

De otro lado, cuando el artículo dispone que la pena correspondiente[401] habrá de imponerse en su "*grado máximo*", hay que entender, con el régimen de cálculo de las penas del CP de 1995 tan diferente del anterior, que se tratará de la mitad superior de esa pena prevista, teniendo en cuenta, además, que, a pesar de la mención expresa a las "*penas privativas de libertad*" que se incluye en este precepto de la LOREG, el Código actual, a diferencia del anterior 1973[402], no prevé pena privativa alguna para esta clase de delitos, por lo que podría suscitarse la duda acerca de la actual aplicación de su contenido.

En cuanto al "*derecho de rectificación*", que también se regula en el CP[403], habrá de tenerse en cuenta, así mismo, la alternativa del régimen previsto en el art. 368 LOREG.[404]

Y, finalmente, aunque en el art. 151.2 LOREG, se atribuya carácter público a la acción penal para la persecución de estos delitos[405], coincido con quienes se pronuncian[406] en el sentido de que debe prevalecer aquí el carácter privado de esta clase de delitos contra el honor, que se les asigna en el CP[407], resultando por ello necesario, como requisito de perseguibilidad, la previa querella de la persona ofendida o de su representante legal, puesto que, como dijimos, el precepto que comentamos no incorpora una nueva figura especial, de aquellas a las que hace referencia el art. 151.2 LOREG[408], sino tan sólo un mandato de incremento punitivo.[409]

---

[400] Aunque hay autores que consideran que no debía restringirse el ámbito de esta infracción al período de campaña. Por ej. MEDINA MORALES, D., "Delitos e infracciones administrativas en los procesos electorales (Recursos administrativos y judiciales)", Estudios Jurídicos del CEJAJ III-2000, Madrid, pag. 686.

[401] La prevista para cada supuesto en el CP 95.

[402] Art. 459 CP 1973: *"Las injurias graves, hechas por escrito y con publicidad, serán castigadas con la pena de arresto mayor o destierro, y en todo caso con la multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas."*

[403] Art. 214 CP: *"Si el acusado de calumnia o injuria reconociere ante la autoridad judicial la falsedad o falta de certeza de las imputaciones y se retractare de ellas, el Juez o Tribunal impondrá la pena inmediatamente inferior en grado y podrá dejar de imponer la pena de inhabilitación que establece el artículo anterior.*
El Juez o Tribunal ante quien se produjera el reconocimiento ordenará que se entregue testimonio de retractación al ofendido y, si éste lo solicita, ordenará su publicación en el mismo medio en que se vertió la calumnia o injuria, en espacio idéntico o similar a aquél en que se produjo su difusión y dentro del plazo que señale el Juez o Tribunal sentenciador."

[404] ARNALDO ALCUBILLA, E., op. cit, pag. 196.

[405] Vid. apdo. 2.2.1.5.3.

[406] MUÑOZ CUESTA, J. y MARTÍ CRUCHAGA, V. op. citada, pag. 19.

[407] Art. 215.1, inciso 1º CP: *"1. Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querella de la persona ofendida por el delito o de su representante legal."*

[408] "*La acción penal que nace de estos delitos....*".

[409] Vid. a este respecto también la postura y dudas de ARNALDO ALCUBILLA, E., op. cit, pag. 196.

Y ello salvo que nos encontremos ante alguna de las Autoridades o funcionarios públicos, en el desempeño de sus cargos y funciones electorales, a los que antes nos referíamos como posibles sujetos pasivos de estos delitos en cuyo caso su persecución será de oficio.[410]

Lo mismo sucederá con la posibilidad del perdón, extintivo de la responsabilidad criminal, a que se refiere el art. 215.3 CP.[411]

2.2.2.11. Falseamiento de la contabilidad electoral.

La figura que se contempla en el art. 149 LOREG[412] es otro caso de "*delito especial propio*"[413], toda vez que sólo puede ser cometido por quien ostente la condición de Administrador general y de las candidaturas de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, sin perjuicio de la figura del "*extraneus*".[414]

El documento objeto de la falsificación habrá de ser aquel que refleje la contabilidad, de ingresos y gastos, de la que dicho Administrador es responsable y que se menciona en los arts. 121 a 131 LOREG.

Mientras que la acción falsaria en este precepto se concreta en la indebida inclusión u omisión de aportaciones o gastos o aumento o disminución de la realidad de las partidas contables, mediante cualquier artificio. La mera alteración de la verdad[415], sin necesidad de

---

[410] Art. 215.1 inciso 2º CP: *"Se procederá de oficio cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos."*

[411] Art. 215.3 CP: "3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5º del apartado 1 del artículo 130 de este Código."

[412] Art. 149 LOREG: "*1. Los administradores generales y de las candidaturas de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores que falseen las cuentas, reflejando u omitiendo indebidamente en las mismas aportaciones o gastos o usando de cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.* (Número 1 del artículo 149 redactado por el apartado cuarenta y siete del artículo único de la L.O. 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la L.O. 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.)2. *Los Tribunales atendiendo a la gravedad del hecho y sus circunstancias podrán imponer la pena en un grado inferior a la señalada en el párrafo anterior."*

[413] Abordado en el denominado caso "FILESA" y puesto de actualidad nuevamente con el caso "GÜRTEL".

[414] Art. 65.3 CP: *"3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate."*

[415] Se trata de una "falsedad ideológica", como reconoce la propia Fiscalía General del Estado cuando dice, en la Consulta 15/1997, de 16 de Diciembre, que: *"Cabe señalar que no todas las falsedades ideológicas consistentes en faltar a la realidad en la narración de los hechos cometidas por particular han quedado despenalizadas. Siguen siendo delito aquellas que, pese a no encajar en el art. 392, se recogen en otros preceptos del Código vigente, así: en los arts. 310, 308 y 309 ya mencionados, en el art. 261 referido a la presentación de falsa contabilidad con el fin de lograr la declaración de un estado de quiebra, concurso o*

otro resultado ulterior ni perjuicio patrimonial, consuma el delito, puesto que nos hallamos ante un delito de peligro abstracto.[416]

Pero lo trascendente es la ocultación que ese falseamiento de los datos supone respecto de la realidad de los fondos destinados a la financiación de la actividad electoral, con la relevancia que los medios económicos tienen en ella.

Dice a este respecto la STS de 28 de Octubre de 1997 ("caso, FILESA, MALESA y TIME EXPORT"): "…*la pretensión de quienes organizaron las referidas empresas era la de ayudar a la financiación de las elecciones electorales de 1989, las Generales y las Europeas, de tal modo que como esa financiación suponía la conculcación del artículo 149 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 junio, del Régimen Electoral General, aunque el delito electoral se cometiera presuntamente por otras personas, era indudable una inicial finalidad ilícita si el fin último de la actividad societaria buscaba, directa o indirectamente, la conculcación de un precepto penal. Dicha norma limita los gastos electorales de las distintas candidaturas con un doble fundamento constitucional, evitar la distorsión de la publicidad abusiva en detrimento de la sana formación de la opinión pública base del Estado democrático, y evitar también la vulneración del principio de igualdad como uno de los inspiradores del ordenamiento jurídico."*

Debiendo tener también, en este terreno, las dificultades y el grave retraso de la tarea de control y fiscalización de las cuentas de los Ppols, encomendada al Tribunal de Cuentas.[417]

Por otra parte, el mayor de los problemas interpretativos de esta norma se centra, no obstante, en dos puntos relacionados con la condición de su autor y la naturaleza del documento falseado.

Así, es cuestionable si nos hallamos ante un sujeto privado, un particular, dado el criterio extensivo del carácter de funcionario público que el art. 135.1 LOREG contempla y,

---

suspensión de pagos, y en el delito societario del art. 290 que examinamos; o en preceptos de otras leyes como el también mencionado en el art. 149 de la LOREG."

[416] Aún cuando *"En buena parte de los casos estas falsedades tendrán una repercusión económica posterior, en el sentido de afectar a la distribución de subvenciones electorales, lo que nos podrá remitir al concurso con la figura de fraude de subvenciones, al margen de las relaciones concursales con las falsedades y el delito de falsedades genéricas del art. 140 LOREG"*, MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pag. 231.

[417] MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pag. 231.

por otro lado, si el documento falsificado es privado o público, teniendo en cuenta el origen, parcial, y destino, en todos los casos, públicos de las cantidades objeto de contabilidad.

Optar por una u otra alternativa nos llevaría a establecer diferentes situaciones de concursos normativos con los delitos de falsedad cometida por funcionario[418] o particular y, en este segundo caso, sobre documento público[419] o privado.[420]

A lo que habría que añadir el supuesto del delito de falsificación de cuentas públicas, introducido como artículo 433 bis CP[421] con la reforma de la Ley 7/2012, y algo más alejado en cuanto a su contenido la figura del delito de falseamiento de cuentas societarias del art. 290 CP. [422]

Sin embargo, desde el punto de vista práctico, el problema no es tal, ya que por aplicación de las reglas de solución de esta clase de conflictos[423], la especialidad del delito electoral supone su aplicación preferente.

---

[418] Art. 390.1 CP: "*Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad: 1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos*."

[419] Art. 392.1 CP: "*El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses*."

[420] Art. 395 CP: "*El que, para perjudicar a otro, cometiere en documento privado alguna de las falsedades previstas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años*."

[421] Art. 433 bis CP: *"1. La autoridad o funcionario público que, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, y fuera de los supuestos previstos en el artículo 390, falseare su contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación económica o la información contenida en los mismos, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años y multa de doce a veinticuatro meses. 2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público, que de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, facilite a terceros información mendaz relativa a la situación económica de la misma o alguno de los documentos o informaciones a que se refiere el apartado anterior. 3. Si se llegare a causar el perjuicio económico a la entidad, se impondrán las penas de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a diez años y multa de doce a veinticuatro meses."*

[422] Art. 290 CP: *"Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.*
Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior."

[423] Art. 8 CP: *"Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:*
1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general.

Lo que no dejaría de sorprender, caso de que se concluyera que estamos ante una falsedad en documento público cometida por persona a la que se atribuye la condición de funcionario, a la vista de la menor penalidad prevista en la LOREG[424]. Más aún si se advierte que, según el contenido del apartado 2 de este art., el Tribunal está facultado incluso para reducir la pena a imponer a tendiendo *"a la gravedad del hecho y sus circunstancias".*

Problema que sin embargo no existe respecto de las conductas y sanciones contempladas en los referidos arts. 290 y 433 bis CP[425], que no superan el castigo previsto en la LOREG.

Así mismo, ha de recordarse que, a diferencia de lo que acontece en el CP para las falsedades cometidas por funcionario, aquí no se contempla la figura imprudente de la falsedad[426], que ha de calificarse como simple infracción administrativa de acuerdo con las previsiones de la propia LOREG.[427]

2.2.2.12. Delito de apropiación indebida de fondos electorales.

Se describía en su momento, en el art. 150 LOREG[428], una especialidad del antiguo delito de apropiación indebida[429], reformado de manera tan importante por la LO 1/2015,

---

2.ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.
3.ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.
4.ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor."

[424] Vid. comparativamente arts. 390 CP y 149 LOREG. Penas de hasta seis años de prisión en el primero y hasta cuatro en la segunda.

[425] Máximo de tres y cuatro años de prisión, respectivamente.

[426] Art. 391 CP: "*La autoridad o funcionario público que por imprudencia grave incurriere en alguna de las falsedades previstas en el artículo anterior o diere lugar a que otro las cometa, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año*."

[427] Art. 153.2 LOREG.

[428] Artículo 150 LOREG: "*1. Los administradores generales y de las candidaturas, así como las personas autorizadas a disponer de las cuentas electorales, que se apropien o distraigan fondos para fines distintos de los contemplados en esta Ley serán sancionados con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses, si los fondos apropiados o distraídos no superan los 50.000 euros, y de prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, en caso contrario.2. Los Tribunales teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena de prisión de seis meses a un año y la de multa de tres a seis meses."* (Artículo 150 redactado por el apartado cuarenta y ocho del artículo único de la L.O. 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la L.O. 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.)

[429] Art. 252 CP: *"1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.*

con una naturaleza "*especial propia*", ya que sólo los administradores generales y de las candidaturas, o las personas autorizadas a disponer de las cuentas electorales, pueden cometerla.[430]

Respecto del sujeto activo de esta infracción, quién sea Administrador o persona autorizada, es cuestión regulada en los arts. 121 y siguientes LOREG.

La conducta delictiva se identificaba plenamente, como se ha dicho, con la prevista en el art. 252 CP antes de la reforma producida por la LO 1/2015, pudiendo consistir tanto en la apropiación llevada a cabo por el autor del hecho, que ingresa en su patrimonio la cantidad apropiada, como la distracción, que supone, cualquiera que fuere el destino que se le dé, el apartamiento de esos fondos de los fines lícitos, de carácter electoral, a los que se encuentran destinados.

La anterior similitud entre CP y LOREG suponía la aparición de un concurso de normas a resolver en favor de la aplicación del tipo especial, de acuerdo con el art. 8 CP, lo que en la actualidad no resulta aún más claro, precisamente por ese alejamiento actual de ambas figuras legales, unido al incremento punitivo producido por la reforma de la LOREG de 2011,[431] recobrando plenamente su protagonismo y autonomía, en materia electoral, la apropiación indebida del art. 150 LOREG.

No podemos olvidar las críticas que este precepto ha suscitado de parte de la doctrina especializada[432] que le considera carente del más mínimo rigor técnico, impreciso y confuso, en especial acerca de la designación del sujeto activo, al hacer referencia a las "*personas autorizadas para disponer de las cuentas electorales*", que pueden incluir a funcionarios públicos y a quienes no lo son, y al objeto de la apropiación, al no distinguir tampoco entre fondos públicos y privados.

---

2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses." (muy sustancialmente modificado por el art. único.128 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo).

[430] Nos encontramos ante un delito *"...a medio camino entre la apropiación indebida y la malversación"* según MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pag. 233.

[431] MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pag. 233.

[432] ARNALDO ALCUBILLA, E., op. cit, pag. 194.

Por otra parte, la agravación específica derivada del hecho de que el autor persiguiera un lucro personal, que también fuera objeto de críticas, ha sido suprimida por la LO 2/2011 y sustituida por la fórmula más genérica de que se atienda por el Tribunal, a tales efectos agravatorios, a "*...la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste*", conceptos jurídicos indeterminados que amplían considerablemente el arbitrio judicial.

En cuanto a la penalidad, comparativamente, la sanción prevista para esta clase de infracciones especiales es superior a la de la apropiación indebida "*común*", ya que ésta establece un castigo de seis meses a tres años de prisión, en tanto que en el delito electoral es de uno a cuatro años de privación de libertad y multa.

Del mismo modo, el subtipo agravado cuando la apropiación supere los 50.000 euros, es sancionado en el apartado 5º del art. 250.1 CP con prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, y con prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses para el delito especial.

Como curiosidad hay que señalar que la falta de apropiación indebida, hoy delito leve contemplado en el apartado 2 del art. 252 al desaparecer la categoría de las faltas penales con la reforma de la LO 1/2015, cuando la cantidad apropiada no supere los 400 euros[433], no se contempla en la LOREG, por lo que, cualquiera que fuere esa cuantía, en este segundo caso, la infracción tiene carácter del delito del art. 150 LOREG[434], aún cuando, según el apartado 2 del art. que comentamos, pueden imponer una pena de seis meses a un año de prisión y de tres a seis meses de multa, atendiendo a "*...la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste...*"

Por último, hay que señalar también que en este precepto no quedan incorporadas conductas como el ingreso encubierto de fondos en otras cuentas distintas de las oficiales ni el de fondos de procedencia ilícita o prohibida.[435]

[433] Arts. 249 y 6 CP.
[434] Al igual que ocurre en la actualidad dentro del régimen general del Derecho Penal tras la supresión de la categoría de la falta y su integración como "delitos leves" con la reforma operada por la LO 1/2015.
[435] ROMERO FLORES, B., "Partidos políticos y responsabilidad penal. La financiación electoral irregular", Ed. ATELIER, Barcelona 2005, pag. 158.

2.3. DELINCUENCIA ELECTORAL Y PARTIDOS POLÍTICOS.

No puede negarse, en modo alguno, la estrecha vinculación que los Ppol y su actividad tienen con la materia electoral, toda vez que el objeto principal de éstos no es sino la consecución de una presencia democrática representativa a través del apoyo ciudadano como consecuencia del resultado de las convocatorias electorales.

Por tanto, si existen ámbitos en los que la conducta de las PF que integran las organizaciones políticas pudiera alcanzar una calificación delictiva, entre los más destacados para que dichas situaciones se produzcan el electoral es, indudablemente, uno de ellos.

De ahí el interés que el anterior análisis de los tipos penales contenidos en la LOREG ha de tener a la hora de abordar la posible RPPJ, en relación con el Ppol.

Sin embargo hay que tener en cuenta, respecto de esta cuestión, algunos aspectos esenciales de nuestra actual regulación de ambas materias.

En primer lugar, el hecho de que no todas las figuras de la delincuencia electoral entran en el terreno propio de la actuación del Ppol alejan la posibilidad de una eventual implicación penal en ellas de las PF miembros de éste.

Efectivamente, existen tipos delictivos en la regulación que acabamos de estudiar en los que la presencia de los responsables o empleados del Ppol resulta bastante impensable.

Así sucede, por citar sólo un ejemplo, con ciertos delitos cometidos por los miembros de las Mesas electorales[436], entre los que es muy difícil imaginar la presencia, directa o indirecta, de los integrantes de un Ppol.

Mientras que, en otros casos como los relacionados con la propaganda electoral[437] o los cometidos por los Administradores generales y de las candidaturas[438], esa relación parece mucho más evidente.

Pero es que además nos encontramos con el hecho de la ausencia de previsión legal de la RPPJ[439], también cuando de Ppol se trata, respecto de las infracciones penales contenidas en la LOREG, lo que convierte tal hipótesis en un presupuesto de "lege ferenda",

[436] Art. 143 LOREG.
[437] Art. 144 LOREG.
[438] Arts. 149 y 150 LOREG.
[439] Vid. apdo. 3.4.1.

cuya oportunidad, conveniencia y matices procede examinar detenidamente, sobre todo con la vista puesta en los distintos factores, muchos de ellos problemáticos, que integran esta especial clase de responsabilidad penal, y que constituyen nuestro objetivo para las ideas y reflexiones que a renglón seguido vamos a desarrollar.

Pues bien, precisamente para perfilar, en profundidad, problemas como los que acaban de exponerse y darles, en la medida de lo posible, una respuesta, es a lo que se dirige el presente trabajo que, obligadamente, habría de comenzar por la anterior exposición de la "delincuencia electoral" que, seguida de la ulterior consideración de los aspectos más relevantes de la RPPJ, acabará convergiendo en el resultado final de un análisis que combine ambos ámbitos y alcance las consecuencias oportunas en forma de tesis final.

-III-

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

3.1. GENERALIDADES:

La incorporación a nuestro Sistema legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ a partir de ahora), con motivo de la Reforma del Código Penal operada a través de la LO 5/2010[440], supuso, sin duda, una verdadera revolución en el ámbito no sólo de la dogmática penal[441] sino también, lo que resulta quizá incluso más trascendente por

[440] Lo que ya se preludiaba en los sucesivos Proyectos de CP de 2007 y 2009, según nos recuerda MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "Comentarios al Código Penal", ed. La Ley, Madrid 2017, pag. 171.
Para un análisis histórico de la materia, desde el Derecho Romano a nuestros días, vid., por ej., PÉREZ ARIAS, J., "Notas sobre el actual modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal y sus antecedentes históricos", ID vLex 564548714., pags. 51 y ss.

[441] Resulta obligado trae aquí a colación, en este momento inicial, al Prof. GRACIA MARTÍN, cuya crítica a la existencia del régimen de RPPJ, con cita de autores tan prestigiosos como SCHÜNEMANN o ROXIN, es sin duda de las más completas y contundentes. Son dignas de todo elogio las numerosas virtudes que adornan a tan prestigioso autor, por la valerosa defensa de sus convicciones, no exenta de cierta vehemencia apasionada, su honestidad intelectual y rigor dogmático, digno todo ello de merecido elogio. No resulta posible en este momento y lugar analizar cada uno de sus extensos y copiosos argumentos contrarios a esta clase de responsabilidad penal, pero baste con mostrar, a pesar de todo, mi discrepancia con su discurso crítico, basado en algo tan obvio como la imposibilidad absoluta de asimilar los conceptos y contenidos clásicos, de carácter antropocéntrico, a la responsabilidad de la PJ. Donde considero, con todo el respeto que pueda merecerme, que incurre el referido autor en un grave error es en limitar las posibilidades del "ius puniendi" del Estado a los contornos clásicos de la dogmática tradicional. Lógico es, y no admite cuestionamiento, que las categorías hoy aplicadas a aspectos tan esenciales como la acción, la culpabilidad o la capacidad de pena, cuando del ser humano se trata, carecen de virtualidad para construir un régimen de RPPJ, pero es que lo importante realmente será, en primer lugar, comprobar si el instrumento punitivo puede llegar a ser una herramienta eficaz para la prevención y represión del fenómeno delictivo, es decir, si por encima de las razones de orden dogmático hasta hoy manejadas pueden, y deben, ser superadas en una contribución a las finalidades de Política Criminal que los nuevos supuestos de la criminalidad requieren. Y si tal utilidad para la tarea esencial que sirve de fundamento a la existencia misma de la pena llega a apreciarse, la cuestión seguidamente sería la de si existe la posibilidad de construir una teoría del delito que se acomode al nuevo sistema, no por asimilación a las categorías vigentes, de forma monopolística y exclusiva, hasta hoy, siempre y cuando las mismas guardasen el debido respeto a los principios y garantías que son, en definitiva, condicionamienros básicos, con carácter general e ineludible, para un régimen penal como el que aquí se va a analizar. La cuestión no es, por tanto, llegar a la conclusión fundada de que la RPPJ no puede consistir en algo similar a la de la PF, lo que, por otra parte, no requiere un excesivo discurso justificativo ya que, si se me permite, no es más que algo obvio, sino si existe la posibilidad de erigir un sistema equivalente, aunque distinto que, a su vez, viene apriorísticamente impuesto por la existencia misma de la norma positiva que lo impone.
Para apreciar, en toda su crudeza y hondura, la opinión que informa el pensamiento de dicho Profesor respecto de esta materia, su mordacidad al respecto y la decidida posición que adopta, baste como muestra citar la siguiente reflexión: *"Por esto, quiero enriquecer este acervo descalificación con mi aportación personal siguiendo –sin menoscabo ni en un ápice de las demás- las estelas de la comparación kelseniana con el animismo del hombre primitivo, y de la genial descalificación del pretendido Derecho penal de personas jurídicas por Bernd Schünemann como un "zombi político-criminal". Y así, en un ejercicio puramente metafórico, propongo agrupar a toda la maraña de opiniones favorables a la responsabilidad penal y sancionatoria de la persona jurídica en un imaginario "Manual práctico de hechicería de vudú haitiano" para*

mayor impacto social, en la práctica forense, pudiendo afirmar que nos hallamos ante una verdadera "tercera vía" dentro del Derecho Penal patrio, con su propia y autónoma interpretación de los principios rectores del sistema[442]

Tras la publicación de esa inaugural LO 5/2010, hay que tener así mismo en cuenta, para las páginas que siguen, las reformas que ya se han producido al respecto, en concreto las operadas por la LO 3/2011, la LO 6/2011, la LO 7/2012 y la LO 3/2015, a las que haremos referencia a lo largo de este texto, así como, de modo muy especial, a la reciente LO 1/2015, que resulta verdaderamente trascendental por la honda transformación que ha supuesto para extremos básicos del régimen de la RPPJ.

Mientras que en el terreno de lo procesal será necesario atender a la LO 37/2011, de Medidas de agilización procesal, que reforma diversos preceptos de la LECrim, para adaptarla al enjuiciamiento penal de la persona jurídica (PJ), al igual que ocurriera con el RD 1611/2011, de 14 de Noviembre, en materia de adaptación del Registro de antecedentes penales a la inscripción de las condenas sufridas por la PJ.

Con todo, tenemos que comenzar este estudio recordando que nos encontramos ante una figura, a mi juicio inédita como tal en nuestra legislación hasta esa incorporación en el año 2010[443], a diferencia de quienes sostienen que las consecuencias accesorias

---

uso de todo aquel que, prendido e inquietado por la transubstanciación de semejante ente en un completo sujeto jurídico-penal y de sanción, animado por semejante ilusión se proponga emprender la aventura de conseguirlo para poder presentar así a la persona jurídica comodotada de un espíritu que, como el de los humanos, le daría la capacidad y la fuerza de realizar y de omitir antijurídica y culpablemente acciones, y en consecuencia, como un sujeto que tendrá que responder de ello soportando y padeciendo una pena o una sanción como consecuencia jurídica de las fechorías criminales o infractoras que cometería ella misma", [vid. GRACIA MARTÍN, L., "Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica",en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, arts. 18-05 (2016), pag. 73].
En idéntico sentido crítico, aunque algo más matizado, cabe citar a DEL MORAL GARCÍA, A., cuando afirma la subsistencia del principio "societas delinquere non potest", viniendo a significar el nuevo régimen legal de RPPJ tan sólo el complemento "…sed puniri potest", añadiendo más adelante que *"Habrá que elaborar un derecho penal de la persona jurídica, pero no podremos olvidar que siempre aleteará ese componente de ficción. Lo que no podemos es convertir a la persona jurídica en una persona física"* [vid. DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Notas con ocasión de la Reforma de 2015." Revista del Ministerio Fiscal 0 (2015), pag. 220].
Pues bien, precisamente a esa tarea, partiendo de la ya adelantada necesidad de creación original de categorías adaptadas al nuevo sistema y siguiendo en ello a los numerosos autores que, con uno u otro criterio, convienen en la viabilidad de este nuevo sistema de responsabilidad penal, es precisamente a lo que se dedican llas páginas que siguen.

[442] BAJO FERNÁNDEZ, M,, "Vigencia de la RPPJ en el Derecho sancionador español" en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas". Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pags. 24 y ss.

[443] En esta línea GRACIA MARTÍN, J. "Sobre la naturaleza jurídica de las llamadas consecuencias accesorias para personas jurídicas en el Código Penal español", ps. 168 y ss.

contempladas en el art. 129 del Código Penal de 1995 ya suponían un inicio en esta materia, y hoy tan sólo en los inicios de su aplicación judicial, que supone el abandono definitivo de la vigencia del clásico brocardo "societas delinquere non potest", para sustituirlo por el de "societas delinquere et puniri potest"[444].

Figura, la de la RPPJ, que, si bien tiene un origen perfectamente reconocible en numerosos sistemas que ya la han desarrollado en sus correspondientes legislaciones, algunas de ellas con una historia tan dilatada en esta materia como las anglosajonas (en especial EEUU[445]), y que, posteriormente, se ha ido trasladando a un gran número de países mucho más próximos a nuestra cultura jurídica, como Holanda, Dinamarca, Bélgica, Francia o el mismo Portugal, por citar sólo algunos ordenamientos de la Unión Europea[446], y, fuera de ella, también en otros como Suiza, Chile, Colombia, Costa Rica, Honduras, México, etc.[447], llegó a España de la mano de una afirmación no del todo ajustada a la realidad, como la de que eran los Instrumentos internacionales vinculantes para nuestro país, y en especial las disposiciones de la UE (Directivas y Decisiones Marco), los que imponían la presencia de este régimen de responsabilidad entre nosotros[448] .

Afirmación que, como decimos y con carácter general, no puede tenerse por cierta[449],

---

[444] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p.50. Aunque haya quien sostenga que exclusivamente se ha introducido el principio "societaspuniri potest" sin derogar el "societas delinquere non potest". Así, siguiendo a MIR PUIG, S., GÓMEZ MARTÍN, "Falsa alarma: societas delinquere non potest", en "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" (ONTIVEROS ALONSO coord.), Valencia 2014.

[445] Que comienza con la Sentencia del Tribunal Supremo de los EEUU, de 1909, sobre el "caso New York Central & Hudson River Railroad v. United States, en la que se introduce en la RPPJ pues *"…no se ve objeción válida en Derecho de por qué la empresa, que se beneficia de la transacción, y que sólo puede actuar a través de sus agentes y oficiales, no pueda ser multada por la voluntad de éstos, ya que les ha confiado la autoridad para tomar decisiones y fijar las tarifas del transporte, y sus efectos se pueden atribuir a la organización."*
Para un cabal conocimiento de este régimen en el Derecho Penal estadounidense, pueden consultarse en nuestra lengua, además de la amplia bibliografía en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., La responsabilidad penal de las empresas en EE.UU. CERASA, Madrid, 2006, uno de los mayores conocedores de esta materia, que reiteradamente se cita a lo largo de estas páginas, el amplísimo y solvente estudio contenido en VILLEGAS GARCÍA, M.A., "La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas. La experiencia de EEUU", Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

[446] En cuanto a las fechas de introducción de este sistema de responsabilidad en los diferentes ordenamientos pueden reseñarse:, entre otros, Holanda en 1976, Francia en 1992 Bélgica en 1999 o Portugal en 2007, GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid 2016, pags. 37 y ss.

[447] BACIGALUPO SAGESSE, S., "La responsabilidad penal" ps. 314 y ss.

[448] Vid. preámbulo de la LO 5/2010: *"…numerosos instrumentos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas"*.

[449] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 50 y nota a pie de página (12) que cita a de la Cuesta, Revista Electrónica de la AIDP, 2011, p. 10, con amplias referencias, y DE TOLEDO Y UBIETO, O., ADP 2009, ps. 108 y ss. y GONZÄLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar

puesto que en dichos textos, con alguna mínima excepción, lo único que se contienen son pronunciamientos insistentes acerca de la necesidad de aplicar, en un numeroso grupo de actividades delictivas, medidas verdaderamente *"eficaces, proporcionadas y disuasorias"* frente a la presencia, en formas diversas, de las PPJJ en la comisión de tales ilícitos, que se producen en su seno o con motivo de su actividad, sea ésta genéricamente lícita o totalmente ilícita[450], pero sin que ello signifique, en ningún caso, que los Estados miembros deban de establecer obligatoriamente un régimen de responsabilidad de naturaleza penal para estos casos[451], pudiéndose mantener regulaciones, como la española hasta ese momento, en las que se arbitran otra clase de soluciones en forma de consecuencias jurídicas derivadas de la infracción penal cometida por la persona física (PF a partir de ahora), como las interdictivas previstas en el art. 129 del Código Penal[452] o la responsabilidad civil subsidiaria en ciertos

---

antes de su entrada en vigor, Diario La Ley, num. 7501, 3 Nov. 2010. Así como LASCURAÍN, J.A., "Compliance, debido control y unos refrescos", en "El Derecho Penal económico en la era compliance", Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (Dtores.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pag. 115.
A favor de la tesis de que, en efecto, se trata de un mandato europeo, por ej., CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F., en "Comentarios a la Reforma Penal de 2010", dirigidos por ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pags. 55 y 56 y QUINTERO OLIVARES, G., "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas físicas", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario". Pags. 163 y ss. Estudios de Derecho Judicial. 115/2007 CGPJ, con una extensa enumeración de los textos internacionales que hacen referencia a esta materia.
Pero, a mi juicio, resulta definitiva, en este punto, tanto la documentada opinión de ORTIZ DE URBINA, I. "Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica societas delinquere potest)", en "Compliance y Teoría del Derecho Penal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2013, pag. 277, cuando afirma que *"Así pues, la explicación de la introducción de la RPPJ ofrecida por el legislador español a la ciudadanía no responde a la realidad. La inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España no es una obligación internacional de ningún tipo, sino una decisión político-criminal ordinaria que debería haberse justificado conforme a su adecuación en tales términos. Ello habría permitido una mayor discusión de algunos aspectos que la regulación deja preocupantemente oscuros."* Máxime cuando dicho autor era precisamente uno de los integrantes del equipo de expertos que redactó el texto original de la propuesta de reforma de la LO 5/2010, como el propio contenido de la "justificación" de la enmienda presentada en el Congreso de los Diputados respecto del nuevo texto del art. 31 bis CP, con motivo de la elaboración de la LO 1/2015, donde concluyentemente se dice que *"Las Directivas UE imponen el deber de sancionar a las personas jurídicas en determinados supuestos per NO* (sic) *imponen que ese régimen sancionador tenga naturaleza penal"* (Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados, 10 Dic. 2014, pag. 528.
Y por si todo ello no fuera suficiente, concluye la Prof. BACIGALUPO, S., con cita de casi treinta prestigiosos penalistas que comparten esta misma opinión, *"…como es sabido, el Derecho comunitario no puede imponer la efectiva obligación de una norma penal"* (sic) en "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)", Diario La Ley num. 7541, 5 Ene. 2011, pag. 1 y Nota 7.

[450] Como opinión matizadamente contraria a tal carácter novedoso vid. Miguel Bajo Fernández y otros, ps. 20 y 22 y nota a pie de página (8). Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012.

[451] Si bien sí que deben ser considerados esos instrumentos como verdaderas "…manifestaciones de un determinado "clima político-criminal" a nivel internacional" [vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero", dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, pag. 70].

[452] Para CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F., el art. 129 CP ya incorporaba, desde 1995, un sistema de responsabilidad penal de la Persona Jurídica, si bien con un carácter no autónomo de la misma, en "Comentarios a la Reforma Penal de 2010", dirigidos por ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC,

casos (arts. 109 y ss. CP), y que afectan a estos entes pero sin atribución a los mismos de una verdadera responsabilidad criminal autónoma, o, incluso con una represión ubicada exclusivamente en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador[453], por no citar algún otro supuesto de carácter realmente peculiar, dentro de nuestro ordenamiento, como el contemplado en el efímero art. 31.2 CP.[454]

J.L. ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pag. 56. En la misma línea, entre otros, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. "La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el art. 129 del Código Penal)", en "El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz" (G. Quintero y F. Morales coords.). Pags. 885 y ss. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia 480/2009, de 22 de Mayo ("caso Ekin"), ha llegado a denominar a estas consecuencias jurídicas verdaderas *"medidas de seguridad jurídico-penales"*.

Aunque, según FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el Código Penal español", Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2016, pag. 18, *"…si bien se trataba de responsabilidad penal y así había sido definida por el Tribunal Supremo, en realidad no se les hacía responsables del hecho"*, a las PPJJ.

[453] Art. 130 de la Ley 30/92, de 26 de Noviembre, *"…podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas…"*, y en sentido semejante art. 181 de la Ley General Tributaria, art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores o los arts. 11.3 y 53.3 de la Ley General de Subvenciones) (sobre las semejanzas y diferencias entre el ilícito penal y el administrativo vid., por ej., ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. L. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Principales problemas de imputación", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario". Pags. 79 (nota 20) y 83. Estudios de Derecho Judicial. 115/2007, CGPJ. O BAJO FERNÁNDEZ, M., "Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal", InDret, Barcelona Julio2008, donde leemos "…que la distinción entre injusto penal y administrativo no es cualitativa, ni tampoco cuantitativa, sino puramente fornal", pag. 2.

[454] Art. 31.2: "*En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre y por cuya cuenta actuó."*

En este sentido, la Exposición de motivos de la LO 15/2003 de Reforma del Código Penal, que introduce un apartado segundo en el art. 31 CP, según el cual la PJ es responsable también de la pena de multa impuesta a quien actuó en su nombre y por su cuenta, afirma que con ello se está abordando la RPPJ, lo que es criticado por la doctrina. Por ej. GRANADOS PÉREZ, C. "Análisis jurisprudencial de la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal." en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario". Estudios de Derecho Judicial. 115/2007, CGPJ, pag. 142, y CHOCLÁN MONTALVO, J.A. "La responsabilidad de la persona jurídica y de los administradores por la actuación en su nombre", en Responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los consejos de administración. Actuar en nombre de otro". Estudios de Derecho Judicial. 91/2006, CGPJ, con cita del siguiente texto del Informe emitido por el CGPJ respecto del Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2003 que decía: *"…más parece privarse*
a la pena de multa de su carácter personal en cuanto a la persina que debe realizar el pago, que establecer propiamente la responsabilidad de la persona jurídica. Por ello, en realidad en el Anteproyecto no se establece la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues en ese caso la sanción debería serle impuesta de forma directa, sino sólo la consecuencia de que los bienes de la persona jurídica quedan afectos al pago de la multa." Argumentos a los que el autor añade como propios, para insistir en la negativa de que nos hallemos ante una verdadera RPPJ, el que sólo se haga referencia a la multa y no a otras consecuencias como la responsabilidad civil, que sigue siendo para la PJ subsidiaria, que la multa a la PJ no tenga carácter autónomo o que se trataría de una responsabilidad por el hecho ajeno *"…poco compatible con el principio jurídico-penal de culpabilidad"*.

Y como curioso y anecdótico antecedente, QUINTERO OLIVARES, G. recuerda el antiguo art. 499 bis del Código Penal, incorporado nada más y nada menos que en 1971 (L de 15 de Noviembre) relativo al delito contra la libertad y la seguridad en el trabajo que, expresamente, declaraba la posibilidad de que de tales hechos fueran responsables las personas jurídicas, en QUINTERO OLIVARES, G. "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas físicas", en

Mencionemos a este respecto, como ejemplo, el caso italiano que, ante la imposibilidad constitucional para establecer la RPPJ, toda vez que la Carta Magna nacional, según la interpretación doctrinal al respecto, restringe la posibilidad del actuar penalmente culpable al ser humano en exclusiva[455], cuenta con un régimen en el que, aunque en un mismo y único enjuiciamiento de la infracción cometida, se distingue, no obstante, entre la depuración de la responsabilidad penal de la PF y la meramente administrativa de la PJ.[456]

Como decíamos pocas líneas atrás, ha de traerse a colación en este punto el sistema seguido por nuestra propia Legislación penal (art. 129 CP), con anterioridad a la introducción la nueva regulación y restringido hoy a aquellos supuestos de entidades o agrupaciones de personas que carecen de personalidad jurídica, que supone la aplicación de consecuencias jurídicas, *"medidas coercitivas de carácter no sancionador"* para algunos[457], a la entidad cuyo Administrador fuera, en tal condición, autor de un determinado delito, en forma de *"consecuencias accesorias"* (muy semejantes en sus contenidos a las actuales penas aplicables a la PJ[458]), además de la responsabilidad directa, conjunta con aquel, frente al abono de la multa impuesta (art. 31.2 CP, procedente de la LO 15/2003 y hoy suprimido por la LO 1/2015).

Sistema tradicionalmente reforzado además, como también se dijo y a diferencia de lo que ocurre en gran número de otros ordenamientos, por las exigencias de responsabilidad civil subsidiaria asociada al ejercicio mismo de la acción penal (art. 120, apdos. 2º a 5º,

---

"Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario". pag. 162. Estudios de Derecho Judicial. 115/2007, CGPJ.

[455] Art. 27 de la Constitución de la República italiana, de 27 de Diciembre de 1947, parr. 1º *"La responsabilidad penal será personal."*

[456] Legge 29 Settembre 2000, n. 300, Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231, sobre "la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, de las sociedades y de asociaciones sin personalidad jurídica.
GRACIA MARTÍN, L., "La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurñidivas", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", Mir/Luzón, pag. 38.[457]

[458] Artículo 129 CP: "1. *En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este*
Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.
2. *Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.*
3. *La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante*
la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7."

CP).[459]

Pues bien, a pesar de todo ello y adoptada por nuestro Legislador nacional la decisión de incorporar el nuevo régimen de RPPJ[460], cualquiera que fuere la razón auténtica para ello o su justificación[461], que más parece relacionarse con algunas "sugerencias" o verdaderas imposiciones al efecto procedentes de organizaciones internacionales como la ONU o la OCDE esencialmente en su lucha contra la corrupción nacional e internacional[462],

---

459 Art. 120 CP: "*Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:*

1.º Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia.

2.º Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 212.

3.º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

4.º Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

5.º Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas."

460 Que en todo caso hay que ubicar dentro de la filosofía general del "buen gobierno" de las empresas, evidentemente de alcance aún más amplio, y que en nuestro país comenzó a incorporarse a partir de la creación por el Consejo de Ministros, el 28 de Febrero de 1997, de una Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades Cotizadas", que daría lugar al conocido como "Código Olivencia", presentado al Gobierno de la Nación, el 26 de Febrero de 1998, seguido del Informe de la Comisión Aldama que, en Septiembre de 2002 trató de profundizar en los principios de transparencia, información y lealtad, equilibrados con el de diligencia, para ser después todo ello desarrollado en la correspondiente legislación mercantil y de Sociedades que ha evolucionado hasta nuestros días, vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el Código Penal español", Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2016, pags. 22 y ss., LÓPEZ ASENCIO, P., en "Responsabilidad penal de personas jurídicas en la Gestión económica de la Empresa", CABEZUELA SANCHO, D. y otros, parrs. 760 y ss. Eds. Francis Lefebvre, Madrid, 2011. Igualmente ya en 1999, la STS de 10 de Diciembre, aludía a la crisis del principio "*societas delinquere non potest*" que en ese momento estaba siendo cuestionado en diversos ordenamiento europeos como el francés.

461 *"…se entiende de forma creciente que, como titulares de organizaciones empresariales, las sociedades mercantiles han de ser garantes de intereses de carácter público como "el cumplimiento de la legalidad o de la adecuación del funcionamiento de la empresa al Derecho",* FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el Código Penal español", Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2016, pag. 20-

462 BAJO FERNÁNDEZ M. en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 23, nota a pie de página (13) y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. L. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Principales problemas de imputación", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario". Pag. 73. Estudios de Derecho Judicial. 115/2007, CGPJ, donde se hace referencia, así mismo, a la influencia de los EEUU en los Convenios Internacionales sobre estas materias y, en concreto, en la actividad de la OCDE.

En este mismo sentido ACACHO, A. y URÍA, A., hacen referencia expresa a los "Principios de de Gobierno Corporativo de la CEOE de 1999", revisados en 2004 y en revisión actualmente, así como el "Convenio para combatir la corrupción de los agentes públicos extranjeros en las transacciones económicas internacionales", firmado por los países de la OCDE en Diciembre de 1997, y las "Recomendaciones en materia de anticorrupción", emitidas en 2009, en "El impacto de la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica el Código

lo cierto es que se abren ante nosotros un cúmulo de dudas interpretativas que resultan insoslayables en la necesidad de su afrontamiento y que requieren de una respuesta acorde con los planteamientos axiomáticos del resto de nuestro sistema punitivo, tanto procesal como sustantivo.[463]

En efecto, de una parte la aplicación de las categorías clásicas de la teoría del delito, en aspectos tan esenciales como la acción, antijuridicidad o la culpabilidad, propias e imprescindibles en la infracción penal, requiere, ante la presencia de esta nueva regulación, la elaboración de innovadores planteamientos adaptados a la situación creada por tan original realidad jurídica[464], en tanto que, de otro lado y cómo vamos a comprobar más adelante, el desarrollo del debate, en el seno del procedimiento judicial, también va a ofrecer revolucionarios retos, de difícil solución desde el respeto debido a los principios y garantías que tradicionalmente han venido rigiendo, y rigen aún hoy, nuestro sistema de enjuiciamiento penal[465].

Penal en los sistemas de "corporate compliance" de las personas jurídicas", Diario La Ley num. 3328/2015, 19 de Mayo. 2015, pag. 16 Nota.

Del máximo interés en este extremo son también otras menciones a textos internacionales, especialmente de la ONU y de la OCDE, en CASANOVAS YSLA, A. "Legal compliance. Principios de cumplimiento generalmente aceptados", Ed. Economist&Jurist, Madrid 2012, pags. 95 y ss.

Vid. también, por ej., "Una aproximación al delito de Corrupción en las Transacciones Comerciales Internacionales. Una respuesta legal contra la corrupción·, en Revista Jurídica del Consejo de Defensa Jurídica del Estado "Estudios sobre la Corrupción y la Criminalidad Organizada Transnacional", num. 1, Lima (perú), Diciembre 2011.

[463] BAJO FERNÁNDEZ M. en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 21, y SSTS (Sala 4ª) de 18 de Febrero y 30 de Mayo de 1981 y 15 de Julio de 1982.

[464] No es esta la opinión de ROBLES PLANAS, "Pena y persona jurídica: crítica del art. 31 bis CP", Diario La Ley 7705, 211, para el que *"...no cabe un modelo de responsabilidad penal para las personas jurídicas sin violar principios fundamentales del Derecho Penal"* pues, según el mismo autor, el sistema seguido por nuestro Código Penal es *"sólo formalmente penal"*

Y en sentido similar, por ej., "Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas: efecto extintivo al ser absuelta por inexistencia de delito de la persona física o representante que ha actuado en nombre de la sociedad", Diario La Ley num. 8661, de 9 de Diciembre de 2015, pag. 4, cuando dice: *"En cuanto al principio de culpabilidad aplicado a la persona jurídica debería tenerse en cuenta los elementos objetivos de su imputación legal regulados en el art. 31 bis CP (v.gr. culpabilidad por defecto de organización, Tiedemann 1981, según recuerda Bacigalupo Sagesse, 2010) más que en consideraciones ancladas en construcciones subjetivas pensadas para las personas físicas"*.

[465] *"La tensión entre las demandas de eficacia y los principios limitadores del poder punitivo del Estado es una de las cuestiones actuales más debatidas en el Derecho Penal al hilo del auge de la nueva criminalidad propia de un mundo globalizado"* [Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. L. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Principales problemas de imputación", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario", pag. 71 (nota 16), pag. 76 nota (17) y pag. 77. Estudios de Derecho Judicial. 115/2007, CGPJ. Y en sentido semejante y también citado en el mismo lugar SILVA SÁNCHEZ, J.M. "La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustrializadas." Pag. 83, Ed. Civitas, Madrid, 2001).

"...cabe concluir que la decisión político-criminal de dirigir a las organizaciones que tienen un cierto reconocimiento institucional exigencias de políticas de cumplimiento de la legalidad que no dependem de ecisiones individuales no se puede tildar de anti-constitucional, de axiológicamenge insostenible ode

A este respecto hemos de destacar cómo, desde el primer pronunciamiento jurisprudencial sobre esta materia[466], en criterio reiterado por los que hasta hoy se han venido produciendo[467], *"Esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 bis del CP. Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal."*

Pues bien, en el primero de tales ámbitos, en el de la teoría del delito, cuestiones como la del fundamento mismo del Derecho Penal ("ius puniendi") y la justificación de la sanción a partir de los objetivos de prevención general y especial, o la posibilidad de castigo de conductas de evidente carácter imprudente respecto de figuras penales concebidas por el Legislador con una naturaleza exclusivamente dolosa (vid. art. 12 CP[468]) o la de la aplicación de la comisión por omisión (art. 11 CP[469]) sobre el incumplimiento de ciertos deberes de garante y el tratamiento de todo ello en el caso de la RPPJ habrán de ser abordadas desde una perspectiva teórica hasta hoy insólita.[470]

De igual modo que los aspectos procesales relativos al ejercicio del derecho de defensa, el contenido y alcance del debate a propósito de esa especial responsabilidad, tan vinculados al objeto de la actividad probatoria y de las contradictorias alegaciones de las

---

incompatible con nuestra tradición jurídica continental. LO que exige la coherencia de tal planteamiento es que el cumplimiento de talesexigencias exonere de responsabilidad. De lo contrario estaríamos ante un sistema arbitrario de responsabiliad que no podría ser calificado de jurídico-penal o, como señala el Voto Particular de la STS 154/2016, de 29 de febrero, se tratará de una mera ficción." [Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el Código Penal español", Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2016, pag. 76].

[466] STS 514/2015, de 2 de Septiembre.

[467] SSTS 154/2016, de 29 de Febrero, y 221/2016, de 16 de Marzo.

[468] Art. 12 CP: *"Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley."*

[469] Artículo 11 CP: *"Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:*
a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente." (modificado por el art. único.8 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de Marzo).

[470] *"…es preciso desarrollar una teoría jurídica del delito o una teoría específica de imputación jurídico-penal para las personas jurídicas"* [Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero", dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, pag. 68].

partes, precisan de ser replanteados en este nuevo escenario.[471]

Todo ello sobre la base irrenunciable de la supervivencia de principios tales como el de la exclusiva responsabilidad por el hecho propio, la interdicción de la responsabilidad objetiva o la del "bis in idem", por citar sólo tres de los más significativos de todos ellos, que no deberían sufrir merma alguna por el hecho de hallarnos ante un sujeto de tan especiales características como lo es la persona jurídica.[472]

Si bien tampoco hay que olvidar la innegable exigencia de que el sistema pueda *"…dar respuestas que sean satisfactorias no sólo desde el prisma de las garantías, sino también eficaces desde la óptica de la prevención de conductas que lesionan bienes jurídicos importantes para la Sociedad."*[473]

Por supuesto que no se agotarán aquí todas las materias que tan impactante fenómeno legal suscita en relación con otras cuestiones de gran importancia jurídica, como la relativa a las penas aplicables y a su determinación, las específicas repercusiones de la RPPJ en los concretos tipos delictivos a los que ésta puede referirse, según la selección de los mismos realizada por nuestro Legislador dentro del criterio seguido de "numerus clausus", las características de las denominadas "compliances" o protocolos para el debido control de los integrantes de la organización respecto del análisis de la RPPJ, hoy contemplados ya con cierto detalle en la norma positiva tras la LO 1/2015[474], o los aspectos estrictamente procesales del enjuiciamiento de dicha responsabilidad, problemas de gran trascendencia, como venimos reiterando, que se tratarán, aunque de forma muy concisa, a lo

---

[471] GONZÄLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor", Diario La Ley, num. 7501, 3 Nov. 2010.

[472] *"…es posible desarrollar, en el seno de la dogmática del elemento subjetivo (culpa y dolus), un enfoque penal funcional que no se oponga a los principios fundamentales del Derecho penal y del Estado de derecho y permita igualmente adaptar el Derecho penal al desarrollo actual de la sociedad".* VERVAELE, J. "Societas/Universitas delinquere ed puniri potest, ¿La experiencia holandesa como modelo para España?", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario". Pag. 27. Estudios de Derecho Judicial. 115/2007, CGPJ.
Incluso algún autor considera no sólo que se trata de una exigencia a alcanzar que la RPPJ sea respetuosa con los principios básicos del Derecho Penal, sino que éstos principios tenderán a extenderse, por esta vía, al régimen general de cumplimiento empresarial en sus diversas facetas, más allá de la estrictamente penal pues "El Derecho Penal necesita seguridad jurídica y puede aportarla al sistema interno de prevención" [Vid. NIETO MARTÍN, A. "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal", en "Compliance y Teoría del Derecho Penal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2013, pag. 30].

[473] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. L. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Principales problemas de imputación", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario". Pag. 77. Estudios de Derecho Judicial. 115/2007, CGPJ.

[474] CAMACHO, A. y URÍA, A., "El impacto de la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica el Código Penal en los sistemas de "corporate compliance" de las personas jurídicas", Diario La Ley num. 3328/2015, 19 de May. 2015, pag.16.

largo de este estudio.

3.2. ALGUNAS CONSIDERACIONES DE POLÍTICA CRIMINAL:

El que, como se acaba de decir, no podamos afirmar la existencia de una auténtica e ineludible obligación para el Legislador nacional en cuanto a la introducción de este nuevo régimen de responsabilidad en el ordenamiento penal español, como consecuencia de instrumentos internacionales verdaderamente vinculantes para nuestro país, ello no quiere decir, por supuesto, que no se puedan encontrar diversos argumentos favorables que la justifican.[475]

Pues no se trata sólo de que organismos supranacionales, de modo muy especial la OCDE, hayan apostado decididamente, a semejanza de lo acontecido por esa influencia según expresamente se afirma en las exposiciones de motivos de sus textos legales, en ordenamientos como el chileno[476] o el colombiano[477], por este tipo de mecanismos para combatir, esencialmente, el fenómeno de la corrupción en las naciones incluidas en su ámbito, sino que pueden, y deben, mencionarse auténticas razones de fondo[478], sustantivas,

[475] Vid., en este sentido y en el ámbito mercantil, el art. 249 de la Ley14030/2010 de Sociedades de Capital que ya recordaba que es competencia idelegable del Consejo de Administración, con responsabilidad personal de sus miembros, la labor de supervisión de los órganos directivos de la empresa, entre losque se encuentra el órgano de cumplimiento de la organización. Y también SERRANO ZARAGOZA, O.,"Nuevos deberes y responsabilidades de los administradores tras la introducción del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español", Aranzadi, BIB 2015/41415.
"La responsabilidad penal de las personas jurídicas es una respuesta compleja a un problema complejo, lo que permite cobrar distancia del populismo punitivo actual en el derecho penal", RUIZ RENGIFO, H.W., "Proyecto Hoowarr sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia", ed. Ibáñez, Bogotá 2017.

[476] Ley 20.393, de 2 de Diciembre de 2009. Vid. BAJO FERNÁNDEZ M. en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 23, nota a pie de página (13).

[477] Ley 1778 de 2016, de 2 de Febrero, *"Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción" que, no obstante, opta por la responsabilidad de carácter administrativo para esta clase de infracciones.".*

[478] La lucha contra la corrupción internacional, cometida por la grandes empresas multinacionales en terceros países, fue el motor de este movimiento favorable al control responsable dentrode tales PPJJ, con textos como la FCPA estadounidense y la BRIBERY ACT británica. Vid. el magnífico análisis al respecto, en nuestro país, de VILLEGAS GARCÍA, M.A. y ENCINAR DEL POZO, M.A., "Compliance programs y DPA:una nueva etapa en el camino hacia un "Derecho anticorrupción" sin fronteras", IE Law School, "X Premio Cervelló de Derecho de los Negocios", 30 de Julio de 2016.
"...el Blog del Listado de Investigaciones de Empresas en curso bajo la norma FCPA muestra 74 empresas en su última lista para el año 2015, donde China es la jurisdicción que lidera el número de empresas investigadas en su territorio con 25 menciones (de las cuales más de un tercio resultan de prácticas denunciadas por la

que los aconsejan, dentro de un verdadero "clima político-criminal" del que forma parte esencial este nuevo régimen de responsabilidad penal.[479]

Desde las reservas iniciales, a la hora de evaluar lo que la RPPJ podría suponer como elemento extraño en nuestro tradicional sistema penal de concepción antropocéntrica y para los principios que lo inspiran, basados en la responsabilidad del ser humano con sus propias características, especialmente psicológicas, hoy una opinión creciente, la mía en concreto sin duda, evoluciona hacia la percepción de una serie de ventajas político criminales que, cuando menos, podrían compensar los referidos problemas que ocasiona la asimilación de este régimen legal. Las mismas ventajas que hace ya tiempo vienen percibiéndose en el quehacer diario de diferentes sistemas penales de nuestro ámbito, desde EEUU hasta Holanda, pasando por Chile o Portugal.[480]

La idea de que las grandes ventajas y beneficios que las organizaciones empresariales reciben de la sociedad merecen un recíproco comportamiento favorable de parte de éstas hacia esa misma sociedad en su conjunto, que debe centrarse en alguna forma de cooperación con los poderes públicos, entre otras las de colaborar en la evitación, descubrimiento y represión de las conductas delictivas que, en su seno, pudieran producirse, se encuentra en la base misma de los orígenes de este régimen de responsabilidad penal en los sistemas jurídicos del mundo anglosajón, en el entendimiento de que sus titulares son verdaderos *"...garantes de intereses públicos como "el cumplimiento de la legalidad" o de la adecuación de la organización al Derecho".*[481]

En esta línea se ha sostenido también con todo acierto que *"...el mensaje de la reforma es que el esfuerzo por implantar los denominados programas de cumplimiento de la legalidad o de cumplimiento normativo o las denominadas por el código "medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos" nunca será en vano".*[482] Y todo ello puesto que le resulta al Estado moderno necesario, prácticamente inevitable, alentar la autorregulación

---

propia empresa), seguido de Brasil con 11 mencones, Rusia con 7 y la Indida con 5", en PASTOR CABALLERO, C., "Compliance en un entono global ¿Hacia dónde vamos?", pag. 125.

[479] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, p. 54. Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012.

[480] *"En realidad la RPPJ responde a la opacidad penal de la conducta de las personas jurídicas, incomparablemente mayor que la que se produce en las personas físicas"* ORTIZ DE URBINA, I. "Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica societas delinquere potest)", en "Compliance y Teoría del Derecho Penal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2013, pag. 267.

[481] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 50).

[482] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 53).

empresarial para abordar de forma adecuada los problemas que la alta complejidad social genera para amplios sectores de la población, derivándose de ello la obligación para la empresa de controlar los riesgos producidos con su propia actividad, respondiendo de ellos cuando su actuar no fuere suficientemente diligente.[483]

La RPPJ, en este sentido, puede considerarse como auténtica "cláusula de cierre" en relación con los sistemas de autorregulación administrativa, especialmente en terrenos como los de la protección de los consumidores, de los accionistas, de los trabajadores, del medio ambiente, de los mercados financieros, de la prevención del blanqueo de capitales, etc.[484]

Se ha llegado a afirmar que *"…si las sociedades no estuvieran sometidas al Ordenamiento jurídico, éste no regiría; sencillamente, no habría Estado de Derecho".*[485]

O que *"…la libertad de empresa sin responsabilidades claras y definidas, conlleva la impunidad y, por qué no, la proliferación de conductas fraudulentas en las que se potencia el ánimo de lucro sin importar cómo lograrlo… …La empresa como agente económico y social, que ocupa un lugar fundamental en la sociedad postindustrial, ha de tener derechos, pero también deberes, entre los cuales se incluye la responsabilidad penal (y la protección jurídica vinculada a ésta)."* [486]

Y también que: *"…un pragmatismo cada vez más extendido puede referirse a que las sanciones penales deben ser aplicadas como mecanismo eficaz para conseguir que las normas sean también respetadas en la economía y también frente a los agentes económicos, los empresarios y las empresas."* [487]

Por ello, la primera de las finalidades de su existencia no es otra que la propia de cualquier herramienta de Derecho Penal, es decir, la de la prevención, tanto general como

[483] GÓMEZ-JARA DÍEZ; C., "La culpabilidad de la Persona Jurídica" en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 113.
[484] MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pag. 345.
[485] CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Comentarios a la Reforma Penal de 2010", dirigidos por ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. ed Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pag. 57.
[486] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. L. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Principales problemas de imputación", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario". Pag. 71. Estudios de Derecho Judicial. 115/2007, CGPJ.)
[487] VOGEL, J. "Responsabilidad penal de los empresarios y de las empresas", en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO: "La Política Criminal en Europa", Pag. 130. Ed. Atelier, Barcelona, 2004. Cit. Por ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., op. Cit.

especial, del fenómeno delictivo.[488] Lo que se articula, tras la descripción típica normativa de la figura del delito, atribuyendo a la PJ la responsabilidad de introducir en su estructura sistemas de control que impidan o dificulten la comisión del ilícito en su seno, es decir, por parte de aquellas PF que la integran y en la ejecución de las actividades con ella vinculadas.[489]

En definitiva: *"…el Estado en Europa occidental está dejando de ser un Estado intervencionista para pasar más bien a ser un "Estado garante" que delega la gestión de riesgos sociales que, por diversas razones (técnicas, éticas, etc.) ya no puede controlar en manos de las grandes empresas que –en teoría- tienen una mejor capacidad de controlar sus propios riesgos. No se trata, sin embargo, de que el Estado deje de controlar dichos riesgos, sino que su mejor estrategia es controlarlos de forma indirecta."*[490]

Ahora bien, tampoco se agota aquí la pretendida utilidad de esta clase de responsabilidad pues se extiende más allá del acaecimiento del delito, que puede llegar a producirse incluso cuando se hubieran cumplido las exigencias de control previstas en el ordenamiento.

En este segundo momento, la virtualidad del sistema de RPPJ permite facilitar la alianza entre la PJ y las Autoridades encargadas de esclarecer y enjuiciar lo acontecido en el seno de ésta[491], concretándose en la aportación de las informaciones y pruebas de las que

---

[488] Según un estudio realizado por el "Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht" más del 80% de los delitos económicos se cometen a través de empresas [citado por CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F. en "Comentarios a la Reforma Penal de 2010", dirigidos por ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. Pag. 57. Ed Tirant lo Blanch, Valencia 2010].

[489] De hecho, la introducción de las "cláusulas anti bribery" o "anti corrupción", en la contratación mercantil nacional e internacional, viene siendo una práctica cada vez más habitual en las relaciones empresariales. Vid. OLIVERA MASSÓ, P., ""Las cláusulas antibribery en la contratación mercantil: incidencia de la normativa de prevención de la corrupción en la eficacia y efecto de los contratos mercantiles", Diario La Ley num. 8877, 7 de Diciembre de 2016.

[490] FEIJOO SÁNCHEZ,B., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero", dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, pag. 68.
No obstante, el mismo autor también afirma que "La empresa tiene que responsabilizrse de lo suyo, no de los cometidos del Estado. La idea de ahorro de costes y dificultades para las funciones públicas del Estado imponiendo a las empresas la asunción de labores policiales de prevención, detección, investigación o persecución de delitos representa un fundamento jurídico endeble para poder hablar con propiedad de una responsabilidad de carácter penal por el hecho.

[491] *"…es un lugar común destacar las dificultades probatorias en materia de autoría en los delitos cometidos en el seno de entramados empresariales u organizaciones complejas. La individualización de la responsabilidad en las personas físicas concretas que han actuado, la indagación de qué individuos en particular han llevado a cabo la conducta criminal desplegada a través de la actuación social, no es en muchas ocasiones tarea fácil."* [Vid. DEL MORAL GARCÍA, A., "Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas",

disponga, colaboración que buscará a su vez obtener un tratamiento penal favorable, llegando incluso, según las circunstancias, a la propia exoneración de responsabilidad para la PJ, con lo que ello supone de ventaja a la hora de eludir el grave daño reputacional que la mera existencia del procedimiento penal abierto contra ella comporta.[492]

A la postre, nos hallamos ante el fenómeno de lo que ingeniosamente se ha denominado "autorregulación coaccionada", que va más allá de consideraciones meramente deontológicas[493], puesto que a la exigencia de una "autorregulación" que tienda a evitar la comisión de delitos en el seno de la empresa, se le suma un mecanismo de "coacción", si bien de coacción legal lógicamente, por virtud del cual la PJ se ve obligada, o al menos inducida, a prestar su colaboración con la Autoridades encargadas de la represión y castigo de esas conductas punibles, si hubieren tenido lugar, toda vez que*"…lo que busca el nuevo modelo es intentar aliarse con la gran corporación y trasladarle a ella tanto la prevención como, en cierta medida, la identificación de los autores y la búsqueda de las pruebas de los hechos"*. [494]

Como lúcidamente afirma GÓMEZ-JARA, C. *"Las personas jurídicas cuya organización interna reviste una complejidad notable deben asumir también la obligación de investigar las infracciones de la legalidad que lleven a cabo sus administradores o empleados. No decimos nada nuevo si sostenemos que resulta sumamente complicado para fiscalía y fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado investigar las conductas que ocurren en el seno de este tipo de empresas. El tiempo y los recursos que deben ser destinados a tales menesteres es cuando menos notable, y por ello desde el punto de vista de la racionalidad económica del Estado resulta sumamente lógico que este coste se transfiera a las propias empresas que no sólo tienen esos recursos, sino que además se encuentran en una posición*

ZUGALDÍA ESPINAR, J.Mª y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., ed. Aranzadi, Pamplona 2013, pag. 243].

[492] *"En este marco, no deja de llamar la atención que el mismo día que se anuncia que la compañía Volkswagen ha alcanzado un acuerdo con la Fiscalía para poner fin al proceso penal en su contra, y en el que ésta se obliga expresamente a colaborar con la investigación en marcha y con la persecución de las personas físicas responsables de los hechos, se anuncie que seis altos directivos han sido acusados de varios delitos yque uno de ellos, precisamente, ha sido detenido, en un aeropuerto americano cuando se hallaba de viaje en ese país"*, [Vid. VILLEGAS GARCÍA, M.A. y ENCINAR DEL POZO, M.A., "YATES MEMO. A propósito del papel del Ministerio Fiscal en la exigencia de la responsabilidad penal a las grandes corporaciones", Diario La Ley num. 2619, de 21 de Marzo de 2017, pag. 9.]

[493] CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F. en "Comentarios a la Reforma Penal de 2010", dirigidos por ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. Pag. 67. Ed Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

[494] CABEZUELA SANCHO, D., en "Responsabilidad penal de personas jurídicas en la Gestión económica de la Empresa", CABEZUELA SANCHO D. y otros, eds. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, parr. 60.

privilegiada para llevar a cabo dichas investigaciones." [495]

Precisamente, como más adelante veremos, ésta es, al parecer, una de las razones que animan la Reforma del Código Penal de la LO 1/2015, publicada el día 30 de Marzo y con entrada en vigor el 1 de Julio del mismo año, cuando incorpora a la acreditación bastante de la existencia de mecanismos efectivos de control y, en definitiva de la existencia de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho, la consecuencia de la exoneración delictiva para la PJ, aunque las características de un sistema de investigación penal protagonizado por el Fiscal y regido por el principio de oportunidad[496], ofrecen en este sentido una serie de posibilidades que, desafortunadamente, no resultan de aplicación en las actuaciones seguidas por un Juez de Instrucción inspirado estrictamente en el principio de legalidad, como sucede, en el presente momento, en el procedimiento penal español.[497]

Lo que conduce lamentablemente a suscitar unas dudas importantes acerca del posible éxito del sistema en nuestro caso, al menos en tanto que no se produzca, de una vez, la tan esperada reforma del proceso penal que, entre tantos otros beneficios, aquí también pudiere resultar enormemente positiva, diríamos que definitiva, a la hora de una eficaz aplicación de este sistema, por la estrechísima relación que, a nuestro juicio, ambas cuestiones presentan.[498]

Sin olvidar, por supuesto, los riesgos que ese sistema ocasiona y que también habrán de medirse y tratarse con la necesaria prudencia.[499]

---

[495] GÓMEZ-JARA DÍEZ; C., en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 115)

[496] Vid. VILLEGAS GARCÍA, M.A. y ENCINAR DEL POZO, M.A., "Compliance programs y DPA:una nueva etapa en el camino hacia un "Derecho anticorrupción" sin fronteras", IE Law School, "X Premio Cervelló de Derecho de los Negocios", 30 de Julio de 2016, pag. 37.

[497] *"Para desplegar toda su eficacia práctica los programas de cumplimiento necesitan un entorno procesal propicio, adaptado. La experiencia de los Estados Unidos, es decir, del país con mayor experiencia, nos indica que esta es una cuestión crucial"*, NIETO MARTÍN, A. "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal", en "Compliance y Teoría del Derecho Penal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2013, pag. 30.

[498] Vid. al respecto el interesantísimo análisis del principio de oportunidad, su evolución, tanto en nuestro ordenamiento procesal, incluyendo las novedades legislativas producidas en Octubre de 2015, como en el Derecho comparado, especialmente en el mundo anglosajón, así como la utilidad que ofrece en esta materia, en GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid 2016, pags. 171 y ss. Y también el excelente trabajo de VILLEGAS GARCÍA, M.A. y ENCINAR DEL POZO, M.A., "YATES MEMO. A propósito del papel del Ministerio Fiscal en la exigencia de la responsabilidad penal a las grandes corporaciones", Diario La Ley num. 2619, de 21 de Marzo de 2017.

[499] *"Un proceso penal en el que tanto el Estado como la empresa investigan puede generar un desequilibrio importante en el principio de igualdad de armas"* [Vid. NIETO MARTÍN, A. "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal", en "Compliance y Teoría del Derecho Penal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2013, pag. 22].

A la postre, y a pesar de todo, podemos considerar seriamente la hipótesis de que con unos mecanismos de control eficaces en el seno de las empresas del tipo de los que aquí se analizarán, con el alcance preventivo que puede aportarles la amenaza legal de la pena, quizá se habrían evitado, o al menos reducido sensiblemente, los negativos fenómenos de una lacerante crisis económica y social, que tuvo su origen, en gran medida, en la gestión irresponsable y descontrolada de un importante número de empresas, prácticamente sin límites en una libertad de actuación que se ha mostrado en ocasiones como más que temeraria.

De hecho no faltan quienes opinan que nos hallamos ante una verdadera *"herramienta de control frente a los abusos del poder económico"*.[500]

Si eso fuera así, y supusiera la evitación de nuevas experiencias semejantes en el futuro, sin duda que habría valido la pena prestar atención a esta fórmula político criminal de prevención y represión de ilícitos penales.

Y ello sin perjuicio, insistiendo en lo que líneas atrás se adelantaba, de otros peligros indudables que el propio sistema, así planteado, puede generar[501], también en relación con lo que supone de penalización y disuasión en cuanto al más pleno ejercicio del derecho de defensa, al "premiar" la aportación de material probatorio relevante, distinto del que ya posean los investigadores oficiales, por parte de la propia PJ, la "zanahoria" como la ha calificado algún autor[502] al aludir de forma muy gráfica a esta "gratificación" que se ofrece a

---

[500] MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pag. 331.

[501] *"…hemos pasado, en ciertos casos y en cierta medida, de un sistema en el ue los fiscales acusaban y los tribunales y jurados decidían sobre la culpabilidad o inocencia a un sistema en el que los fiscales en la práctica amenazan a las empresas con consecuencias extrajudiciales insoportables y de esa forma consiguen que acepten sus exigencias",* Juez KAPLAN, L.A. (del discurso pronunciado, en Enero de 2007, en la New York City Bar Association) [citado por ALONSO GALLO, J. en "Los programas de cumplimiento", "Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero", dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, pag. 144].

[502] *"La decisión político-criminal de dar importancia a la cooperación con el proceso penal de la persona jurídica es la decisión más importante desde el punto de vista del Derecho procesal, en cuanto que afecta a la estructura profunda del procedimiento. La cooperación por parte de la empresa requiere además que esta realice una "investigación interna. A diferencia de las personas naturales, que pueden cooperar contando lo que saben o aportando la documentación que tienen, una persona jurídica necesita, normalmente investigar antes de colaborar. Admitir la cooperación y, con ello, las investigaciones internas, supone una opción de política jurídica favorable a la privatización del proceso penal. El premio a la cooperación supone buscar una alianza estratégica dentro del proceso entre la empresa y el Estado, representado por el órgano que sostiene la persecución pública. Esta alianza en principio trae beneficios para ambas partes, fiscales y dirigentes empresariales"* [Vid. NIETO MARTÍN, A. "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal", en "Compliance y Teoría del Derecho Penal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2013, pags. 46 y ss., con una excelente descripción de este mecanismo, sus requisitos y riesgos].

la PJ por su colaboración en la acreditación del hecho delictivo cometido en su seno y la identificación de la PF autora del mismo, pudiendo incluso propiciar espacios de investigación "parajudicial"[503], con su posible propensión a ciertas irregularidades o a la posible manipulación de pruebas, con la censurable finalidad de atribuir responsabilidades interesadas contra determinadas PPFF que actúan en el seno de la empresa, etc.[504]

Por otra parte, y en relación con lo que acaba de decirse, también resultaría importante evitar que las posibles facilidades que la obtención de un pronunciamiento condenatorio para la PJ, en especial en todos aquellos delitos de compleja acreditación de la responsabilidad de la PF concreta autora de los mismos, supongan la generación de ámbitos de impunidad para esta última, dadas además las oportunidades que el sistema ofrece para la desconexión del enjuiciamiento de las respectivas responsabilidades de la PF y la PJ[505] y las ventajas que facilita el régimen de RPPJ para que ésta se convierta en "objetivo preferente" tanto de investigadores como incluso de los propios perjudicados por el delito, es decir, en auténtico "*chivo expiatorio*"[506] y reparador de aquellos perjuicios.[507]

Para lo que hubiera resultado de especial interés, a nuestro juicio, la incorporación de una figura semejante a la que se incluía, como nuevo art. 286.6 CP[508], en el Proyecto previo

---

[503] Sobre las cuestiones que suscitan tanto estas "investigaciones internas" como los llamados "canales de denuncias, vid. GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid 2016, pags. 73 y ss y 219 y ss.

[504] Cabezuela Sancho, D., en "Responsabilidad penal de personas jurídicas en la Gestión económica de la Empresa", CABEZUELA SANCHO, D: y otros, parr. 180 y ss. Eds. Francis Lefebvre, Madrid, 2011).

[505] Como la desvinculación en orden a la desvinculación entre la posibilidad de condena de la persona jurídica y el hecho de que *"…la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella" (art. 31 ter.1 CP) o respecto de la no exclusión ni modificación de la responsabilidad penal de la persona jurídica como consecuencia de "La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia"* (art. 31 ter.2 CP). Y en el mismo sentido, dentro del ámbito procesal, la posibilidad de que la persona jurídica pueda conformarse con las pretensiones de la acusación *"…con independencia de la posición que adopten los demás acusados…"* (art. 786 bis.8 LECr, tras la reforma operada por la LO 37/2011).

[506] Vid. también en este sentido DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Notas con ocasión de la Reforma de 2015." Revista del Ministerio Fiscal 0 (2015), pag.247.

[507] En este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "Las consecuencias accesorias de la pena de los arts. 129 y similares del Código Penal", en "La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo". Libro Homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir". Madrid, 2002, pag. 1139.

[508] Art. 286.6 CP (según anteproyecto de reforma previo a la LO 5/2010): *"1.Será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida.*

a la referida Reforma, en relación con la conducta omisiva de representantes y administradores, responsables en la empresa de la implementación de los sistemas de vigilancia y control, a la que haremos alguna referencia ulterior, aún cuando, como queda dicho, semejante precepto se quedó en el camino, víctima de una enmienda introducida en la tramitación de la Ley ante el Senado, apoyada en argumentos de más que dudoso realismo práctico.[509]

No obstante, para dar fin a estas consideraciones de política criminal, hemos de señalar cómo también, a la postre, el hecho de que se pueda finalmente llegar a identificar y a castigar, con la colaboración de la PJ, a la PF autora del delito supone un reforzamiento de la finalidad preventiva del Derecho Penal, que pudiera considerarse fracasada a través de la sanción de aquella, la PJ que no tiene obviamente capacidad para percibir el mensaje motivador de la norma, pero que, de esta forma, adquiere una relevancia y eficacia notable, que comporta la propia justificación del "*ius puniendi*" del Estado, como más adelante, a la hora de abordar la cuestión de la "culpabilidad" de la PJ, tendremos oportunidad de volver a considerar, además de que el riesgo mismo de la sanción de la PJ *"…disminuye los incentivos de las personas con poder de dirección, ya que aunque ellos no resulten personalmente responsabilizados sí lo será la empresa que dirigen, y esta responsabilización es menos fácil de justificar que la condena a un subordinado."*.[510]

De modo que, en definitiva, las dudas que pudieran suscitarse, acerca de la intervención en esta forma del Derecho Penal, especialmente frente a la del Derecho Administrativo sancionador (Alemania, Italia o Colombia, por ej.)[511], quedarían disipadas a favor de la justificación desde el punto de vista de las consecuencias preventivas del sistema.

Dentro de estas medidas de vigilancia y control se incluye la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control y, en general, las expresadas en los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis.
2. Si el delito hubiera sido cometido por imprudencia se impondrá la pena de multa de tres a seis meses.
3. No podrá imponerse una pena más grave que la prevista para el delito que debió haber sido impedido u obstaculizado por las medidas de vigilancia y control omitidas."

[509] *"La tipificación de la omisión de adopción de medidas de prevención (cuando de algún modo facilita o da lugar a la posterior comisión del delito que debía haber sido prevenido) ha sido suramente cuestionada. De una parte, se argumenta que los supuestos en los que el gestor ya tiene conocimiento de que se va a cometer la infracción, existe responsabilidad por omisión (dada su posición de garante – artículo 11 CP); y de otra, se añade que cuando no ha existido tal previsión, la tipificación penal de la falta de adopción de medidas de protección resulta contraria al principio de intervención mínima."*

[510] ORTIZ DE URBINA, I. "Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica societas delinquere potest)", en "Compliance y Teoría del Derecho Penal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2013, pag. 270.

[511] ORTIZ DE URBINA, I. "Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica societas delinquere potest)", en "Compliance y Teoría del Derecho Penal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2013, pag. 275.

Y así puede afirmarse, sin duda alguna, cómo en países como el nuestro, con una larga tradición sancionadora para la PJ en el ámbito administrativo, el impacto de la "penalización" de los comportamientos empresariales, a partir del año 2010, ha supuesto en esta materia una "sensibilización" empresarial hasta hoy inédita.[512]

3.3. LA CONDUCTA DELICTIVA DE LA PF COMO PRESUPUESTO DE LA RPPJ.

El artículo 31 bis del CP, incorporado con la LO 5/2010 y sustancialmente reformado por la LO 1/2015, verdadero núcleo inicial del régimen de la RPPJ, describe dos supuestos con claras diferencias, al menos en principio, para la aplicación de esta regulación innovadora.

Así, en su apdo. 1 dispone que:

"En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso."

Con ello vienen a establecerse una serie de puntos de partida para el establecimiento

[512] *"En definitiva, no existen deitos por naturaleza ni infracciones administrativas que tengan un contenido u objeto que sea exclusivo e inherente a las mismas. Ambas son manifestaciones del poder que tiene el Estado para reprimir determinadas conductas (ius puniendi), sujeto a determinados límites constitucionales, en donde la proporcionalidad se transforma en un elemento esencial"*, CORDERO QUINZACARA, E., "El Derecho Administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal, revista de Derecho, Vol. XXV – Num. 2, Diciembre 2012, Santiago de Chile, pag. 155.

de la RPPJ cuyo examen minucioso vamos a intentar llevar a cabo a continuación y que pueden, inicialmente, resumirse en los siguientes:

1.- La exigencia, ineludible, de la previa comisión de un delito por parte de una PF[513] pues aunque, como veremos, no puede afirmarse la accesoriedad de la RPPJ respecto de la de la PF, ya que existe independencia entre ambas, pudiendo ser impuesta pena a la PJ incluso en casos en los que no se aplique ninguna a la PF (vid. art. 31 ter CP[514]), el art. 31 bis parte de la necesidad de un hecho delictivo cometido materialmente por un ser humano, de modo que *"Por muchas vueltas que se quieran dar, sin actuaciones delictivas por parte de personas físicas no hay responsabilidad de personas jurídicas."*[515]

2.- La delimitación de esta clase de responsabilidad desde dos diferentes puntos de vista, a saber:

- la necesidad de que la comisión indicada se refiera a alguno de los supuestos delictivos específicamente designados, a estos efectos, en el Libro II del CP (o en alguna Ley penal especial, como las relativas a las actividades de

[513] En el bien entendido de que no se trata del *"fundamento"* de la RPPJ sino tan sólo de un *"presupuesto"* de la misma, GÓMEZ-JARA DIEZ, C. "Fundamentos modernos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", Ed. B de F, Buenos Aires, 2010, pag. 484. Lo que es objeto, por otra parte, de amplia polémica, pues en este punto es donde se produce la esencial controversia entre si nos hallamos ante un sistema de "transferencia" de la responsabilidad desde el hecho cometido por la PF y la obligación de responder penalmente la PJ, tesis que parecen seguir, aunque matizadamente, tanto las CCFGE 1/2015 y 1/2016 como el VP de la STS 154/2016 y parte de la doctrina, o si, como aquí sostenemos, en unión de otros autores y de la interpretación de las SSTS 154/2016 y 221/2016, o frente a supuestos de responsabilidad "por el hecho propio" cometido por la PJ jurídica responsable por sus defectos organizativos causantes de un inadecuado control preventivo de las posibles infracciones cometidas en su seno. Vid. al respecto, entre otros, a DEL ROSAL BLASCO, B., "Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y sobre la Circular num. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado", Diario La Ley nº 8732, 1 de Abril de 2016 y DOLZ LAGO, M.J., "Primera Sentencia condenatoria con doctrina general sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Análisis de los requisitos del artículo 31 bis CP/2015. Organización criminal que opera a través de mercantiles dedicadas a la exportación e importación internacional de maquinaria con droga oculta en su interior. Votos discrepantes", Diario La Ley num. 8796, de 5 de Julio de 2016. Y del mismo autor también "Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas: efecto extintivo al ser absuelta por inexistencia de delito de la persona física o representante que ha actuado en nombre de la sociedad", Diario La Ley num. 8661, de 9 de Diciembre de 2015.

[514] Art. 31 ter: *"La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella…".* Precepto que se aplica en la SAP de 14 de Diciembre de 2016, comentada por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., en "El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura", Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pag. 151 y ss.

[515] FEIJOO SÁNCHEZ, B. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero", dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, pag. 89.

contrabando, LO 6/2011[516], o a la financiación ilegal de los Partidos Políticos LO 3/2015[517]) y

- la concreta vinculación de tales infracciones, cometidas por la PF de que se trate, con la PJ responsable, por haberse producido las mismas con cumplimiento de los requisitos descritos en este art. 31 bis CP, a saber:

  1) La presencia de dos diferentes supuestos, en función de quién fuere la PF autora del hecho delictivo inicial y su relación con la PJ, según que se trate de:

  - un representante legal o uno de *"aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma."* [518]

  - una persona *"sometida a la autoridad"* de alguna de las anteriores PPFF.

  2) Respecto de los requisitos comunes en ambos casos se establece que el delito ha debido cometerse *"por cuenta"* y *"en beneficio directo o indirecto"* de la persona jurídica. [519]

  3) A su vez, la diferencia entre esos dos supuestos estriba en que:

  - cuando el delito fuere cometido por el representante legal o alguno de quienes toman decisiones u ostentan facultades de organización o control dentro de la PJ, el autor deberá haber llevado a cabo la actuación delictiva *"…en nombre o por cuenta…"* de ésta.

---

[516] Artículo 2 redactado por el apartado dos del artículo primero de la L.O. 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la L.O. 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando: "…***6.*** *Las personas jurídicas serán penalmente responsables en relación con los delitos tipificados en los apartados anteriores cuando en la acción u omisión en ellos descritas concurran las circunstancias previstas en el artículo 31 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal y en las condiciones en él establecidas.* ***7.*** *Asimismo, cuando el delito se cometa en el seno, en colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones carentes de personalidad jurídica, le será de aplicación lo previsto en el artículo 129 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal."*

[517] Art. 9 bis de la LO 6/2002, de 27 de Junio, de Partidos Políticos, por modificación introducida por la LO 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos: *"Los partidos políticos deberán adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión, a los efectos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal."*

[518] La redacción originaria de la LO 5/2010 en este primer apartado hacía exclusiva referencia a los *"representantes legales o administradores de hecho o de derecho"* de la persona jurídica).

[519] En la redacción de la LO 5/2010 se aludía, en vez de al "beneficio directo o indirecto" de la persona jurídica, a su "provecho".

- pero si la infracción se comete por personas sometidas a la autoridad del representante o de cualquiera de las personas mencionadas en el apartado 1 a) la misma ha de realizarse:
  - *"…en el ejercicio de las actividades sociales…"* y
  - gracias a la posibilidad que le ofreció al autor del ilícito el haberse incumplido gravemente por parte de los superiores *"los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas la concretas circunstancias del caso."* [520]

Tal es el esquema de los elementos legales exigidos para la RPPJ, expresamente contemplados en la norma citada, que pasamos a examinar con más detalle.

3.4. LOS REQUISITOS DE LA RPPJ.

A partir de aquí vamos ahora a proceder al examen de los requisitos expuestos, como elementos integrantes del tipo objetivo de la RPPJ, aunque muy próximos en algún caso a los aspectos subjetivos de esa misma responsabilidad, de los que nos ocuparemos con más detalle en el siguiente de los apartados de nuestro análisis.[521]

3.4.1. El ámbito típico de la RPPJ.

Como ya hemos visto, dos son las coordenadas a partir de las cuales se delimita en la norma la responsabilidad de la PJ que, por un lado, sólo puede referirse a la comisión de ciertas figuras delictivas de la Parte Especial y, de otro lado, tan sólo se origina cuando concurren los requisitos que vinculan a aquella con la conducta de la PF autora del ilícito.

[520] En la redacción anterior tan sólo se hacía referencia al *"debido control"*, sin mencionar la supervisión y vigilancia.

[521] En su interesante construcción del que denomina "delito corporativo", FEIJOO SÁNCHEZ, B., con carácter general, establece, como "presupuestos" de la RPPJ, los siguientes: *"a) Una acción típica y antijurídica de una persona física que tenga una relación funcional con la persona jurídica siempre que de la acción delictiva deriven efectos beneficiosos para la entidad…b) Una infracción grave de deberes de supervisión, vigilancia y control cuyo cumplimiento hubiera podido evitar el delito con una probabilidad rayana en la certeza…c) Un defecto organizativo-estructural relacionado con políticas o programas de cumplimiento de la legalidad."*

Con el primero de tales criterios nos encontramos ante la afirmación legal de que la RPPJ ha de referirse a alguno de los *"...supuestos previstos en este Código..."*, lo que claramente nos fuerza a remitirnos al catálogo de tipos delictivos contenido en el Libro II del CP, para encontrar en él referencia a esta clase especial de responsabilidad en los siguientes artículos:[522]

- 156 bis (tráfico de órganos)
- 177 bis (trata de seres humanos)
- 189 bis (prostitución y corrupción de menores)
- 197 quinquies (acceso ilícito a datos y programas informáticos)
- 251 bis (estafa)
- 258 ter (Frustración de la ejecución), introducido por la LO 1/2015
- 261 bis (insolvencias punibles)
- 264 quáter (daños informáticos), la numeración se altera por la Lo 1/2015
- 288 (delitos relativos al mercado y los consumidores y de corrupción privada, en la redacción dada por la reforma producida con la LO 3/2011, de 28 de Enero, Disposición Final 2ª).
- 302.2 (receptación y "blanqueo" de capitales)[523]
- 310 bis (delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social)[524]
- 318 bis.5 (delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros)
- 319.4 (delitos contra la ordenación del territorio)
- 328 (delitos contra el medio ambiente)[525]

[522] Vid. completo análisis de estas figuras delictivas, en relación con los diferentes textos de la UE, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. "El cumplimiento por el Legislador Español del mandato de la Unión Europea de sancionar a las personas jurídicas", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", José Luis de la Cuesta Arzamendi (Dir.) y Norberto J. de la Mata Barranco (Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2013, pags. 161 y ss.

[523] Vid. el destacado estudio sobre esta materia de BAUTISTA SAMANIEGO, C.M., "Compliance y blanqueo de capitales", Ed. Wolters Kluwers (en prensa).

[524] DUPUY LÓPEZ, A., "La persona jurídica y el delito fiscal", Diario Expansión, 1 de Marzo de 2010, pag. 36

- 343.3 (vertido de radiaciones ionizantes)
- 348.3 (actividades relacionadas con explosivos)
- 366 (delitos contra la salud pública referidos a medicamentos y otras substancias) introducido por la LO 1/2015[526]
- 369 bis (delitos relacionados con drogas tóxicas o estupefacientes)
- 386.5 (falsificación de moneda), introducido por la LO 1/2015
- 399 bis (falsificación de tarjetas bancarias y cheques de viaje)
- 427 bis (cohecho), la numeración se altera por la LO 1/2015
- 430 (tráfico de influencias)
- 510 bis (incitación al odio, etc.), introducido por la LO 1/2015
- 570 quáter (organizaciones y grupos criminales y terroristas, en la redacción dada por la reforma producida con la LO 3/2011, de 28 de Enero, Disposición Final 2ª)
- 576.5 (financiación del terrorismo, con esta nueva numeración tras la LO 1/2015)
- Así mismo, con la LO 6/2011 también se extendió esta clase de responsabilidad penal a ciertos supuestos del delito de contrabando.[527]
- Y, a su vez, el art. 9 bis de la LO 6/2002, de Partidos Políticos, que incluye la RPPJ, tras la reforma operada por la LO 3/2015, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos[528], y el art.

[525] Interesantes trabajos sobre la relación entre la RPPJ y los delitos medioambientales en VERCHER NOGUERA, A., Agunas notas sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica en el contexto penal ambiental comunitario", Diario La Ley num. 8805, de 18 de Julio de 2016 y, del mismo autor, "La persona jurídica y el sistema de compliance en el Código Penal. Su aplicación en el contexto ambiental", Diario La Ley num. 8833, de 28 de Septiembre de 2016.

[526] PUERTA, A., "¿Realmente deben las empresas de distribución alimentaria elaborar un plan de riesgos penales?", Diario La Ley num. 8840, de 10 de Octubre de 2016.

[527] Artículo 2.6 de la LO 12/1995, tras la reforma operada por la Ley 6/2011, de 30 de Junio: *"Las personas jurídicas serán penalmente responsables en relación con los delitos tipificados en los apartados anteriores cuando en la acción u omisión en ellos descritas concurran las circunstancias previstas en el artículo 31 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal y en las condiciones en él establecidas."*

[528] Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos, por la que se modifican la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los Partidos

304 bis.5 CP, sobre financiación ilegal de los partidos políticos, tras la reforma de la LO 1/2015.[529]

La literalidad de tales preceptos incorpora así mismo una fórmula uniforme del siguiente tenor genérico: *"Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable del delito..... se le impondrán las penas de....."*, con ligeras variantes como en los supuestos de imposición de una única pena, en concreto la de multa, o las referencias genéricas a *"...los delitos cometidos en este Capítulo..."*, por ejemplo.

De esta manera se identifican, a lo largo del articulado, aquellos tipos penales en los que exclusivamente cabe la RPPJ, con lo que nuestro Legislador opta por un sistema cerrado de enumeración taxativa de los ilícitos con potencialidad generadora de esta clase especial de responsabilidad, en todo semejante al sistema de "crimina culposa" seguido a partir del CP de 1995 respecto de la posibilidad de comisión imprudente, frente a la hipótesis de determinación judicial caso a caso ("crimen culpae"), vigente hasta la publicación del actual Código.

Por consiguiente, hay que tener claro que *"Un primer límite a la responsabilidad penal de la persona jurídica sería, por tanto, que no se pueda constar que una persona física haya cometido una conducta típica o que, habiendo existido una conducta típica, ésta se encuentre amparada por una causa de justificación."*[530]

Debe señalarse que se trata en todos los supuestos de infracciones cometidas por PF con capacidad para generar la RPPJ, a excepción de los delitos de insolvencia punible (261 bis CP), de blanqueo de capitales (art. 302.2 CP) y de financiación del terrorismo (art. 576.5 CP), son delitos de carácter doloso.

Además, la referencia a los mismos ha de entenderse extendida a sus formas

---

Políticos, la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos y la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, que en su art. 2 introduce en la LO 6/2002 el Artículo 9 bis. Prevención y supervisión. *"Los partidos políticos deberán adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión, a los efectos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal."*

[529] Art. 304 bis.5 CP: *"Las mismas penas se impondrán cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, una persona jurídica sea responsable de los hechos. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33."*

[530] FEIJOO SÁNCHEZ, B. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero", dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, pag. 91.

imperfectas de ejecución (tentativas)[531] y cualquiera que fuere la participación en ellos (autoría, cooperación, inducción o complicidad) por parte de la PF vinculada a la PJ.[532]

Sin embargo, respecto de los meros actos preparatorios algún autor sostiene, a mi juicio con pleno acierto, que *"Lo más conveniente parece ser entender que quedan fuera del ámbito del art, 31 bis los supuestos enormemente excepcionales de actos preparatorios cuando todavía no se ha dado principio a la ejecución del delito, especialmente en los casos del debido control por parte del administrador o representante legal ya que lo contrario supondría llevar las obligaciones de control demasiado lejos."*[533]

Por otro lado, la inicial exclusión de las faltas, como fuente generadora de RPPJ, de acuerdo con la interpretación de la mayor parte de la doctrina[534], queda obsoleta tras la LO 1/2015 que suprime la categoría de la falta del Texto del Código Penal, aunque para calificar algunas de las conductas que hasta ese momento integraban semejante categoría en el catálogo de "delitos leves", por lo que, ahora sí, estas infracciones, cometidas por una PF, podrían igualmente ser generadoras de RPPJ[535], toda vez que el legislador no ha introducido ninguna previsión explícita al respecto en rela ciín con esta clase de responsabilidad.

Lo cierto, de otra parte, es que se desconocen los criterios seguidos para la elección de los supuestos delictivos generadores de RPPJ y la exclusión de otros, porque no se nos ofrece en la Exposición de motivos de la norma referencia alguna a este extremo.[536]

Causando cierta perplejidad en tal sentido el por qué, por ejemplo, se considera posible y acertado derivar una responsabilidad penal para la PJ en casos como los de pornografía infantil (art. 189 CP), de tan difícil ocurrencia en la práctica sobre todo si se

[531] La STS de 3 de Noviebre de 2016 hace referencia precisamente a un supuesto de RPPJ en una tentativa. En este sentido también DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Notas con ocasión de la Reforma de 2015." Revista del Ministerio Fiscal 0 (2015), pag. 249.

[532] DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Notas con ocasión de la Reforma de 2015." Revista del Ministerio Fiscal 0 (2015), pag. 249.

[533] FEIJOO SÁNCHEZ, B. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero", dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, pag. 91.

[534] Vid., por ej., FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, Pag. 90.

[535] Pensemos, por ej., y por sorprendente que pudiera resultar, en una estafa causante de perjuicio inferior a los 400 euros.

[536] En Holanda, por ej., rige el criterio de "numerus apertus", de forma que, en principio, la RPPJ puede derivarse de la comisión de cualquiera de los delitos comprendidos en la Ley, al afirmarse, en el art. 51 del Código Penal desde 1976, con carácter general que "1. Las infracciones pueden cometerse por personas físicas o jurídicas…", VERVAELE, J. "Societas/Universitas delinquere ed puniri potest, ¿La experiencia holandesa como modelo para España?", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario". Pag 26. Estudios de Derecho Judicial. 115/2007, CGPJ.).

llega a exigir que la acción ilícita haya de producir cierto "beneficio" para la PJ[537], mientras que, por el contrario, se exceptúan de esta responsabilidad los delitos cometidos contra los derechos de los trabajadores (arts. 311 y ss. CP), en especial en materia de siniestralidad laboral[538], manteniéndose el régimen anterior que supone el que *"Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código."*[539]

Lo que parece una respuesta incoherente, inexplicada e inexplicable, una vez introducido el nuevo régimen de RPPJ, máxime al ser esta materia una de las aparentemente más propias de la misma.[540]

Si tuviéramos que aventurar una hipotética explicación al respecto no sería otra, por inquietante que resulte, que la de la intensidad de protección para los derechos de los trabajadores que el actual régimen legal establece sobre las PPFF responsables de la prevención de riesgos laborales en la empresa, además de la aplicación añadida de las "consecuencias" previstas en el referido art. 129 CP, lo que puede haber supuesto, para el Legislador, una desincentivación a la hora de alterar ese estado de cosas introduciendo en estos casos la RPPJ.[541]

---

[537] Cabría, no obstante, pensar en la posibilidad, que parece prácticamente de "laboratorio", del supuesto en el que en una empresa dedicada a la producción de pornografía de adultos, y por ende lícita, alguna PF integrada en la misma incorporase productos de esta clase, "pornografía con menores", con la finalidad de obtener un beneficio para esa PJ.

[538] Art. 316 CP: *"Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses."*

[539] Art. 318 CP.

[540] DE RIVAS VERDE-MONTENEGRO, C. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: problemas dogmáticos y soluciones legislativas", Diario La Ley num. 75, Oct. 2010, pag. 7.

[541] Caben, por supuesto, otras interpretaciones, como la opinión "conspiratoria" de la posible influencia de grupos de presión vinculados a la actividad constructora, en la que esta clase de delitos más se producen, idea difícil de sostener si pensamos que también para otros grupos empresariales muy influyentes se contempla la RPPJ, en casos tales como las infracciones contra el medio ambiente o la actividad farmacéutica, por ejemplo,
Resulta, en este sentido, mucho más razonable, por supuesto, la opinión de que los delitos contra la seguridad de los trabajadores van generalmente vinculados a lesiones o fallecimientos, tradicionalmente excluidos de la RPPJ por la dificultad conceptual que comporta el considerar que una PJ pueda "matar". Lo que, sin embargo, también podría ser respondido con la previsión que se hace de esa RPPJ en supuestos como, verbigracia, los atentaos contra el medio ambiente, contaminaciones de aguas, etc., en los que igualmente pueden llegar a

Por otro lado, al igual de lo que ocurre con la llamada "siniestralidad laboral", algunos ámbitos de la conducta delictiva quedan fuera de esa RPPJ, suscitando tal exclusión un número importante de serias críticas, como acontece, por ejemplo, con los delitos cometidos contra la flora y la fauna (arts. 332 y ss. CP) o los falseamientos de de cuentas anuales o de informes económicos (arts. 290, 291 y 282 bis CP)[542], sólo por citar dos ejemplos típicos de conductas delictivas con posibilidades claras de vinculación con la actividad de empresas y PPJJ[543], que sirven a su vez para explicar el por qué no son pocas las voces que se alzan contra este sistema de "numerus clausus" respecto de la infracciones penales en las que cabe la RPPJ y abogan por el "numerus apertus" y la posibilidad de que, en cada caso, el Juzgador penal pueda declarar, independientemente del delito de que se trate, la existencia o no de la RPPJ.[544]

No hay que ignorar, no obstante, que una tal posibilidad, si bien ventajosa a fin de evitar las posibles omisiones cometidas en relación con la enumeración de supuestos legales, ofrece así mismo serios problemas para la PJ, a la hora de elaborar e implantar los sistemas de control, por la excesiva complicación que esa ampliación de los supuestos objeto de los mismos supondría.

Aunque, en el fondo, un enfoque más correcto de la cuestión llevaría, más que a poner el acento en la pormenorizada enumeración de infracciones, a establecer, con carácter general, la *"Definición y comunicación de los valores y objetivos empresariales que deben*

---

producirse tanto lesiones como incluso muertes, circunstancia que, no obstante, no excluye su previsión punitiva.

Lo poco convincentes que resultan tales posibles explicaciones es lo que, a mi juicio, refuerza las "sospechas" expuestas acerca de las profundas razones de la decisión legislativa en este punto.

[542] *"...que son, por regla, delitos cometidos por los administradores por cuenta o en beneficio de aquella* (la PJ)*"* [Vid. BACIGALUPO ZAPATER, E., "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 num. 7442, 9 Jul. 2010, pag. 6].

Otros autores hacen también referencia la posibilidad de inclusión de delitos como ciertos delitos societarios, el mobbing y el acoso inmobiliario, las imprudencias profesionales, los delitos de aborto, contra la seguridad vial, de eutanasia, etc.Vid. 228.

[543] Cuestión aparte es la relativa a la no inclusión en el referido "cátalogo" del delito de apeopiación indebida (art. 252 CP), cuestionada por gran parte de la doctrina, como DEL MORAL GARCÍA, A.,"Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Notas con ocasión de la Reforma de 2015." Revista del Ministerio Fiscal 0 (2015), pag.228, pero que algún otro autor, por ej. FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el Código Penal español", Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2016, pag. 25. considera justificada.

[544] Por ej., RODRÍGUEZ RAMOS, L., "¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)". Diario La Ley, num. 7561, 3 de Feb. 2011, pags. 2 y 4. Y muy interesantes a este respecto, tanto en lo relativo a la polémica entre un catálogo cerrado de infracciones o una remisión general, con referencias propias del Derecho alemán, los comentarios de KUDLICH, H., "¿Compliance mediante la punibilidad de asociaciones?, en "Compliance y Teoría del Derecho Penal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2013, pags. 289 y ss.

ser respetados…"[545]

En cualquier caso, como queda dicho, exigencia imprescindible para esta clase de responsabilidad es la de que nos hallemos ante un delito de los enumerados, cometido por la PF vinculada con la PJ en la forma en que vamos a ver a continuación[546] y, por supuesto, que se den así mismo los restantes requisitos precisos para el nacimiento de la RPPJ que igualmente se analizarán en las páginas que siguen y que constituyen el segundo de los criterios para la delimitación de tal responsabilidad.

3.4.2. La PF autora del hecho delictivo, presupuesto de la RPPJ.

Según la propia dicción de la norma, para que el hecho delictivo sea precursor de la RPPJ, el mismo ha de ser cometido por una de estas dos clases de PPFF[547]: a) el representante legal o persona autorizada para tomar decisiones o que ostenta facultades de organización y control en la PJ o b) quien esté sometido a la autoridad de los anteriores.[548]

Vamos a precisar seguidamente, por tanto, el significado de ambas descripciones.

3.4.2.1. El representante legal o persona autorizada para tomar decisiones o que ostenta facultades de organización y control en la PJ:

En primer lugar, la acción delictiva puede ser cometida por quien ostenta un poder de decisión o representación en la PJ, lo que da lugar a una de las dos vías de imputación para ésta, con un carácter específico muy importante, puesto que supone una aproximación, controlable pero de indudable presencia amenazante, a lo que serían supuestos de RPPJ basada en una hetero-responsabilidad cuasi objetiva, lo que se justifica precisamente porque, siendo siempre la "puerta de entrada" de esa RPPJ una actuación del administrador o del

[545] SIEBER, U., "Programas de compliance en el Derecho Penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica", en "El Derecho Penal económico en la era compliance". Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pag. Pag.75.

[546] Y esto cualquiera que fuere la posición que se adopte en la importante polémica que más adelante se abordará sobre si este hecho delictivo cometido por la PF ha de entenderse como un "hecho de conexión" dentro de la aplicación de un criterio de "atribución" de la RPPJ, o de un mero "hecho de referencia", requisito o presupuesto previo ara la existencia de esa responsabilidad, pero considerada como propia e independiente de la PJ.

[547] Lo que no es legalmente posible es condenar a una PJ por el delito antecedente cometido por otra PJ. Así DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Notas con ocasión de la Reforma de 2015." Revista del Ministerio Fiscal 0 (2015), pag. 250.

[548] El delito cometido por la PF como "desencadenante" de la RPPJ, GÓMEZ-JARA DIEZ, C. "Fundamentos modernos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", Ed. B de F, Buenos Aires, 2010, pag. 484, o como "condición objetiva de perseguibilidad", BAJO FERNÁNDEZ, M., "Derecho y Justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Prof. Antonio González Cuéllar", 2006, pag. 69.

representante legal, bien por ser él quien haya cometido materialmente el hecho delictivo (primera vía de imputación) o por no haber ejercido el debido control sobre el subordinado (segunda vía de imputación)[549], en el primero de tales casos resulta evidente la importancia de la delimitación de la figura de quien siendo considerado su representante o administrador tan directamente puede comprometer con su actuación a la PJ, incluso tras la reforma operada en esta materia por la LO 1/20015, pues si el concepto de representante o administrador *"...opera como una especie de "puerta de entrada de dicha responsabilidad", en función de interpretaciones más restringidas o extensivas, dicha puerta puede acabar siendo un portón de entrada o el ojo de una aguja."* [550].

Así, inicialmente, por representante legal habría que entender, obviamente, quien actúa en representación de la PJ con capacidad para vincular a ésta con sus actos.

Su designación para semejante función puede, en principio, venir determinada por un precepto legal, de forma directa o bien indirectamente, o como desarrollo de las normas sociales o estatutarias que le atribuyan esa capacidad de representación.

De modo que esa posición podría ser ocupada, y acreditada, tanto mediante los oportunos poderes, otorgados en la correspondiente escritura pública, como por la mera constancia del acto de designación por el órgano que ostenta la capacidad para ello, en ocasiones con la exigencia de su identificación como tal en el Registro mercantil.

Hay que tener en cuenta que, por el carácter ficticio de la PJ y a diferencia del representante de la PF, su presencia es indispensable, en todos los casos, para llevar a cabo la actuación en el tráfico jurídico o mercantil de aquella.

No obstante, a los efectos del Derecho Penal, al concepto de representante ha venido otorgándosele un significado en el que predominan más los aspectos materiales que los formales, es decir, en ocasiones se ha tenido por tal representante a toda aquella PF que en un momento determinado ha actuado en nombre de la PJ a la que representa, por el mero hecho de llevar a cabo esta actuación ocupando tal posición, con base en una concepción

[549] FEIJOO SÁNCHEZ, B. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero", dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, pag. 93.
[550] FEIJOO SÁNCHEZ, B. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero", dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, pag. 93.

"funcional" de tal figura.[551]

Así ocurre con el sentido que, en algún caso concreto, maneja la Jurisprudencia cuando, como en la STS de 25 de Octubre de 2002, refiriéndose a esta figura al interpretar el art. 31 CP, dice que: *"Cuando el art. 31 se refiere a representante o administrador, se está refiriendo a los órganos de la dirección o personas físicas que posean expresa y directamente facultades de gestión en el ámbito concreto en que se haya desenvuelto la actividad delictiva (posición de dominio) o que hayan impulsado ese comportamiento determinando como base para llevar a cabo la atribución de responsabilidad penal si sus actos (u omisiones equivalentes) son casos de autoría, inducción o cooperación al delito concreto cometido. Así pues, los términos representante o administrador que utiliza el art. 31 son conceptos valorativos, expresando control y dirección de las actividades de una empresa, que en modo alguno se constriñen a la significación literal de los términos en cuestión."*

Sin embargo, cuando de lo que se está hablando, como en esta ocasión, es de la actuación de una PF que es capaz de generar RPPJ, del modo al que venimos refiriéndonos, tal conceptuación ha de quedar, a nuestro juicio, obsoleta o cuando menos sometida a cuestión, ya que hemos de advertir que no es lo mismo este supuesto, el del art. 31 bis 1 a) CP, que el de la definición del alcance de un precepto, como el art. 31 CP, que versa sobre la determinación de la responsabilidad de la propia PF cuando ocupa una situación representativa más allá de la base jurídica que la justifica.[552]

Por consiguiente habremos de entender que para integrar, como requisito preciso para la existencia de RPPJ, que el autor del hecho delictivo sea, en realidad, un "representante legal" de la PJ, resultaría necesario no sólo que el mismo actúe con cumplimiento de todas las exigencias, materiales y formales, exigidas para ser tomado como

[551] FEIJOO SÁNCHEZ, B. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero", dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, pag. 93.

[552] Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero", dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, pag. 93, que sostiene, aparentemente en contra de la anterior interpretación, que *"En principio, parece que los conceptos de administrador de hecho y de administrador de Derecho que se utilicen en este ámbito deben ser equivalentes a los ya manejados por la doctrina con respecto a la regulación de la actuación en nombre de otro (art. 31 CP) y los delitos societarios (art. 290 CP)", concluyendo en que "Se irá produciendo necesariamente, por tanto, a lo largo del tiempo una interrelación interpretativa entre estas tres cuestiones de alcance diferente. La jurisprudencia deberá estar atenta a las consecuencias que puede tener el concepto de administrador que ofrezca en otros ámbitos cuando determine el concepto en el art. 31, en el 31 bis o en los delitos societarios."*

tal, sino además con una serie de características que nos sitúen dentro de una interpretación del término normativo respetuosa con el principio de legalidad y no extensiva.

Máxime con los problemas que se suscitan en este punto, como más adelante tendremos oportunidad de comprobar con mayor precisión, a la hora de establecer los otros requisitos propios del vínculo necesario con la PJ para que la conducta de esa PF tenga la capacidad de hacer surgir la responsabilidad penal propia de aquella.

Por supuesto que esto no quiere decir que la conducta delictiva deba llevarse a cabo "en representación" de la PJ en sentido estricto, puesto que también podrá ocurrir que el representante legal pueda cometer el delito generador de la RPPJ en una actuación no puramente representativa, siempre que concurran, eso sí, el resto de requisitos de su actividad previstos en la norma penal y que a continuación enumeraremos.

En definitiva, la exigencia ha de circunscribirse, exclusivamente, al hecho de que el ilícito sea cometido por PF que ostente legalmente ese carácter representativo, en su persona, cualquiera que fuere el contenido de su actuación y su relación con las facultades que tenga atribuidas, siempre que, como luego se verá, dicha actuación se haya llevado a cabo *"en nombre o por cuenta"* de la PJ.

Si entendiéramos que, en todos los supuestos, el delito hubiera de ser cometido en el ejercicio estricto de las funciones de representación, además de estar añadiendo un requisito legal no incorporado a la literalidad del art. 31 bis.1 a) que bien podría haber utilizado, caso de ser esa su intención, expresiones como la contenida en el propio art. 31.1 (*"El que actúe como..."*), dejaríamos fuera del alcance de esta norma todos aquellos supuestos delictivos no relacionados directamente con la actividad propia de la PJ de que se trate, ya que acerca de ellos, al serle ajenos, no cabrían los comportamientos representativos.

En relación con todo lo dicho hasta aquí hay que tener presente que una de tantas modificaciones trascendentales que se incorporan a la Reforma del Código Penal con la LO 1/2015 es precisamente la relativa a la identificación, o descripción, de esta PF a la que se hace referencia en el primer supuesto de imputación a la PJ, más allá de la figura del "representante legal", aludiendo ahora a la figura del "administrador".

Dicho texto reza así:

"...por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o

como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma."

Lo que evidentemente supone, de una parte, una mayor concreción, frente a la anterior designación del "administrador de hecho o de derecho", de los atributos descriptivos que han de concurrir en el autor del hecho delictivo aunque, por otro lado, dicha descripción amplía la previsión inicial del artículo 31 bis, en su redacción originaria de la LO 5/2010, al extenderse a todos aquellos que estén autorizados para decidir en nombre de la PJ y también a aquellos con facultades de organización y control, en lugar de la anterior simple referencia al "administrador de hecho o de derecho."[553]

Por no hacer también referencia a la posibilidad de que se trate de miembros de un órgano colegiado que sea el que ostente, como tal, esas facultades de decisión, organización o control en el seno de la PJ.

Hay que tener en cuenta, a este respecto, que la Circular 1/2011 de la FGE entendió que *"…deben rechazarse las interpretaciones que busquen introducir en el concepto* (representante) *a aquellos sujetos titulares de alguna capacidad de decisión autónoma siempre supeditada a la dirección, supervisión o control de quien en realidad dirige la entidad. Como bien resume la Sentencia del Tribunal Supremo num. 59/2007 de 26 de enero, el administrador de hecho debe participar activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión. Debe desempeñar una función de dirección real, con independencia de la formalidad de un nombramiento. Ello es así porque para que pueda hablarse de responsabilidad penal de la persona jurídica el legislador se remite a conductas propias o controlables por los verdaderos órganos de gobierno"*[554]

En esta línea, y contra algún sector de la doctrina que defiende un concepto amplio de "representante"[555], otros autores sostienen que por representante ha de entenderse

[553] *"También se incide en ampliar el elenco de personas que si delinquen derivan la responsabilidad a la empresa, ya que frente a la parca referencia a los representantes, legales o administradores de derecho o de hecho, ahora la referencia es mayor a cualquier que tenga la más mínima parcela de responsabilidad o apoderamiento"*, MAGRO SERVET, V., "El Derecho Penal de la Empresa en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de Marzo de Reforma del Código Penal", Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pag. 21.

[554] CFGE 1/2011, ps. 41 y ss.

[555] DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español", Revista electrónica de la AIDP 2011, p. 12; GÓMEZ TOMILLO, M., "Imputación objetiva y

exclusivamente, a estos efectos, *"…quien ejerce la representación general, no bastando a efectos de la responsabilidad penal de la persona jurídica cualquier persona que tenga algún poder de representación, sino que se ha de tratar de apoderados generales"*, tesis que vendría avalada por la propia historia de la norma (art. 31 bis), dado que el Anteproyecto del precepto enviado por el Gobierno a las Cortes hacía referencia genérica a cualquier apoderado, al aludir a *"los empleados con facultades de obligar a dicha persona jurídica"*, texto que, al corregirse, excluía la posibilidad de que, por ejemplo, el delito cometido por el director de una sucursal bancaria pudiere generar responsabilidad penal para la entidad *"…a no ser que se encuentre vinculado a la infracción de deberes de control por parte de algún administrador de la persona jurídica."*[556]

De esta forma *"…por ejemplo queda claro que un delito cometido por el director de una sucursal de una entidad bancaria no puede generar responsabilidad penal de la entidad a no ser que se encuentre vinculado a la infracción de deberes de control…"*[557]

Acorde con ello, la Jurisprudencia[558], en relación con la interpretación del art. 31 CP, proclama que *"…el debido respeto al principio de legalidad lleva a erradicar extensiones del ámbito subjetivo más allá del sentido del texto legal. No solamente del penal, que no precisa demasiado, sino del mercantil. Bajo esta perspectiva resulta diferenciable la función de administración de las personas jurídicas de tal naturaleza, de las funciones de gestión de empresas propia de factores, gerentes, directores generales, etc."*

Una solución semejante suscitará, a pesar de todo, alguna duda cuando intentemos determinar el verdadero fundamento de la RPPJ en este ámbito de una responsabilidad nacida a partir de la conducta del "*representante legal*" y si ello puede identificarse con una categoría próxima a la "*culpa in eligendo*", materia que, en su momento, ocupará nuestra atención.

Sin embargo, no cabe duda de que si se parte de la idea originaria, hoy claramente

---

culpabilidad en el Derecho Penal español", Revista Jurídica de Castilla y León 2011, p. 58, nota 35 y DEL ROSAL BLASCO, B., "La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, no1, del Código Penal", en: CPC 2011, p. 65, nota 51.

[556] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 94.
[557] FEIJOO SÁNCHEZ, B. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero", dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, pag. 94.
[558] STS 606/2010, de 25 de Junio.

matizada tras la LO 1/2015, de una responsabilidad de la PJ fuertemente vinculada con la conducta de su representante o administrador, una interpretación restrictiva de ambos conceptos parece muy recomendable, relacionándolos tan sólo con quienes verdadera y efectivamente ejerzan funciones autónomas de decisión dentro de la PJ, viniendo a constituir en la práctica un "*alter ego*" de la misma.[559]

Pues no debe olvidarse que hasta el concepto vulgar de "directivo" no tiene por qué identificarse con el de un verdadero administrador o representante, a los efectos que aquí interesan, de la PJ, ya que, según la literalidad del RD 1382/1985, que regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, tal figura viene definida como la del *"…trabajador que ejercita poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad."*[560]

Así, todo lo anterior habrá de complementarse, con las reservas ya expuestas, con la dilatada y precisa doctrina jurisprudencial en torno a las figuras del administrador "de hecho o de derecho", que figuraban en el texto anterior a la LO 1/2015, y que se aplicaban ya, antes de la LO 5/2010, al art. 31.1 CP, pues ello viene a explicar más cumplidamente la anterior redacción del precepto que, sin duda, se nutre de los contenidos de la referida Jurisprudencia.

No puede olvidarse que la introducción originaria de tales términos en el texto legal, incorporando expresamente ambas categorías, respondió, en el devenir del proceso legiferante, a la indicación realizada en este lugar por el CGPJ en su Informe al proyecto de la Ley 5/2010, recogiendo con ello la amplia y pormenorizada doctrina jurisprudencial precedente a la que hemos hecho referencia.

En tal sentido, la STS de 26 de Julio de 2006 ya manifestó acerca de esta cuestión que:

"Por administradores "de derecho" se entiende en cada sociedad los que

[559] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Fundamentos modernos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", Ed. B de F, Buenos Aires, 2010, pag. 484.

[560] FEIJOO SÁNCHEZ, B. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero", dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, pag. 96.

administran en virtud de un título jurídicamente válido y en la sociedad anónima los nombrados por la Junta General (art. 123 LSA) o, en general, los que pertenezcan al órgano de administración de la sociedad inscrita en el Registro Mercantil. Los "de hecho" serán todos los demás que hayan ejercido tales funciones en nombre de la sociedad, siempre que esto se acredite, o los que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso no aceptado, no inscrito o caducado; o prescindiendo de conceptos extra-penales, se entenderá por administrador de hecho toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente los expresados en los tipos penales, quien de hecho manda o gobierna desde la sombra."

Baste, por consiguiente, esta descripción jurisprudencial para tener cabal conocimiento de cada una de esas expresiones, "representante" y "administrador"[561], y las diferencias entre ellas sin perjuicio, de nuevo, de la trascendencia que semejantes matices podrán tener a la hora de ensayar con posterioridad un intento para fundamentar la RPPJ por los hechos cometidos por la PF que ostente esta condición.

Subsistiendo aún en este caso, por otro lado, todo lo dicho acerca de los aspectos concretos de la actuación del Administrador y su relación con la PJ responsable del delito cometido, incluso tras la aprobación del texto de la LO 1/2015 que, como vimos, sustituye la referencia expresa a las figuras de *"administrador de hecho o de derecho"* por la identificación de la PF de interés a este respecto mediante la concreta descripción de las facultades que le son propias, siguiendo con ellos los criterios jurisprudenciales previos al respecto.

A su vez, cuestión realmente espinosa es la relativa a aquellos casos, en modo alguno insólitos en la práctica mercantil, en los que el "representante legal" de la PJ sea, a su vez, otra PJ.

Evidentemente, en tales ocasiones, resultará difícil aplicar a la "representada" la responsabilidad acerca de un hecho cometido por una PF que, en realidad, actúa por cuenta de la "representante".

[561] Hoy esta última sustituida por la alusión descriptiva a los que "…*actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma"* (art. 31 bis apdo.1 a) CP tras la reforma de la LO 1/2015) que tanta similitud guarda, como puede apreciarse, con la doctrina jurisprudencial mencionada.

Con la sola intención de no rehuir dar una respuesta a semejante problema y sin perjuicio de las soluciones que al respecto puedan aplicar en un futuro nuestros Tribunales de Justicia, en principio creo que sería preciso considerar, para dotar al precepto de la suficiente eficacia práctica y evitar la elusión de su aplicación por esta fácil vía, que la responsabilidad derivada del delito cometido por esa PF alcance, si concurren los restantes elementos necesarios para ello, a ambas PPJJ puesto que, en realidad, su actuación se realiza "en representación" de ambas (o sin el debido control, en su caso), si bien en forma directa, respecto de una de ellas, e indirecta, en relación con la otra.[562]

3.4.2.2. Quien esté sometido a la autoridad de los anteriores.

La segunda categoría de PF autora del delito causante de la RPPJ sería aquella integrada por quien esté sometido a la autoridad de los representantes legales y demás sujetos a los que se acaba de hacer referencia.

Impropiamente, a mi juicio, se suele hacer referencia en este caso a los "empleados" de la PJ sin advertir que una identificación semejante resulta de todo punto errónea[563], toda vez que la expresión legal es considerablemente más amplia que ese término de "empleado" de tan frecuente uso cuando se aborda el tema de la RPPJ.[564]

En efecto, la Ley sólo habla, en realidad, de la existencia de una relación de dependencia, subordinación o sometimiento, entre la PF autora del delito y los representantes o administradores de la PJ[565], donde tendremos que comenzar por observar que no se trata tanto de una relación laboral, o análoga, con la propia PJ sino de vinculación vertical con otras PF, en concreto las que ostentan el protagonismo en la vida de la sociedad,

[562] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Presupuestos para la conducta típica de la Persona Jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 98.

[563] Aunque a efectos prácticos, desde el punto de vista de la economía del lenguaje, tampoco hay inconveniente en aceptar dicho término, siempre que se aclare su imprecisión técnica.

[564] En este mismo sentido otros autores como DOPICO-GÓMEZ-ALLER, GÓMEZ MARTÍN o DEL ROSAL BLASCO, en CPC 2011, pags. 88 y ss., además de DE LA CUESTA, J.L., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español", en Rev. Electrónica de la AIDP 2011, pag.13, y en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2013, pag. 67, afirmando que este concepto *"…abarca a todo aquel que actúe bajo la autoridad de administradores y/o representantes, sin necesidad de una vinculación laboral o mercantil formal con la entidad."* Citados por FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Presupuestos para la conducta típica de la Persona Jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, Nota (16), pag. 103.

[565] Vid. por ej. CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F., "Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas", en "Comentarios a la Reforma Penal de 2010", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pag. 72.

y a las que ya nos hemos referido en el apartado anterior.[566]

Evidente resulta que, si como luego veremos, la concreta acción delictiva ha de cometerse dentro de un determinado ámbito, que no es otro que el de la actividad de la empresa, finalmente será la relación laboral con ésta el vínculo habitual que conduzca a la aludida dependencia jerárquica, pero con ello no se agota, ni con mucho, el contenido de esta figura.[567]

Así, en primer lugar, cualquiera que fuere el origen de ese sometimiento a la autoridad ajena, tanto sea de naturaleza laboral como de relación de servicios, permanentes, temporales o esporádicos, para la realización de una concreta tarea, o con otra forma o causa, o independientemente del tipo de retribución que se perciba, siempre que exista la dependencia jerárquica referida, estaremos ante una hipótesis de posible inclusión en el régimen de RPPJ.[568]

Hay autores que, sin embargo, entienden que *"Si bien una lectura superficial podría dar a entender que sería posible extender la responsabilidad penal de la persona jurídica hasta toda conducta de persona que se encuentre sometida a algún tipo de influencia o indicaciones e instrucciones de los administradores o representantes legales, incluyendo empleados de otras empresas jurídicas, de acuerdo con el sistema establecido por el art. 31 bis sólo deberían ser relevantes los comportamientos de aquellas personas que tengan una relación laboral o de Alta Dirección con la persona jurídica penalmente responsable, es decir, los recursos humanos de la propia persona jurídica. Los empleados de otras personas jurídicas deberían generar responsabilidad penal sólo para las empresas jurídicas para las que materialmente (no sólo formalmente) trabajan. Si las personas jurídicas han sido reconocidas como sujetos de imputación no cabe otra posibilidad."* [569]

---

[566] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Presupuestos para la conducta típica de la Persona Jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1", en "Tratado de responsabilidad penal de las Personas Jurídicas", Ed. Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 104.

[567] Contra esta opinión diversos autores como CABEZUELA SANCHO, D. "La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas. Un nuevo escenario empresarial", en "Responsabilidad penal de Personas Jurídicas en la Gestión económica de la Empresa", Ed. Francis Lefebvre, Madrid 2011, pag. 25.

[568] Vid. por ej. CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F., "Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas", en "Comentarios a la Reforma Penal de 2010", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pag. 72.

[569] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Presupuestos para la conducta típica de la Persona Jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1" en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 103, si bien en Nota (16) de esa misma pag. 103 también leemos que *"…no cabe duda de que un empleado sin un contrato laboral formalizado o en una situación de ilegalidad puede generar responsabilidad penal para la persona jurídica para la que trabaja. En definitiva, no*

Pero he de insistir que, en mi opinión, lo importante y, por ende, lo que precisará de la debida acreditación en el correspondiente enjuiciamiento, es exclusivamente esa repetida vinculación de la PF autora del ilícito a la autoridad del representante o administrador.

Algo que, por otra parte y al margen de que esta interpretación es la que se acomoda exactamente a la literalidad del precepto, no podría ser, en cuanto a la justificación de la norma, de modo distinto, como más adelante fácilmente se comprenderá cuando descubramos que el fundamento de la RPPJ en estos casos no es otro que el de la "ausencia del debido control" que posibilita, o al menos no impide, la comisión del hecho delictivo en el seno de la misma.

El argumento vendría a resumirse del siguiente modo: quien tiene la autoridad para controlar la constante adecuación a la norma del comportamiento del autor del delito, que en definitiva son los órganos rectores de la organización, debe responder (si bien es cierto que, en principio al menos, no ellos personalmente sino la PJ a la que dirigen o representan) de los hechos cometidos por los que de ellos dependen, cuando el ejercicio de ese control que les confiere precisamente su autoridad no se ha producido con la necesaria suficiencia para prevenir razonablemente la ejecución del ilícito.

Teniendo en cuenta que esa "deriva" de la responsabilidad penal, en el criterio aquí compartido acerca de la doctrina de la culpabilidad de la PJ, no supone una responsabilidad por el hecho ajeno, el de los encargados de implementar y hacer cumplir las medidas de control, sino por la propia autorresponsabilidad de la PJ, como tendremos oportunidad de explicar más adelante.[570]

De ahí que la tan reiterada pregunta acerca de qué sucede cuando la infracción no fue cometida por el "empleado" o dependiente directo de la PJ a quien se impute la responsabilidad sino por otro que dependa, a su vez, de una tercera PJ que actúe, por ejemplo, en régimen de subcontrata respecto de aquella (cuestión que advertiremos que se aproxima al supuesto ya contemplado de la conducta ilícita realizada por la PJ que representa o administra a otra), encuentre adecuada respuesta con la remisión a la constatación, en cada caso concreto, del grado de dependencia jerárquica, o por ser más claros en este punto, de la posibilidad de control que los responsables de la primera de las

---

se trata de si formalmente existe una relación laboral, sino a qué persona jurídica se encuentra adscrita una persona como recurso humano."

[570] En este sentido y de entre la multitud de textos que de ello tratan, mencionemos el contenido de la obra de GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., por ej. en "La culpabilidad penal de la empresa", Ed. Marcial Pons, Madrid 2005.

organizaciones tengan realmente, en la práctica, respecto del autor del hecho enjuiciado.[571]

Teniendo, por otra parte, en cuenta a este respecto las posibilidades de ese "control", limitadas siempre por los derechos del propio subordinado, tanto dentro de su vinculación laboral como en su condición de ciudadano titular genéricamente de una serie de derechos (a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, a la protección de datos, etc.), aspecto sobre el que habremos de volver más adelante.[572]

En definitiva. Al hablar del "subordinado" como posible autor del delito precedente de la RPPJ *"El tenor del precepto no exige una vinculación laboral en sentido estricto: basta con que en el desempeño de su actividad el autor del delito estuviese sometido a la autoridad e indicaciones de la persona jurídica, aunque la relación jurídica fuese un arrendamiento de servicios o un mandato o de cualquier otra naturaleza. El legislador ha evitado una nomenclatura que restringiese la situación contemplada a lazos laborales. La persona jurídica puede ser responsable en virtud de la acción cometida por el asesor tributario externo y únicamente atribuible a él; o por el publicitario al que se le confió una determinada campaña; o por el comercial que no está incluido en la plantilla, por señalar algunos ejemplos de relaciones no laborales pero en las que la actividad ha de sujetarse a las instrucciones y control de la empresa, que opere en el ámbito de actuación de los representantes legales o los administradores. No es necesario que se encuentre formalmente vinculado a la empresa a través de un contrato laboral o mercantil. No existe inconveniente, por tanto, en que se trate de un autónomo, o un trabajador subcontratado, siempre que se halle integrado en el ámbito de dominio social."*[573]

3.4.3. Requisitos comunes a ambos supuestos de RPPJ.

Además de las exigencias ya vistas para la existencia de RPPJ, en orden a la

[571] No comparte esta opinión FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Presupuestos para la conducta típica de la Persona Jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1", en "Tratado de responsabilidad penal de las Personas Jurídicas", Ed. Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 104, si bien añade que *"Cuestión distinta es que por la propia actuación de sus trabajadores una persona jurídica pueda responder penalmente (por ejemplo como partícipe) no por los delitos realizados por trabajadores ajenos, sino en relación a dichos delitos. En definitiva, la exteriorización ("externalización"9 de servicios o la distribución de productos a través de otras personas jurídicas sólo podrá generar responsabilidad penal para la persona jurídica delegante si alguno de sus propios empleados comete un hecho delictivo o participa en los delitos cometidos en la delegada."*

[572] MASCHMANN, F., "Compliance y derechos del trabajador", en "Compliance y teoría del Derecho Penal", ED. Marcial Pons, Madrid 2013, pags. 147 y ss.

[573] DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de los Partidos Políticos", Ponencia elaborada para el curso "La Financiación ilegal de partidos políticos" celebrado los días 11 y 12 de julio de 2016 en Madrid dentro del plan de formación continuada para miembros de la Carrera Fiscal y dirigido por Myriam Segura Rodrigo, pag.12.

necesidad de que el delito cometido sea uno de los expresamente citados en la Ley a estos efectos y de que su autoría corresponda a una de las PF también mencionadas, existen, a continuación, unos nuevos elementos, comunes para ambos supuestos contemplados en el art. 31 bis.1 CP, que no son otros que los de que ese delito se lleve a cabo *"por cuenta"* y *"en beneficio directo o indirecto"* de la PJ.

Se trata por lo tanto de dos requisitos distintos y de obligada concurrencia doble y conjunta, según revela la conjunción copulativa *"y"* incluida entre ambas expresiones.

Además, en el caso concreto del delito cometido por el representante o administrador, la Ley equipara también al *"por cuenta"* la actuación llevada a cabo *"en nombre"* de la PJ, en este caso con carácter alternativo, utilizando la conjunción disyuntiva *"o"*.

Teniendo en cuenta que precisamente estos requisitos son los que dotan a la actuación de la PF de una dimensión y trascendencia penal que, excediendo a su autor material, alcanza a la PJ en cuya actividad, en nombre o por su cuenta se llevó a cabo la conducta ilícita.

Es decir, que *"Si no están presentes estos requisitos sólo hay una conducta individual, pero no una "conducta colectiva o corporativa. Estos elementos de conexión que tienen que ver, por un lado, con la vinculación formal u orgánica a la persona jurídica y, por otro, con el provecho de la misma, no deben ser entendidos más que en este sentido y no se le debe conceder mayor relevancia que el de permitir excluir directamente y de partida supuestos en los que no cabe hablar de un "hecho corporativo" o de la persona jurídica, sino exclusivamente de una conducta que no encierra mayor dimensión que la individual."*[574]

- El primero de los referidos requisitos comunes, es decir, el de que el delito se produzca dentro de una actividad llevada a cabo *"por cuenta"* de la PJ sobre la que proyectará la correspondiente responsabilidad, tiene el significado claro de que ha de existir esa vinculación de dependencia entre el actuar de la PF y la PJ, lo que, en términos de la autoría del representante, equivale igualmente, como se ha dicho, a

[574] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Presupuestos para la conducta típica de la Persona Jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1", en "Tratado de responsabilidad penal de las Personas Jurídicas", Ed. Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 99.

actividad *"en nombre"* de la empresa.[575]

Se trata, por tanto, más de un elemento delimitador del presupuesto necesario para la RPPJ, aunque su carácter positivo para la integración del supuesto de hecho de esa responsabilidad indudablemente supone la necesidad de acreditación por parte de la acusación, desde el punto de vista procesal. Es quien acusa, en definitiva, quien habrá de probar que el delito se cometió *"por cuenta"* de la PJ.

Sin embargo, aún antes de adentrarnos en qué ha de entenderse por tal expresión, debe significarse que mientras que en el caso de la autoría por el representante o asimilado, primer supuesto, directamente se conecta la comisión del ilícito con el hecho de que ésta se produzca *"en nombre o por cuenta"* de la PJ, cuando se alude a la segunda de las hipótesis la norma se refiere a que la ejecución del ilícito ha de producirse *"en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta"* de la PJ.

Matiz que, aunque parezca nimio, rebuscado o sutil, en realidad comporta a mi juicio una caracterización sustancialmente distinta para cada uno de tales supuestos legales, ya que ello nos podría llevar a una interpretación según la cual en el supuesto del representante y el administrador no resulta necesario que la infracción se cometa en el curso de una actividad social, a diferencia de lo que acontece con el segundo caso y que, por tanto, en el primero de ellos es intrascendente en qué tipo de actividad se realice la conducta criminal, sea una de las propias del ámbito de negocio de la PJ u otra diferente, con la exclusiva condición de que el hecho se lleve a cabo por la PF *"en nombre"* o *"por cuenta"* de la misma, refiriéndose el término "en nombre" más al representante o administrador de Derecho, en tanto que "por cuenta" aludiría más bien a los actos del administrador de hecho.[576]

Y lo que me parece aún más importante, sobre todo desde un punto de vista eminentemente práctico, es que el empleado, o persona sometida a la autoridad de la PJ, puede ejecutar un hecho delictivo *"por cuenta"* de la misma pero sin que con

[575] Sobre el contenido del presupuesto de la *"actuación en el marco y naturaleza del empleo"*, en el Derecho de EEUU, vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", Ed. B de F, Buenos Aires, 2010, pags. 238 y ss.

[576] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pag. 68.
No obstante, existe en nuestra doctrina un importante debate al respecto, sobre el alcance de ambas expresiones, como puede apreciarse en el contenido de la Nota 13, FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el Código Penal español", Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2016, pag. 119.

ello se derive responsabilidad, al menos penal, para ella si su actuación delictiva no se produjo en el curso de una actividad social, porque en esta ocasión se exige la doble concurrencia de ambas circunstancias: la comisión en el *"ejercicio de la actividad social"* y que se actúe *"por cuenta"* de la PJ.

Pensemos, por ejemplo, en el caso de la PF vinculada a una determinada entidad financiera que comete un delito de estafa.

Si se tratase de un representante o administrador de dicha entidad[577], en los términos estrictos a los que se refiere en la actualidad la norma, bastaría como requisito para integrar la RPPJ el que su acción delictiva se produjera *"en nombre"* o *"por cuenta"* de la misma, dado que su actuación es de por sí la propia de quien ostenta tal facultad representativa.[578]

Por el contrario, si nos encontrásemos ante un simple empleado, que no dispone de esa facultad de representación, no sólo se requeriría que el hecho delictivo se realice *"por cuenta"* de su principal sino, también, que el mismo se produzca dentro de la actividad social que tiene atribuida, puesto que si es en un ámbito que excede de la misma, es decir, más allá de los cometidos laborales que tenga atribuidos, resultaría cuando menos discutible afirmar que se encontraba propiamente *"en el ejercicio"* de esa actividad, con lo que no se estaría cumpliendo la literalidad del precepto legal cuando, como se ha visto, expresamente exige que el delito se cometa, en estos

[577] Para BACIGALUPO SAGESSE, S., contra la opinión de otros autores (GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N./ JUANES PECES, A., por ej., en "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor, Diario La Ley, num. 7501, 3 Nov. 2010) sostiene que cuando estas funciones de representación o administración sean realizadas, a su vez, por una PJ, ésta también deberá responder del hecho delictivo, aunque parezca, según el texto legal cuando hace referencia en el segundo supuesto que la PF autora del delito ha de dstar subordinada "…a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior", que tan sólo se está pensando en administradores o representantes que fueren PF., "Los criterios de imputación de a responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno(arts.31 bis y 129 CP)", Diario La Ley num. 7541, 5 Ene. 2011.

[578] Para FEIJOO SÁNCHEZ, B., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero", Ed. Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pag. 98, *"En el caso de los administradores o representantes legales éstos deben actuar en nombre o por cuenta de la persona jurídica, lo que significa que hayan cometido el delito en el ámbito de sus competencias (con lo relativa que resulta esta expresión cuando se trata de comportamientos delictivos o con ocasión del ejercicio de sus competencias. Es decir, que su acción u omisión debe suponer jurídicamente una acción u omisión de la persona jurídica (quedan excluidos por tanto, delitos cometidos en beneficio de la persona jurídica sin actuar como administrador o representante legal). En este sentido quedarían al margen de la responsabilidad penal de la persona jurídica actuaciones en las que el administrador se extralimita en sus cometidos o que quedan al margen de sus funciones."*
Mientras que en el caso del "subordinado jerárquico", según el mismo autor, tan sólo *"…tiene que tratarse del ejercicio de actividades sociales, es decir, tratarse –utilizando una extendida distinción conceptual- de un supuesto de "criminalidad de la empresa" y no simplemente de criminalidad en la empresa."*

casos, *"en el ejercicio"* de las actividades sociales que, bajo la dependencia jerárquica ("autoridad") de los órganos de representación o administración de la empresa el empleado lleva a cabo.[579]

En cualquier caso, la expresión *"por cuenta"* de la PJ siempre habrá de interpretarse como exclusión de que el acto se realiza "por cuenta propia", o "a título personal", sin vinculación alguna con la actividad de la PJ o de la empresa.[580]

Sin que, por otra parte, comparta el criterio de que el actuar "en nombre o por cuenta de" *"…no puede significar otra cosa que una actuación que asuma las directrices de comportamiento de la persona jurídica, que no se oponga a sus Normas de conducta o Protocolos de cumplimiento, interpretando "en nombre o por cuenta de" en el sentido de "plasmando la voluntad de", de modo tal que pueda entenderse que aunque estemos hablando de responsabilidades diversas, la de la persona jurídica sólo tendrá sentido si la persona física actúa como prolongación de la anterior, como brazo ejecutor de las decisiones de la propia persona jurídica…"*[581], pues ello supone tanto como restringir el ámbito de la RPPJ tan sólo a aquellos casos en los que la PF actúa cumpliendo un mandato ilícito de quienes encarnan las facultades decisorias y no cuando esa actuación se debe a la voluntad libre y autónoma de la PF infractora. Parece que todo se debe a una confusión acerca de dónde se sitúa la auto responsabilidad de la PJ que no puede ser sino en las deficiencias de su actividad de

[579] Extiende también este requisito incluso al actuar de los representantes y administradores HERNÁNDEZ; L. "El nuevo artículo 31 bis del Código Penal: exigencias legales (explícitas e implícitas) que permiten la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", José Luis de la Cuesta Arzamendi (Dir.) y Norberto J. de la mata Barranco (Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2013, pag. 115: *"No se exige en e texto que las personas físicas hayan actuado dentro de las funciones que competen a unos o a otros, pero no tendrá ningún sentido exigir responsabilidad a la persona jurídica, salvo que pretendamos objetivar la misma, si las personas mencionadas actúan al margen de las competencias que les son propias o que son susceptibles de ser controladas por la empresa."*
En el mismo sentido BACIGALUPO SAGGESE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (art. 31 bis y 129 CP)", Diario La Ley, 7541/2011, pag. 3. Sin embargo, para PORRES ORTIZ DE URBINA, E., "Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas", en Revista de Jurisprudencia El Derecho, num. 2, 1 de Junio 2015, pag. 5, respecto de la actuación del directivo"Cabe plantear como supuestos excluyentes los casos en que haya existido una extralimitación manifiesta aún cuando no debe determinarse ese contexto de acuerdo con las atribuciones formales del directivo en cuestión. Las reglas civiles o mercantiles no deben ser determinantes porque habrá de indagarse en el poder real para determinar si el directivo ha actuado dentro de la esfera de sus atribuciones para evitar zonas indeseables de impunidad."

[580] FEIJOO SÁNCHEZ, B., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero, Ed. Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pag. 98.

[581] HERNÁNDEZ; L. "El nuevo artículo 31 bis del Código Penal: exigencias legales (explícitas e implícitas) que permiten la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", José Luis de la Cuesta Arzamendi (Dir.) y Norberto J. de la mata Barranco (Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2013, pag. 114.

control por ausencia de una verdadera cultura de fidelidad al Derecho.[582]

Ha de destacarse, no obstante, la importancia de los supuestos de "extralimitación" en sus funciones por parte del representante o, esencialmente, del administrador, pudiendo distinguir, como tradicionalmente ha venido haciéndose en Derecho Penal, entre la "extralimitación formal" y la "material". La primera cuando la actuación no se corresponde con ninguna de las facultades formalmente atribuidas y la segunda si, aunque dentro de esas facultades, contradice un criterio de política de la empresa.

Lo que lleva a algún autor a considerar la conveniencia de que *"...para entender acreditada la actuación en representación de la persona jurídica, se exigiera que la acción del representante constituya la implementación de una política empresarial."*[583]

Circunstancia ésta de la actuación *"por cuenta"* de la PJ que, por otro lado y a mi juicio, siempre debería valorarse desde un punto de vista estrictamente objetivo, sin que quepa por tanto hablar de la "apariencia" ofrecida ante la posible víctima, o perjudicado, por la acción delictiva o la "creencia" subjetiva de éste respecto de la condición en la que actúa la PF autora del delito, confundiendo con ello el régimen propio de la RPPJ con la doctrina jurisprudencial acerca de la RC subsidiaria de la empresa respecto de los actos realizados por sus dependientes, que en ciertos supuestos, sin perjuicio de la necesidad de alguna vinculación entre el autor del delito y la propia responsable civil subsidiaria, esa simple "apariencia" en la que se permite, o no se impide, que se presente el empleado ante un tercero ejerciendo funciones que no le corresponden sí que conlleva la referida RC subsidiaria de la PJ.[584]

A este respecto, resulta también interesante considerar la posibilidad de que una absolución de la PJ de cara a su responsabilidad penal no debería suponer, a mi juicio, la exclusión de su responsabilidad civil subsidiaria, precisamente por las

[582] Planteamiento que se basa en la concepción a la que más adelante nos adscribiremos en relación con los fundamentos de la culpabilidad de la PJ y que, desde una perspectiva técnica de los "compliances" analiza con gran solvencia y referencia a derecho comparado CASANOVAS YSLA, A., "Control legal interno"; El Economista, Madrid 2011, pags. 113 y ss.

[583] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pag. 69.

[584] Vid., por ej., SsTS de 15 de Febrero de 2002 y 28 de Octubre de 2004.

diferentes exigencias entre una y otra, derivadas de su distinto carácter penal y civil, que permiten una valoración más "objetivista" de esta segunda clase de responsabilidad.[585]

- El segundo de los términos que, como requisitos de la conducta de la PF autora del delito para la existencia de la RPPJ, mencionan ambos párrafos del art. 31 bis.1, es el de que el delito ha de haberse cometido *"en beneficio directo o indirecto"* (*"provecho"* según la redacción originaria anterior a la reforma de la LO 1/2015) de la PJ que finalmente habrá de resultar también responsable del mismo desde el punto de vista penal.[586]

  Con ello se excluyen directamente del ámbito de la RPPJ, como es de todo punto lógico, aquellos supuestos en los que la PJ es la víctima o perjudicada con la acción delictiva de la PF, incluidos los casos de deslealtad hacia la misma.[587]

  Aquí las dudas interpretativas son, si cabe, aún más relevantes que las que despierta el requisito anterior de la vinculación del actuar de la PF con la PJ pues, en primer lugar, una cosa sería entender que ha de exigirse siempre algún tipo de "provecho", o "beneficio", propio para la PJ, causalmente vinculado a la infracción delictiva, como requisito necesario para establecer su responsabilidad penal, y otra, bien distinta, que la actividad social (o de representación), inicialmente lícita, en el curso de la cual el ilícito se lleva a cabo tenga una naturaleza o finalidad provechosa para la PJ.

  Lo cierto es que la literalidad de la norma no colabora especialmente a la obtención de una interpretación cuando menos uniforme pues, si bien parece claro que en el primer párrafo del precepto que analizamos el "beneficio", antes "provecho", para la PJ ha de provenir directa y exclusivamente de la acción delictiva misma (*"...las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto..."*), en el segundo supuesto la *"beneficiosa"* podría parecer que haya de ser la actividad en el transcurso de cuyo ejercicio el delito se ejecuta (*"...en el ejercicio de actividades*

[585] Vid. apdo. 3.7.2.
[586] Sobre el contenido del presupuesto de *"la intención de beneficiar a la empresa"*, en el Derecho de EEUU, vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", Ed. B de F, Buenos Aires, 2010, pags. 241 y ss.
[587] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Presupuestos para la conducta típica de la Persona Jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1", en "Tratado de responsabilidad penal de las Personas Jurídicas", Ed. Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 100.

sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas...").

De modo que, salvo que estemos dispuestos a aceptar la existencia de una nota más de diferenciación entre las dos posibles alternativas subjetivas sustentadoras de la RPPJ, lo que añadiría mayor complejidad de trato y en este punto además sin justificación aparente para ello, habremos de optar por una de las dos posibles soluciones para su aplicación uniforme en sendos casos.

En tal sentido, mi opinión se inclinaría, aún con ciertas dudas, por la interpretación favorable a considerar que la exigencia se refiere a la necesaria utilidad (*"beneficio"*) que la comisión del delito ha de reportar a la PJ y no al mero carácter "beneficioso" de la actividad en cuyo transcurso la infracción cometida por el *"subordinado jerárquico"* se produce, por resultar no sólo una interpretación más favorable para el reo, la PJ implicada, de entre las dos posibles dentro de la ambigua literalidad de las normas comentadas sino incluso porque la interpretación contraria supondría, a mi juicio, una extensión excesiva del ámbito de la RPPJ.

No se comprendería además el porqué de la inclusión de este término del *"beneficio directo o indirecto"* obtenido (o a obtener) por la PJ como requisito determinante de su responsabilidad penal, y que hoy sustituye al término anterior de *"provecho"*, cuando cualquier actividad social o acto en representación de la misma, y *"por cuenta"* de ella, ya debería implicar de por sí un cierto *"beneficio"*.

Obviamente, hay ciertos ilícitos en los que este problema no se suscita, como acontece con el delito contra la Hacienda pública en el que no es concebible la ausencia de *"beneficio"* para la PJ como consecuencia de su comisión por la PF.

Sin embargo, como ejemplo ilustrativo de todo lo que acaba de exponerse, en orden a otras hipótesis polémicas, podría citarse el caso del empleado, representante o administrador de una empresa dedicada a la prestación de servicios con instrumentos y contenidos informáticos que, en el ejercicio de su actividad ordinaria en el seno de ésta, ejecuta conductas tipificadas como delito de distribución de pornografía infantil.

¿Cuándo habrá de entenderse en este caso la existencia de RPPJ en relación con el requisito de la existencia de un *"beneficio"*, dando por supuesta la concurrencia del resto de exigencias normativamente previstas para ello? ¿Sólo en el caso de que esa

conducta delictiva produzca como consecuencia de su comisión una ventaja para la empresa, sirviendo para aumentar su número de clientes, su facturación, etc. o, aunque ese beneficio no exista, por el mero hecho de que la actividad a la que se dedica el empleado y en cuyo ejercicio cometió el delito para su exclusivo e ilícito disfrute personal era "beneficiosa" para la PJ?

Según la solución que se propone, insisto que aun reconociendo lo discutible de la misma, la respuesta correcta sería la primera. Por tanto, la que exige la consecuencia provechosa como resultado no de la actividad ejercida en el seno de la empresa sino del delito cometido por la PF.[588]

Volviendo a señalar, porque sin duda es importante, que sólo será necesario acudir a esta interpretación en ciertos supuestos delictivos, concretamente en aquellos más alejados de la actividad lícita normal de cualquier empresa, como la distribución de pornografía infantil del anterior ejemplo, puesto que, si prestamos la debida atención, buena parte de los tipos contenidos en el inventario legal de aplicación a la RPPJ, como el referido delito fiscal, infracciones contra el medio ambiente, etc., son difícilmente concebibles sin la producción, directa o indirecta, de un *"beneficio"* empresarial como consecuencia de su comisión.

Finalmente, tan sólo insistir, en relación con este extremo polémico, cómo el texto introducido por la LO 1/2015 no modificó las referencias a la necesidad de que el ilícito se cometa, según los casos, *"en nombre o por cuenta"* o *"en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta"* de la PJ, pero sí que lo hace, y de forma que como puede comprenderse fácilmente, tras todo lo que se acaba de decir, resulta de notable interés, con la expresión *"en provecho"*, que se ha sustituido, en ambos supuestos, [589]por la de *"en beneficio directo o indirecto"* de la PJ.

De modo que parecería confirmar el Legislador, al efectuar semejante rectificación, la anterior interpretación restrictiva, puesto que no se estaría ya tratando de un genérico *"provecho"* para la PJ, como consecuencia de la actividad desarrollada por

[588] Esta viene siendo, por otra parte, la opinión prácticamente unánime de la doctrina, que en realidad parece que ni se plantea esta duda interpretativa.Vid. también, en este sentido y como ejemplos, FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Presupuestos para la conducta típica de la Persona Jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1", en "Tratado de responsabilidad penal de las Personas Jurídicas", Ed. Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 100 ,

[589] En contra de esta consideración y entendiendo que la modificación legal supone una ampliación del ámbito de la RPPJ el Dictamen del Consejo de Estado de 27 de Junio de 2013.

la PF, sino de algo más concreto como lo es un *"beneficio"*, si bien extendiendo el mismo a la posibilidad de que pueda ser incluso *"indirecto"*, lo que aún cuando supone, sin duda, una apertura de su posible contenido, en realidad vuelve a ofrecer otro argumento más en favor de la adelantada interpretación pues, con ese matiz extensivo ya se distancia de una posible aplicación del *"beneficio"* a la actividad lícita en cuya ocasión el delito se comete, toda vez que si el "beneficio" fuere atribuible a ésta lo habitual es que sería siempre *"directo"* para la empresa.

La segunda cuestión interpretativa importante a este respecto es la del criterio, objetivo o subjetivo, con el que habrá de valorarse la existencia de este elemento del "*beneficio*".

Se trata de determinar si bastaría con la intención de la PF de beneficiar a la PJ con la comisión del ilícito o si, por el contrario, es necesaria la existencia objetiva del beneficio para la empresa.[590]

La mayor parte de la doctrina es partidaria del criterio objetivo[591], en coincidencia también con la Fiscalía General del Estado pues *"…si el legislador hubiera querido otorgarle este sentido* (el subjetivo)*, probablemente hubiera optado por expresiones tales como con la intención de beneficiar o para beneficiar. La apelación a un elemento subjetivo así definido conllevaría además serias dificultades de prueba, no estando claras por otra parte las razones por las que los motivos del sujeto deban elevarse a la categoría de factor decisivo para la determinación de la responsabilidad de la organización para la que trabaja."*[592]

Podría incluso interpretarse el provecho/beneficio en sentido objetivo pero como una tendencia "ex ante" de la acción para lograrlo, aunque no se alcance finalmente ese objetivo.[593]

---

[590] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Presupuestos para la conducta típica de la Persona Jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1", en "Tratado de responsabilidad penal de las Personas Jurídicas", Ed. Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 100.

[591] Por ej., FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Presupuestos para la conducta típica de la Persona Jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1", en "Tratado de responsabilidad penal de las Personas Jurídicas", Ed. Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 100.

[592] CFGE 1/2011, pag. 42).

[593] GÓMEZ TOMILLO, M. "Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho Penal español", Revista Jurídica de Castilla y León, num. 25, 2011, pag. 63. Y en ese sentido también HERNÁNDEZ; L. "El nuevo artículo 31 bis del Código Penal: exigencias legales (explícitas e implícitas) que permiten la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", José Luis de

El hecho de que la PF actúe tan sólo movida por la obtención de un beneficio para sí, no excluye tampoco la RPPJ si, a pesar de ello, ésta resulta finalmente también beneficiada, con base en las mismas razones expuestas de la exclusión de la influencia de los móviles personales de la PF respecto de la RPPJ.[594]

"Las intenciones o las motivaciones de la persona física son irrelevantes con respecto a requisitos que convierten objetivamente el hecho en un hecho no meramente individual sino en un "hecho de la persona jurídica". "[595]

Es evidente, por otro lado, que, de producirse tal "beneficio", resultaría indiferente que el mismo fuera lícito o ilícito, consistiera en una concreta ganancia patrimonial, económica o de otra clase, o en el ahorro de un gasto o evitación de un perjuicio, se produjera inmediatamente o consistiera en una mera expectativa de "beneficio" futuro, tuviera o no una dimensión económica, o se tratase, por ejemplo, de un beneficio para la imagen corporativa, etc., puesto que el precepto menciona con carácter general, indefinido y no condicionado por circunstancia alguna, simplemente la realidad de un "beneficio" para la PJ, incluso precisando que tanto puede ser directo como indirecto.[596]

Aspecto más polémico es, sin duda, el relativo a aquellos supuestos en los que un inicial beneficio para la PJ pueda, a la larga, convertirse en un perjuicio, incluso grave, como las posibles repercusiones en su reputación como consecuencia del procedimiento penal que se le siga.

En tales casos comparto la opinión de que *"…no hace falta que a la larga la actuación represente un beneficio para la persona jurídica, sino que incluso puede acabar siendo perjudicial para la persona jurídica una vez depuradas todas sus*

---

la Cuesta Arzamendi (Dir.) y Norberto J. de la mata Barranco (Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2013, pag. 117.

[594] DEL ROSAL BLASCO, B., "La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, num. 1 del Código Penal", Cuadernos de Política Criminal, num. 103, 2011, pag. 88; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pag. 69; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Presupuestos para la conducta típica de la Persona Jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1", en "Tratado de responsabilidad penal de las Personas Jurídicas", Ed. Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 101.

[595] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Presupuestos para la conducta típica de la Persona Jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1", en "Tratado de responsabilidad penal de las Personas Jurídicas", Ed. Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 101.

[596] *"…cualquier clase de ventaja a favor de la entidad cumple las exigencias del actuar en provecho, por difícil que pueda resultar su traducción a euros"*, CFGE 1/2011, pag. 43.

responsabilidades. Por ello basta con que objetivamente se pueda entender que la conducta tenía el sentido o la tendencia de alcanzar algún beneficio para la persona jurídica, al menos a corto plazo, con independencia de que finalmente no se logre obtener el provecho por razones ajenas a la persona física."[597]

En este sentido es muy ilustrativo lo que se dice en la STS 154/2016, de 29 de Febrero, en línea con los criterios expuestos en la CFGE 1/2016.

"Se nos dice que está ausente, en esta ocasión uno de los elementos o requisitos que configuran la base para la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica que no es otro que el de que el delito cometido por la persona física, aquí la infracción contra la salud pública, reporte alguna clase de "provecho" (el art. 31 bis en su redacción actual se refiere en este punto a "beneficio directo o indirecto") para la entidad.

Se trata de un extremo que, sin duda, habrá de resolverse de forma casuística en el futuro y que, junto con otros que incorpora el precepto, será, con toda seguridad objeto de importantes debates.

Por ello convendría dejar claro desde ahora que ese término de "provecho" (o "beneficio") hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete.

Dice a propósito de ello la reiterada Circular de la Fiscalía que "La sustitución de

---

En la misma línea DE LA CUESTA, J.L, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español", en Revista electrónica de la AIDP, 2011, pag. 13; GÓMEZ TOMILLO, M."Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español", Valladolid, 201, pag. 87, o ZUGALDÍA ESPINAR, J. M, "Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de Junio)", La Ley, 5/2010, 22 de Junio, pag.4.
Y también la CFGE 1/2011, pag. 43.
Otros cuestionen este concepto de "beneficio directo o indirecto" por su excesiva amplitud como GOENA VIVES, B. y NAVARRO MASSIP, J., "La responsabilidad penal de las empresas. Algunas reflexiones a la luz de la LO 1/2015, de redforma del Código penal", Recista Aranzadi Doctrinal num. 9/2015, pag. 6.
Igualmente GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pag. 487.

[597] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Presupuestos para la conducta típica de la Persona Jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1", en "Tratado de responsabilidad penal de las Personas Jurídicas", Ed. Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 101.

la expresión "en su provecho" por la de "en su beneficio directo o indirecto", conserva la naturaleza objetiva de la acción, tendente a conseguir un beneficio sin exigencia de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad" (Conclusión 3ª).

De modo que cuando, como en el caso que nos ocupa, las ganancias cuantiosas que obtienen los autores del ilícito contra la salud pública no es que favorezcan la subsistencia de la entidad sino que justificarían su propia existencia si, como se dice, se trata de una mera empresa "pantalla" constituida con el designio de servir de instrumento para la comisión del delito como su única finalidad, hay que concluir en que se cumple el referido requisito sin posible réplica.

A mayor abundamiento, incluso en el caso de la igualmente condenada TRANSPINELO S.L., cuya existencia iba más allá de la exclusiva utilización para cometer el delito contra la salud pública de la persona física, advertimos también cómo el hecho del transporte ilícito de la sustancia oculta en las máquinas redundaba en la reimportación de las mismas, que volverían a integrarse en el patrimonio de la Sociedad y, en consecuencia, a estar a su disposición, lo que, independientemente de que eso finalmente hubiera llegado a producirse, o no, tras su incautación en Venezuela, constituía, sin duda, una expectativa provechosa a favor de la entidad, por lo que puede afirmarse que el ilícito, al margen de otros objetivos, propiciaba un indudable beneficio para dicha persona jurídica.

Pues reiterándonos, una vez más, en el contenido de la Circular 1/2016 (pag. 17):

"El art. 31 bis original exigía que la conducta de la persona física, en los dos títulos de imputación, se hubiera realizado en nombre o por cuenta de la persona jurídica y "en su provecho". Esta última expresión suscitaba la duda de si tal provecho constituía propiamente un elemento subjetivo del injusto o un elemento objetivo.

La Circular 1/2011 estudiaba esta cuestión y optaba por interpretar la expresión legal conforme a parámetros objetivos, sin exigir la efectiva constatación del beneficio, como una objetiva tendencia de la acción a conseguir el provecho, valorando esta como provechosa desde una perspectiva objetiva e hipotéticamente razonable, con independencia de factores externos que pudieran determinar que

finalmente la utilidad no llegara a producirse."

Y más adelante:

"La nueva expresión legal "en beneficio directo o indirecto" mantiene la naturaleza objetiva que ya tenía la suprimida "en provecho", como acción tendente a conseguir un beneficio, sin necesidad de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. Incluso cuando la persona física haya actuado en su propio beneficio o interés o en el de terceros ajenos a la persona jurídica también se cumplirá la exigencia típica, siempre que el beneficio pueda alcanzar a ésta, debiendo valorarse la idoneidad de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella."

De otra forma, una interpretación distinta a la expuesta conduciría a la práctica imposibilidad de aplicación del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica, con el incumplimiento que ello pudiera suponer respecto de las finalidades preventivas del sistema, en relación con un gran número de figuras delictivas como la presente, en la que en muchas ocasiones podrá resultar difícil imaginar la obtención de una ventaja directa para aquel ente que desarrolla una actividad, especialmente si fuera lícita, como consecuencia de la comisión de un ilícito contra la salud pública.

Lo que obligará a los Tribunales, en cada supuesto concreto, a matizar sus decisiones en esta materia, buscando la existencia de una verdadera relación entre el delito cometido y la obtención de la ventaja, provecho o beneficio, directo o indirecto, y huyendo de posiciones maximalistas e igualmente rechazables, tanto las que sostienen que siempre existirá un provecho para la persona jurídica, aunque sólo fuere por el del ahorro económico que le supone la inexistencia de adecuados mecanismos de control, como de aquellas otras, en exceso restrictivas, que pueden llegar a negar tales beneficios, en numerosos casos, por el perjuicio que en definitiva un posible daño reputacional y el cumplimiento último de las penas, pecuniarias e interdictivas, a la postre impuestas, como consecuencia de los actos delictivos cometidos por las personas físicas que la integran, causan a la propia persona jurídica."

En cualquier caso, lo que sí que puede afirmarse, a partir de la evidencia que refleja el texto anterior, es la importancia que, sin duda, habrá de tener este extremo, requisito imprescindible para declarar la RPPJ, en los procedimientos en los que se debata esta clase de responsabilidad y cómo el mismo será uno de los puntos capitales para la defensa de la entidad, especialmente en cierta clase de delitos."

Como ejemplos de una interpretación realmente amplia de este requisito de la RPPJ pueden citarse las siguientes consideraciones:

"La referencia a que el beneficio puede ser directo o indirecto viene a avalar una interpretación amplia extendida previamente en la doctrina que abarca no sólo – los más elementales- bebeficios económicos directos, sino también la evitación de perjuicios, ventajas ante competidores actuando delictivamente contra ellos o el ahorro de costes (en prevención de la contaminación, por ejemplo). Se puede tratar, incluso, de beneficios no mensurables económicamente o de carácter material (beneficios para la imagen corporativa de la empresa consiguiendo un premio mediante soborno, evitar una investigación mediante el soborno de un funcionario, etc.)."[598]

E incluso:

"Mi opinión, asumiendo la falta de claridad del texto legal con respecto a ciertas cuestiones discutibles, es que no hace falta que a la larga la actuación represente un beneficio para la persona jurídica, sino que incluso pueda acabar siendo perjudicial para la misma una vez depuradas todas sus responsabilidades. Por ello basta con que objetivamente se pueda entender que la conducta tenía el sentido o la tendencia de alcanzar algún beneficio para la persona jurídica, al menos a corto plazo, con independencia de que finalmente no se logre obtener el provecho. Lo que suceda ex post en relación a la conducta que genera la "conexión de provecho" es totalmente irrelevante."[599]

3.4.4. Requisitos diferenciales de los supuestos de RPPJ.

Ya hemos visto que, a pesar del intento por mantener una cierta uniformidad

[598] FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el Código Penal español", Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2016, pag. 124.
[599] FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el Código Penal español", Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2016, pag. 125.

sistemática en la interpretación del régimen de la RPPJ independientemente del carácter del sujeto autor del delito del que la misma nazca (representante y administradores o persona subordinada a éstos) lo cierto es que, salvo los elementos que claramente son comunes a ambos supuestos del art. 31 bis. 1, como la necesidad del "beneficio" para la entidad que se acaba de analizar, otros aspectos ofrecen matices que los distinguen.

Así, al margen de algunos elementos de menor importancia, dos eran los elementos que claramente marcaban, antes de la reforma de la LO 1/2015, la diferencia entre la estructura de las conductas que pueden dar lugar a la RPPJ a partir de su distinta autoría.

- Así, en primer lugar, ya hicimos referencia a la distancia que entre una y otra establece el que, de tratarse de la comisión por el representante o administrador basta con que éste actúe *"en nombre"* de la PJ, mientras que el delito cometido por el dependiente lo ha de ser *"en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta"* de la misma.

  Lo que, a su vez, remite a otro aspecto, el más esencial para este análisis, a saber, la referencia al "debido control" como idea central para valorar la RPPJ, que parecía aplicable, inicialmente al menos y de acuerdo con la literalidad estricta del precepto (LO 5/2010), tan sólo al caso de la conducta delictiva llevada a cabo por el empleado o dependiente.[600]

  Es este un extremo, como decimos, de capital importancia y que según diversos autores marcaba una línea definitiva para deslindar uno y otro supuesto, hasta el punto de que nos llevaría a tener que afirmar la existencia de dos verdaderos y autónomos regímenes de RPPJ.[601]

  Ya analizaremos más adelante las importantísimas consecuencias que, en orden al tratamiento diferente del principio de culpabilidad o el título de imputación de la responsabilidad, tendría esta cuestión, bastándonos en este momento con describir

[600] Así, CABEZUELA SANCHO, D., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un nuevo escenario empresarial", en "Responsabilidad penal de Personas Jurídicas en la Gestión económica de la Empresa", Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pag. 23, que además considera que *"...tiene toda lógica, porque es precisamente en estos cargos donde reside la representación legal de la entidad, y en puridad, cuando ellos actúan, la entidad misma actúa a través de ellos"*.

[601] Este era esencialmente el criterio interpretativo seguido por la CFGE 1/2011.

ambas hipótesis desde el punto de vista de la tipicidad.[602]

En tal sentido observamos cómo en tanto que la mera actuación, de relevancia delictiva, realizada por el representante o administrador en nombre de la PJ a la que representa o gestiona, pasaba a integrar, de forma al menos aparentemente automática, el requisito previo y único para el nacimiento ulterior de la RPPJ[603], lo que supone el riesgo de exposición a una grave situación de responsabilidad objetiva de la PJ[604], para el segundo de los supuestos incluidos en el precepto, cuando la PF autora de la infracción fuera el empleado o dependiente de la PJ sometido a la autoridad de los sujetos ya citados, resultaba necesario constatar que existió un defecto de "control" sobre estos autores que posibilitó la comisión del ilícito.

Se trata, evidentemente, de un tema que habrá de resultar vertebral en el enjuiciamiento de la RPPJ y al que se referirá esa actividad trascendental, a la que volveremos a aludir, del instrumento denominado "compliance", protocolo de cumplimiento o de control, dentro de la PJ, tendente en concreto a establecer los oportunos mecanismos de vigilancia para prevenir y evitar la presencia del delito en el seno de la misma.[605]

De ahí también la enorme importancia, dentro ya del ámbito de lo procesal, de determinar a quién corresponde la acreditación de la suficiencia o insuficiencia del

---

[602] No obstante, en mi opinión, considerar que pudiera interpretarse, en el caso del delito cometido por el representante o el administrador, no fuera necesaria ninguna referencia al "comportamiento" propio de la PJ significaría optar por *"...un supuesto de responsabilidad objetiva, absolutamente proscrita en el ámbito penal"* [Vid. MAZA MARTÍN, J.M., "Los delitos de carácter económico en la persona Jurídica", en "Responsabilidad penal de Personas Jurídicas en la Gestión económica de la Empresa", Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pag. 68].

[603] Sin embargo, para FEIJOO SÁNCHEZ, B., analizando la versión originaria del art. 31 bis CP, *"...en caso de que un administrador o representante legal o un número reducido de administradores o representantes legales cometieran el hecho delictivo, dicha actuación podría no considerarse un injusto de la empresa que genere responsabilidad penal de la persona jurídica siempre que se hayan desarrollado estrategias de gestión o modelos organizativos tendentes a evitar eficazmente este tipo de situaciones",* [Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B. "Estudios sobre la reforma del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero", Ed. Civitas/Aranzadi", Cizur Menor (Navarra), 2011, pag. 106].

[604] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", Ed. B de F, Buenos Aires, 2010, pag. 485.

[605] Lo que resulta en todo caso imprescindible puesto que *"...para un derecho penal que quiera seguir siendo fiel a sus más elementales principios no deja de ser una exigencia principal la búsqueda de aquello que pueda constituir el núcleo del injusto específico, fundamentador (junto a la culpabilidad9de la responsabilidad penal propia de la persona jurídica, con base en su hecho propio y no por el inevitable hecho de referencia"*, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", De la Cuesta Azamendi, J.L. (Dtor.) y De la Mata Barranco, N.J., (Coord.), ED. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pag. 70.
JIMÉNEZ CARBAYO, V., "La valoración de los delitos en un programa de cmpliance. El método de Mosler como método de análisis y evaluación de los riesgos penales", Diario La Ley num. 8973, 5 de Mayo de 2017.

"*control*" como elemento clave para la afirmación de la RPPJ en relación con el delito cometido por la persona que de su autoridad depende.[606]

Polémica que no obstante, vista desde la perspectiva de la tipicidad, a mi juicio quedaría claramente resuelta en el sentido de que, al tratarse el defecto de "control" de un elemento integrante del tipo delictivo propio de la PJ y por ende vinculado a la presunción de inocencia[607], la obligación acerca de su probanza, así como su alegación, correspondería en todo caso a quien ejerce la acusación, frente a ciertas interpretaciones, como la protagonizada por la, tan importante como para mí desafortunada, Circular de la FGE 1/2011 que, partiendo del "a priori" de que la mera existencia del hecho delictivo supondría un principio de evidencia del "descontrol" por parte de la PJ, descargaba sobre la Defensa de ésta la obligación de la prueba del actuar diligente de sus responsables, de acuerdo con la redacción literal originaria del art. 31 bis (LO 5/2010).

Error que era consecuencia, en mi opinión, de una equivocada comprensión de la estructura típica de la RPPJ y de que la consideración de la ausencia del "debido control" por parte de ésta tendría que ser, en todo caso, el verdadero elemento integrante de su conducta infractora.

En cualquier caso, dejemos firme constancia de este dato de la necesidad de concurrencia, para la exigencia de RPPJ, de esa ausencia del "control" debido, hoy en relación tanto con el delito llevado a cabo por el sometido a la autoridad como por el propio representante, a partir de la reforma de la LO 1/2015, que en este punto resulta trascendental, como tendremos oportunidad de ver más adelante.[608]

Y en este sentido dice la STS 154/2016:

> *"…el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre*

[606]En tanto que la interpretación que atribuye la RPPJ sin necesidad de acreditación alguna del "comportamiento" propio de ésta, en el caso de delitos cometidos por representantes o administradores, afectaría definitivamente y en forma negativa el ejercicio del derecho de defensa de la PJ, [Vid. MAZA MARTÍN, J.M., "Los delitos de carácter económico en la persona Jurídica", en "Responsabilidad penal de Personas Jurídicas en la Gestión económica de la Empresa", Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pag. 68].

[607] LASCURAÍN, J.A., "Compliance, debido control y unos refrescos", en "El Derecho Penal económico en la era compliance", Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (Dtores.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pag. 122.

[608] También se pronunciaba a favor de una interpretación similar, incluso con la norma precedente, LASCURAÍN, J.A., "Compliance, debido control y unos refrescos", en "El Derecho Penal económico en la era compliance", Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (Dtores.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pag. 120.

la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización.

Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 parr. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica.

*Y ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual art. 31 bis 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física.***"**

- A continuación, el siguiente interrogante, en nuestra línea discursiva, se suscita a propósito de determinar con qué criterios ha de valorarse la suficiencia, o no, de dicha función de "control" a fin de que pueda deducirse cabalmente la RPPJ.[609]

[609] Función de "control" que, de incumplirse, puede ser asimilada a una especie de "culpa in vigilando". Entre muchos, por ej., CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F., "responsabilidad penal de personas

Y para ello, a su vez, resultará imprescindible marcar los límites de las posibilidades de controlar a sus dependientes que nuestro ordenamiento otorga a la PJ, porque, lógicamente, no podrá exigirse semejante responsabilidad con base en incumplimiento de facultades que la propia Ley no le permite.[610]

Un supuesto obvio y de mucha importancia práctica de lo que estamos diciendo sería el de las posibilidades de intervención y vigilancia de la PJ en referencia con el uso, por parte de sus empleados, de las herramientas informáticas puestas a su disposición para el desempeño de las actividades sociales que tienen encomendadas.

Porque como punto de partida obligado de la valoración propia de esta clase de enjuiciamiento siempre habrá de tenerse en cuenta esta delimitación de las posibilidades de interferencia de los instrumentos de "control" en la actuación del trabajador con la finalidad exigida de prevención y evitación de la comisión de delitos que en el mencionado supuesto de la utilización de lo informático ofrece hoy unos claros pronunciamientos jurisprudenciales de la Sala de lo Social del TS, en la materia que le es propia, de cara a la persecución y acreditación de las posibles infracciones laborales[611] e incluso del propio TC[612], estableciendo unos criterios claramente permisivos respecto de esa amplitud del control ejercido por el empleador, en tanto que dueño de la herramienta informática y del tiempo de actividad retribuida de su empleado, usuario de tales instrumentos..

Mientras que la Sala de lo Penal del mismo Alto Tribunal se ha pronunciado [613] en un sentido restrictivo, en cuanto al valor probatorio de la información obtenida mediante una intervención de los mensajes electrónicos, siempre que se encuentren en curso, a la que niega ese valor de prueba válida por carecer de la necesaria cobertura y control judicial (art. 18.3 CR), si bien exclusivamente en lo que al enjuiciamientos de delitos se refiere.

Se trata de una situación paradójica y contradictoria, al menos aparentemente, que podemos concretar en los siguientes puntos:

---

jurídicas", en "Comentarios a la Reforma Penal de 2010", F.J. Álvarez García y J.L González Cussac (Dtores.), Tiranto lo Blanch, Valencia, 2010, pag. 63.

[610] Vid. GÓMEZ MARTÍN, V., "Compliance y derechos del trabajador. Especialmente derecho a la protección de datos y whistleblowing" y MASCHMANN, F., "Compliance y derechos del trabajador", en "Compliance y teoría del Derecho Penal", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

[611] SsTS (Sala 4ª) de 26 de Septiembre de 2007, 1 de Marzo y 28 de Septiembre de 2011, por ej.

[612] SsTC 17 de Diciembre de 2012 y 7 de Octubre de 2013.

[613] STS de 26 de Junio de 2014.

1º.- El valor probatorio, en el terreno laboral, de las informaciones obtenidas como consecuencia de controles llevados a cabo por el empleador sobre todo el contenido del ordenador de su empleado.

2º.- La ausencia de ese valor en orden a la acreditación de la comisión por el empleado de una infracción delictiva, siempre que se trate de una intervención de correo electrónico en curso (no abierto por el destinatario) y que se carezca de autorización y control judicial.

3º.- Todo ello supone que la actuación del empresario en tal caso es plenamente factible y sin ningún carácter delictivo, pues su práctica está admitida por la jurisdicción laboral, pero la información con ella obtenida carecería de valor alguno como prueba en un procedimiento penal, al no disponer de autorización y control judicial.

Por lo tanto, valga el anterior ejemplo para evidenciar que una primera cuestión a la hora de valorar la dimensión real de este elemento típico de la conducta infractora de la PJ, habrá de ser la de la determinación de las posibilidades y los límites de las facultades de control que corresponden a la misma, dado que éstas no son en modo alguno ilimitadas.

Posibilidades, tanto legales como fácticas, sobre las que, en un paso adelante más, deberá establecerse, con meros criterios de racionalidad, el grado de suficiencia de ese exigible "control", al margen de la efectividad del mismo en el caso concreto.[614]

Pues, de no hacerse así, correríamos, como más adelante se verá, un claro riesgo de introducir, en estos casos, una suerte de responsabilidad automática, objetiva, evidentemente proscrita en nuestro sistema penal, por el solo hecho de la existencia del delito cometido por la PF.

Frente a todo ello pretende salir al paso, precisamente, la reforma de la LO 1/2015, cuando procede a una entera modificación de lo que en la actualidad es el contenido del apartado 1 del artículo 31 bis para convertirse en un nuevo 31 bis dedicado exclusivamente a describir las exigencias legales necesarias para atribuir

[614] En este sentido números autores, que más adelante se citarán. Entre ellos, por ej., LASCURAÍN, J.A., "Compliance, debido control y unos refrescos", en "El Derecho Penal económico en la era compliance", Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (Dtores.), Ed. Tiranto lo Blanch, Valencia, 2013, pag. 125.

responsabilidad a la PJ por los delitos cometidos por sus representantes, administradores o personal subordinado a los mismos, a partir de la existencia, o no, de esos mecanismos de control, tanto sobre el primero como el segundo de los grupos de las PF citadas.[615]

Enumeración de requisitos exhaustiva, de dudoso acierto técnico legislativo que no es el caso de abordar en este momento por encontrarse todavía pendiente de interpretación jurisprudencial y toda vez que será objeto de análisis de nuevo más adelante, que, en cualquier caso, aporta elementos de valoración vinculados con un enjuiciamiento "culpabilístico" de la RPPJ, que le distancian del peligro de anteriores interpretaciones excesivamente "objetivistas" como la seguida por la mentada CFGE 1/2011[616].

Debiendo, no obstante, adelantar desde aquí que, según la STS 154/2016:

"*No en vano se advierte cómo la recientísima Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de Enero, al margen de otras consideraciones cuestionables, hace repetida y expresa mención a la "cultura ética empresarial" o "cultura corporativa de respeto a la Ley" (pág. 39), "cultura de cumplimiento" (pág. 63), etc., informadoras de los mecanismos de prevención de la comisión de delitos en su seno, como dato determinante a la hora de establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica, independientemente incluso del cumplimiento estricto de los requisitos previstos en el Código Penal de cara a la existencia de la causa de exención de la responsabilidad a la que alude el apartado 2 del actual artículo 31 bis CP.*

Y si bien es cierto que, en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida "cultura de cumplimiento" que la norma penal persigue, lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como

[615]Así, en el Preámbulo de la LO 1/2015 leemos: *"La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal.*
Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales."

[616] PÉREZ GÓMEZ, R., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. El corporate compliance", Revista de Derecho vLex, num. 136, Septiembre 2015, pag. 3.

obligación ineludible, sobre la sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una hetero responsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial, a los que expresamente se refiere el mismo Legislador, en el Preámbulo de la Ley 1/2015 para rechazarlos, fijando como uno de los principales objetivos de la reforma la aclaración de este extremo.

Lo que no concebiríamos en modo alguno si de la responsabilidad de la persona física estuviéramos hablando, es decir, el hecho de que estuviera obligada a acreditar la inexistencia de los elementos de los que se deriva su responsabilidad, la ausencia del exigible deber de cuidado en el caso de las conductas imprudentes, por ejemplo, no puede lógicamente predicarse de la responsabilidad de la persona jurídica, una vez que nuestro Legislador ha optado por atribuir a ésta una responsabilidad de tal carácter.

Y ello al margen de las dificultades que, en la práctica del enjuiciamiento de esta clase de responsabilidades, se derivarían, caso de optar por un sistema de responsabilidad por transferencia, en aquellos supuestos, contemplados en la propia norma con una clara vocación de atribuir a la entidad la responsabilidad por el hecho propio, en los que puede declararse su responsabilidad con independencia de que "...la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella" (art. 31 ter 1 CP) y, por supuesto, considerando semejante responsabilidad con absoluta incomunicación respecto de la existencia de circunstancias que afecten a la culpabilidad o agraven la responsabilidad de la persona física, que no excluirán ni modificarán en ningún caso la responsabilidad penal de la organización (art. 31 ter 2 CP).

El hecho de que la mera acreditación de la existencia de un hecho descrito como delito, sin poder constatar su autoría o, en el caso de la concurrencia de una eximente psíquica, sin que tan siquiera pudiera calificarse propiamente como delito, por falta de culpabilidad, pudiera conducir directamente a la declaración de responsabilidad de la persona jurídica, nos abocaría a un régimen penal de

responsabilidad objetiva que, en nuestro sistema, no tiene cabida.

De lo que se colige que el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión.

Pues bien, como ya se dijo y centrándonos en el caso presente, la acreditada ausencia absoluta de instrumentos para la prevención de delitos en TRANSPINELO hace que, como consecuencia de la infracción contra la salud pública cometida por sus representantes, surja la responsabilidad penal para esta persona jurídica."

Finalmente, hay que señalar cómo con la reforma del 2015 se ha producido una restricción de los supuestos de RPPJ al exigir ya no la existencia de un "debido control" por parte de la PJ, sino que los superiores del subordinado hayan *"incumplido gravemente"… "los deberes de supervisión vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso."*[617]

3.5. ELEMENTOS PARA UNA TEORÍA DEL DELITO COMETIDO POR LA PJ.

Ya se ha señalado en páginas anteriores, la importante singularidad de la RPPJ, que nos fuerza a construir una verdadera "teoría del delito"[618] innovadora y adaptada a este nuevo régimen de responsabilidad[619], en la que resultará capital la búsqueda de ajustes que,

[617] ALONSO MONFORTE, J.Mª., "La reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de Marzo", en "Cuestiones técnicas y prácticas relacionadas con el sector público en el ámbito penal", Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, Madrid 2015 (Abril), pag. 5.

[618] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p.73).

[619] Recordemos cómo la STS de 29 de Julio de 2009 aún se afirmaba: *"No parece plausible hablar de una conducta humana atribuible a la propia persona jurídica; ni tampoco realizar un reproche ético social, con base en el principio de culpabilidad, a un ente que no es una persona física; ni resulta muy factible imponerle a una persona jurídica cierta clase penas, ni que cargue con el lastre de cumplir otras por actos que*

con las inevitables modificaciones propias de este nuevo sujeto penal, cumplan respetuosamente con los principios rectores generales del sistema a la hora de rediseñar conceptos tan fundamentales como los de antijuridicidad o culpabilidad.[620]

Problemas, por tanto, como los que suscita este nuevo régimen legal, desde la tradición de un sistema penal exclusivamente antropocéntrico[621], en orden al reconocimiento en el caso de la PJ de una capacidad de "acción", "de culpabilidad" y "para sufrir penas" o incluso el propio fundamento de la sanción penal aplicable a la misma, pasando por la correcta identificación de la descripción típica de la conducta delictiva de la propia PJ, que vamos a intentar abordar, en sus aspectos más relevantes y con la extensión que un trabajo como éste nos permite, en las líneas que siguen.[622]

3.5.1. El tipo de injusto en la RPPJ.

Una vez vistos hasta aquí los que tan sólo han de entenderse como requisitos, presupuestos o elementos, exigidos para el nacimiento de la RPPJ[623], sin perjuicio de lo que luego se dirá acerca de su relación con el elemento de culpabilidad de ésta, debemos ahora precisar algunos aspectos relacionados con el tipo de injusto de la PJ, comenzando por la cuestión relativa a cuál es el "tipo" de la infracción atribuible a la PJ, ¿dónde encontramos realmente la descripción típica de la conducta punible de la PJ?, que no es una cuestión menor, ni mucho menos, ni resulta a mi juicio tan evidente como parece dar por supuesto una gran parte de la doctrina.[624]

---

personalmente no ha realizado, sin olvidar las consecuencias indirectas que conlleva la imposición de una pena a sujetos integrantes de una sociedad que no han tomado parte en el comportamiento delictivo.".

620 BAJO FERNÁNDEZ, M, en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas". Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 25.

621 BACIGALUPO SAGESSE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)", Diario La Ley num. 7541, 5 Ene. 2011, pag. 3 y RODRÍGUEZ RAMOS, L., "¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)". Diario La Ley, num. 7561, 3 de Feb. 2011, pag. 5.

622 DE RIVAS VERDE-MONTENEGRO, C. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: problemas dogmáticos y soluciones legislativas", Diario La Ley num. 75, Oct. 2010, pag. 3.

623 *"Fundamento de la RPPJ: falta de medidas de control más falta de cultura de cumplimiento de la legalidad"*, [Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura", Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pag. 70].

624 Vid., por ej., RODRÍGUEZ RAMOS, L., "¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)". Diario La Ley, num. 7561, 3 de Feb. 2011, pag. 2. Y del mismo autor "Sobre la culpabilidad de las personas

3.5.1.1. La conducta propia de la PJ: injusto y problemas de tipicidad:

Es frecuente afirmar que el delito (en cuanto acción típica) cometido por la PJ y del que se deriva su responsabilidad penal no es otro que el realizado por la PF, en cualquiera de las dos vías establecidas como ejecución de las diferentes PPFF que ya hemos descrito, es decir, la infracción concreta de las incluidas en el catálogo específico incluido en el Libro II del CP ejecutadas por el representante o los administradores o por los empleados de la empresa.[625]

De acuerdo con un planteamiento semejante, la PJ sería responsable de los delitos contra la Hacienda Pública, contra el medio ambiente, la estafa, etc. materialmente ejecutados por la PF vinculada a ella.[626]

En esta construcción, ampliamente admitida, el significado del art. 31 bis no sería otro que el de la descripción de una forma de participación en esas infracciones, atribuible a la PJ.[627]

Avalarían semejante tesis argumentos tan poderosos como el de la ubicación del precepto referido, en la Parte General, Libro I, de nuestro CP, en su Título II (*"De las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas"*) o la literalidad tanto de los artículos dentro de la Parte Especial, Libro II, que hacen referencia a la posibilidad de RPPJ, al insistir en que *"Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en esta Sección....."*, u otras fórmulas análogas a ésta, como la del propio comienzo del párr. primero del apdo. 1 del art. 31

---

jurídicas (Al hilo de las SSTS 514/2015, 154 y 221/2016", en Diario La Ley num. 8766, de 20 de Mayo de 2016, donde reitera su interesante tesis de que nos hallamos ante una forma de participación, cooperación necesaria, por cmisión por omisión culposa en el delito de la PF. Con lo que, para mí, se está construyendo en realidad una figura delictiva autónoma y propia de la PJ, aplicable a cada uno de los supuestos concretos del Libro II CP. Se afirma en dicho trabajo: *"...configurándose la participación omisiva, que coopera necesariamente con la comisión del delito por la persona física, como una "culpa in constituendo" (defecto de organización) o "In operando – eligendo, instruendo vel vigilando"- (defecto de gestión o de funcionamiento), con la intensidad de imprudencia grave"* (pag. 14).

625 *"El modelo español de responsabilidad corporativa se caracteriza por ser un modelo de co-responsabilidad en el que cada uno de los responsables del mismo hecho lo son por razones normativas distintas. Esa es la razón por la que tanto la exclusión como la atenuación de dicha responsabilidad se rige por parámetros diferentes"* [Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el Código Penal español", Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2016, pag. 82].
Y también en la misma línea, por ej., DE URBANO CASTRILLO, E., "El impacto de la reforma del Código Penal, en relación a las personas jurídicas". Diario La Ley num. 61, Jun. 2009, pag. 6.

626 ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. "Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de Junio)". Diario La Ley num. 76, Nov. 2010, pag. 6.

627 RODRÍGUEZ RAMOS, L., "¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)". Diario La Ley, num. 7561, 3 de Feb. 2011, pag. 9.

bis:*"…las persona jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas…"*[628]

Así mismo, ello guardaría relación directa con la afirmación de la inexistencia del "hecho propio" de la PJ.[629]

Pero tal interpretación choca, en mi opinión, frontalmente con disposiciones básicas de nuestro ordenamiento y plantea problemas de aplicación prácticamente insolubles de carácter normativo, además de introducir importantes elementos de confusión a la hora de interpretar este régimen de RPPJ, que convendría superar desde el momento mismo de la identificación del tipo penal, o conducta delictiva, al que nos estamos realmente refiriendo.[630]

En efecto, de seguir el criterio general de que el ilícito cometido, en cada caso, por la PJ no es otro que el mismo que comete la PF, nos resultará, en primer lugar, harto difícil delimitar ambas responsabilidades y su régimen respectivo, deslizándonos peligrosamente a la aplicación del criterio de "atribución" a la hora de determinar el mecanismo de imputación para la PJ.[631]

Se originará, además, una verdadera ficción pues, como es obvio, la "acción" ejecutada por la PJ, si se nos permite tal denominación como veremos algo equívoca en comparación con su referente en la PF, no se identifica con la descrita en el tipo especial de que se trate, ya que evidentemente no realiza la acción constitutiva de la estafa, ni distribuye pornografía infantil, ni es ella la que lleva a cabo actos contrarios al medio ambiente, etc., es decir, *"No puede existir una coincidencia absoluta entre el hecho de imputación de la*

[628] También alude a ello FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el Código Penal español", Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2016, pag. 101, afirmando que si no no resultaría justificable la diferencia punitiva para la PJ dependiendo de la infracción concreta deque se trate. Argumento que no me resulta del todo convincente, máxime cuando se advierte que la estructura sancionadora es siempre la misma en todos los casos, con pequeñas variantes como la de distinguir entre las multas por cuotas diarias o proporcionales.

[629] DEL ROSAL BLASCO, B. "Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa". Diario LA Ley num. 7670, 2011 y ROBLES PLANAS, R. " Pena y persona jurídica: crítica del art. 31 bis CP". Diario La Ley num. 7705, 29 Sept. 2011.

[630] CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F., en "Comentarios a la Reforma Penal de 2010", dirigidos por ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., pags. 55 y 56. Ed Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pag. 73.

[631] Criterio que no obstante ha sido ampliamente defendido por parte de la doctrina y de modo especialmente singular por la propia CFGE 1/2011, aun contraviniendo con ello la doctrina constitucional. Vid., por ej., la STC125/2001, de 4 de Junio que viene a consagrar, con base en el art. 25.1 de la CE, y en relación con el principio de personalidad de la pena, la imposibilidad de responsabilidad por los hechos cometidos por otro.

responsabilidad individual y de la responsabilidad corporativa."[632]

Mientras que, de entender que su intervención es de mero partícipe en esas conductas, habría que identificar ante qué clase de forma participativa nos hallamos pues no parece ajustarse, con propiedad, ni a la figura de la cooperación necesaria, ni a la complicidad, mucho menos aún a la inducción.

En este caso la única solución, como algunos sostienen[633], sería la de calificar esa intervención en el delito cometido por la PF como de autoría por omisión impropia, comisión por omisión de naturaleza imprudente, por incumplimiento de un especial deber de garante, configurado de forma específica y al margen de las previsiones del art. 11 CP (*"participación en el delito de otro por omisión imprudente"*), en el propio art. 31 bis.

Pero una tal interpretación suscitaría, a su vez, un serio problema en relación con el art. 12 CP, toda vez que en el mismo se dispone que *"Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley."*

Y por tanto, más allá de la ausencia de esa habilitación legal expresa de la forma imprudente de comisión en la práctica totalidad de los delitos en los que se prevé la posibilidad de la RPPJ (excepción hecha exclusivamente de la financiación del terrorismo), resultaría harto difícil de justificar el que en infracciones en las que el Legislador no considera la viabilidad de la figura imprudente para la comisión del ilícito por la PF, en la concreta descripción típica del delito, sí que estaría justificada semejante hipótesis para el caso de la autoría u otra forma de participación por parte de la PJ, con base en el propio art. 31 bis, llegando a un sinsentido carente de fundamento de fondo, además de implicar otras posibles contravenciones de principios básicos como el de proporcionalidad.[634]

Por otro lado, a la hora de establecer las bases para afirmar la culpabilidad de la PJ, la tesis generalizada podría incurrir en la configuración de una anómala *"responsabilidad por el hecho ajeno"*, impropia de nuestro sistema por extraña a los principios rectores de la responsabilidad penal, ya que se estaría haciendo responder a la PJ como autora del hecho

[632] FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el Código Penal español", Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2016, pag. 50.
[633] RODRÍGUEZ RAMOS, L., como ejemplo destacado.
[634] DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", De la Cuesta Azamendi, J.L. (Dtor.) y De la Mata Barranco, N.J., (Coord.), ED. Aranzadi,Cizur Menor (Navarra), 2013, pag. 73.

realmente cometido por la PF a ella vinculada.[635]

A este respecto, con plena conciencia del problema que se plantea e intentando abordarlo aunque sin llegar a dar el paso que aquí se ofrece como solución, al identificar el tipo delictivo de la PJ con la previsión incluida en el art. 31 bis.1 exclusivamente, se ha dicho que *"Para la exigencia de la responsabilidad penal a una persona jurídica no basta con que la acción delictiva se realice por un administrador o representante legal y que concurran los elementos de conexión que han sido examinados, sino que se requiere algo más, aunque el párrafo primero del apartado primero del art. 31 bis lo silencie: la culpabilidad de la persona jurídica, ya que se trata -conviene reiterarlo- de una responsabilidad propia, es decir de la entidad por actos suyos y no de otros (si bien es cierto que la responsabilidad de la sociedad está condicionada a que otro –en este caso, el administrador o representante legal- delinca, pero ello constituye una cuestión distinta)"*.[636]

Señalemos, en este punto, que la propia Exposición de motivos de la LO 1/2015, en su apartado III afirma que con las modificaciones que se introducen *"...se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial..."*[637]

Por todo ello, desde aquí reitero que la interpretación más adecuada en este extremo capital, para la dogmática y la práctica interpretativa del enjuiciamiento de la conducta de la PJ, es la de considerar que el "tipo" que describe realmente la acción delictiva de ésta, del que habremos de partir para el correcto entendimiento de su responsabilidad penal, no puede ser otro, a pesar de las indudables dificultades que la sistemática y la dicción literal de la norma provocan, que el descrito en el propio art. 31 bis CP[638], si bien integrando en él el

[635] ZUGALDÍA ESPINAR, J.M, "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el art. 129 del Código Penal)", en "El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz". Aranzadi, Pamplona, 2001, pag. 902.

[636] GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N. y JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor, Diario La Ley num. 7501, 3 Nov. 2010.

[637] En clara referencia, a mi juicio, a los planteamientos contenidos en la CFGE 1/2011.

[638] Desde un punto de vista finalmente crítico a este planteamiento, se nos dice *"Si se parte de otra idea –las empresas cometen delitos; es decir son autoras o partícipes conforme a lo que disponen los arts. 27, 28 o 29 CP- en seguida se tendrá que abordar una ardua -¡hercúlea!- tarea que, si se es coherente, acabará posiblemente por concluir que existe un nuevo ilícito penal (un nuevo delito), que es de omisión (no impedir la comisión de otro delito), que puede ser doloso o culposo (en el sentido de que la omisión de las medidas de cautela de la empresa puede haber sido consciente y voluntaria o desidiosa y confiada: el elemento volitivo hay que referirlo no al delito cometido por la persona física, sino a la omisión del deber de cuidado e incumplimiento de las cautelas anudadas a la posición de garante de la empresa) y que sólo puede ser cometido por personas jurídicas. Y desde esa concepción vendrá de la mano una pléyade de atormentados*

hecho típico cometido por la PF, pero sólo con el carácter de mero presupuesto, como venimos repitiendo.[639]

Y que, por lo tanto, la acción típica infractora cometida por la PJ es la integrada por los elementos o requisitos que hemos enumerado en los apartados anteriores, es decir y resumiendo, que la PJ no comete la estafa o el delito contra el medio ambiente, sino el delito consistente en la ausencia de "control" exigible, que hace posible la comisión, por la PF, del delito concreto tipificado en la Parte Especial del CP, que pasaría a convertirse en un simple requisito, o presupuesto, más para afirmar la RPPJ.[640]

Tal es la tesis claramente elegida por la STS 154/2016 como ya tuvimos oportunidad de comprobar y *"No se puede ocultar que, de consolidarse jurisprudencialmente este criterio, su principal ventaja sería la de la posibilidad de que, si la acusación no es capaz de demostrar la ausencia de medidas eficaces de prevención de delitos, no se llegue a abrir la causa penal o, de abrirse, que ésta pueda quedar sobreseída en un estadio muy temprano de las diligencias de investigación, por no ser el hecho penalmente relevante."*[641]

Esto es así con claridad, en el momento actual y tras la reforma de la LO 1/2015, tanto en lo que se refiere al segundo de los supuestos contemplados en el precepto de referencia (infracción cometida por el sometido a la autoridad de los órganos sociales),

---

problemas", "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Notas con ocasión de la Reforma de 2015." Revista del Ministerio Fiscal 0 (2015), pag. 219.

[639] BAJO FERNÁNDEZ, M, en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas". Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 34 y PÉREZ MACHÍO, A.I. "Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", José Luis de la Cuesta Arzamendi (Dir.) y Norberto J. de la mata Barranco (Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2013, pag. 33.

[640] Postura que, entre otros, ya ha defendido con singular rigor ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. "Vigencia del principio Societas delinquere potest en el moderno derecho penal español", en "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada". Valencia 2001, pag 248.

[641] DEL ROSAL BLASCO, B., "Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y sobre la Circular num. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado", Diario La Ley nº 8732, 1 de Abril de 2016, pag. 5. También GÓMEZ-JARA, que distingue claramente entre la ausencia o insuficiencia de las medidas de control, que corresponden al tipo de injusto, y la cultura de cumplimiento de la legalidad, que sería el núcleo de la culpabilidad, posición que comparto aunque no las consecuencias que de tal diferenciación se extraen en orden a la "distribución" de la carga probatoria pues, para mí, ambas cuestiones habrían de ser objeto de acreditación por la Acusación [Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura", Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pags. 86 y ss. Esta opinión, de GÓMEZ-JARA, a la que no hay que negarle su clara intención "conciliadora" entre las tesis del pronunciamiento mayoritario y el Voto Particular de la STS 154/2016, de 29 de Febrero, ya se expuso embrionariamente por su autor en "El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora", Diario La Ley, num. 8724, 17 de Marzo de 2016. Vid así mismo apdo. 3.9.1.3.].

como respecto de la previsión relativa a los representantes o administradores de la PJ[642], lo que nos obliga a un esfuerzo específico para la configuración de la conducta típica de la PJ, íntimamente vinculado con los aspectos relativos a la determinación de su culpabilidad de los que habremos de ocuparnos en el lugar oportuno.

Baste adelantar al respecto, en este momento, que, desde el punto de vista objetivo de la tipicidad literal, también en este segundo supuesto, dicho "tipo objetivo" se concretaría[643], a partir de la comisión del hecho delictivo por el representante o administrador, cuando ésta se produzca con ocasión del ejercicio de sus facultades representativas o de gestión en relación con la PJ de referencia, pero siempre que se dé también la nota de concreta acreditación de la ausencia del necesario control exigible a la PJ en cuanto a sus representantes y administradores.[644]

Sólo a partir de un planteamiento como el que aquí sostenemos acerca de la verdadera tipicidad de la RPPJ, nos será posible ensayar más adelante una teoría de la culpabilidad adaptada, con cierta coherencia y universalidad, a supuesto tan complejo como el del régimen de RPPJ, desde el respeto mínimo a los axiomas rectores de nuestro ordenamiento en materia de responsabilidad penal, como podremos comprobar en su momento.[645]

De hecho, otra posible interpretación, como la seguida por gran parte de la doctrina a la que ya hemos hecho reiterada referencia, en el sentido de que la conducta típica de la PJ sería la contenida en cada uno de los supuestos de la parte especial, materialmente cometidos por la PF y relacionada con una forma de participación delictiva de la PJ: la descrita en el art. 31 bis, resultaría incapaz de integrar elemento tan esencial como el de la necesaria *"acción"* ilícita, impensable en relación con las figuras concretas típicas del catálogo generador de RPPJ, de acuerdo con lo que seguidamente se expondrá.

Por no reiterar una vez más nuestra postura radicalmente contraria a quienes incluso llegan a negar siquiera una forma participativa propia de la PJ, afirmando una especie de

---

[642] SÁNCHEZ MELAR, Julián. "Los títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tras la reforma de 2015" (en prensa).
[643] De manera ya incuestionable tras la reforma operada por la LO 1/2015.
[644] PÉREZ MACHÍO, A.I. "Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", José Luis de la Cuesta Arzamendi (Dir.) y Norberto J. de la mata Barranco (Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2013, pag. 35.
[645] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas". Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pags. 128 y ss.

responsabilidad objetiva por el hecho ajeno, el de la PF, atribuida a la primera de manera prácticamente automática[646], lo que en modo alguno se compadece con las más elementales exigencias constitucionales en materia de aplicación de sanciones.[647]

Y no se acabarían aquí tampoco los frutos positivos derivados de la identificación de la conducta típica de la persona jurídica con la ausencia de control suficiente sobre los miembros que la integran ya que, por ejemplo, ello nos permitiría igualmente superar la polémica acerca de la existencia de un catálogo cerrado de infracciones cometidas por la PF susceptibles de ser fuente de responsabilidad para la PJ[648], otorgando a los Tribunales de Justicia la posibilidad de examinar, en cada caso concreto, las razones debidamente fundadas que aconsejen derivar esa concreta responsabilidad, sin limitaciones típicas de clase alguna.

Solución, no obstante, que en el momento actual como es obvio, y con estricto respeto al principio de legalidad, resulta imposible de alcanzar por vía interpretativa y requeriría una reforma legal en profundidad, que de una vez configure el delito de la PJ como un tipo específico incorporado a la parte especial del CP, a semejanza de lo que ocurre en el DP alemán[649]. Lo que daría fin, a mi juicio, a varios de los problemas que hoy suscita el régimen legal de RPPJ.

En definitiva, el "injusto típico" de la PJ, en una concepción contraria a la de la "heterorresposabilidad", no puede ser otro que el que se corresponde con el hecho por ella misma cometido pues *"El hecho evidente de que el delito cometido por la persona física se erija en requisito imprescindible para poder afirmar posteriormente la responsabilidad de la persona jurídica, no supone el que la responsabilidad de ésta brote del hecho mismo de la infracción cometida por aquella, sino que, muy al contrario, la responsabilidad de la persona jurídica debe encontrar su anclaje en algún aspecto anómalo de su propio comportamiento, que le haga directamente tributaria de esa responsabilidad."*[650]

[646] Por ej. la CFGE 1/2011.
[647] Vid., entre otras varias, la STC 253/1993, de 20 de Julio.
[648] Vid. apdo. 3.4.4.1
[649] Que ya preveía la sanción pecuniaria de naturaleza administrativa/penal, en el parágrafo 30 del Código Contravencional Federal (OWIG).
[650] MAZA MARTÍN, J. M. "Los delitos de carácter económico en la persona jurídica", en Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Gestión económica de la Empresa". Ed. Francis Lefebvre, Madrid 2011, pag. 68.

3.5.1.2. La "acción" de la PJ como requisito imprescindible para la existencia de su responsabilidad penal.

Otra cuestión capital para la posible construcción de un régimen de RPPJ acorde con los esquemas básicos, e indeclinables, del DP es la de la afirmación de que la PJ es capaz de llevar a cabo verdaderas "acciones", atribuibles en exclusiva a la misma, y no a las PPFF que la integran. Susceptibles de constituir, por tanto, la base fáctica imprescindible para el nacimiento de una verdadera responsabilidad de carácter penal.[651]

Porque, como es evidente, sin "acción punible" no cabe hablar de consecuencias punitivas de la misma. Y por otro lado, parece claro, si pretendemos excluir la posibilidad de vulneración del principio de la *"no responsabilidad por el hecho ajeno"*, que la PJ ha de responder no por la conducta ilícita realizada por la PF, en virtud del principio de "atribución", sino por sus propios hechos y sus propios injustos, por aplicación del principio de "acción".[652]

Se trata, sin duda, de un verdadero reto, semejante al que más adelante supondrá también la construcción de una teoría de la culpabilidad de la PJ y obviamente vinculado con ésta, que algún autor no ha dudado en calificar, con evidente acierto, como *"escollo dogmático"*.[653]

Pero evidentemente la apariencia que de irresoluble puede comportar esta cuestión, en realidad no deriva sino de un "a priori", en concreto del contenido mismo que atribuyamos al concepto "acción".[654]

En efecto, *"…la concepción de la acción como una suma de movimientos corporales y de intención; de cuerpo y alma en definitiva…"*[655], de tan honda tradición en sistemas

[651] DE RIVAS VERDE-MONTENEGRO, C. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: problemas dogmáticos y soluciones legislativas", Diario La Ley num. 75, Oct. 2010, pag. 3.
[652] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Presupuestos para la conducta típica de la Persona Jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1", en "Tratado de responsabilidad penal de las Personas Jurídicas", Ed. Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 33.
[653] CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F., en "Comentarios a la Reforma Penal de 2010", dirigidos por ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. Pags. 55 y 56. Ed Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pag. 60.
[654] PÉREZ MACHÍO, A.I., "Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", De la Cuesta Azamendi, J.L. (Dtor.) y De la Mata Barranco, N.J., (Coord.), ED. Aranzadi,Cizur Menor (Navarra), 2013, pag. 26.
[655] CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F., en "Comentarios a la Reforma Penal de 2010", dirigidos por ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. Pags. 55 y 56. Ed Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pag. 61.

como el español o el alemán[656], impide toda posibilidad de reconocimiento de verdadera "capacidad de actuar" para la PJ y, con ello, bloquea, desde un principio, la eventual elaboración de una verdadera responsabilidad penal aplicable a ésta, al sostener, en definitiva, que por *"acción"* sólo puede entenderse el *"comportamiento humano voluntario"*.[657]

Por ello resulta inevitable, si realmente queremos realizar una sólida construcción dogmática del nuevo régimen de la RPPJ, superar semejante planteamiento acerca de en qué ha de consistir una *"acción"*, como por ejemplo ha venido sucediendo, sin mayores dificultades, en el Derecho anglosajón, donde sí que se reconoce tal posibilidad para la PJ.[658]

Incluso en nuestro propio ordenamiento tal aceptación de la posibilidad de "acción" de la PJ se produce diariamente en ámbitos como el patrimonial o el Administrativo sancionador, en los que responde de sus decisiones y actuaciones, sin traba alguna.[659]

En tal sentido, siguiendo la posición contraria a la posibilidad de *"acción"* de la PJ, no podría encontrarse tampoco justificación al hecho de que le fueran aplicables sanciones administrativas.[660]

Y es que *"Las personas jurídicas son sujetos de Derecho, porque el Ordenamiento jurídico les atribuye tal carácter. Y les permite firmar un contrato, adquirir derechos y obligaciones, concurrir a concursos, gestionar concesiones, celebrar negocios jurídicos de cualquier tipo. Y, lógicamente, tienen capacidad para incumplir esas obligaciones y generar*

[656] Pues no es sino *"obra del ser humano"*, como literalmente afirman JESCHECK, H-H y WEIGEND, T., "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Ed. Comares, Granada, 2002, pag. 234 o *"un producto de la exteriorización de la voluntad humana"* para RADBRUH, G. "Zur Systematic der Verbrechenslehre", Tübingen, 1930, pag. 158.

[657] En este sentido, por ej., LÓPEZ PEREGRÍN, C., "La discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 CP, once años después", en "Problemas actuales de Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profa. Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia 2008, pag. 567.

[658] Para el análisis del tratamiento en la doctrina norteamericana de esta cuestión, desde el punto de vista del reconocimiento de un "comportamiento colectivo" intencional identificable, vid. el interesante trabajo de ARTAZA VARELA, O., "La empresa como sujeto de impuración de responsabilidad penal. Fundamento y límites", ed. Marcial Pons, Madrid 2013, pags. 235 y ss., con cita extensa de los planteamientos de Foerchler (1990), Fisse (1978) y Bucy (1991).

[659] Por ej., entre otros, vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., "Vigencia de la RPPJ en el Derecho sancionador español" en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas". Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pags. 23 y ss. y ORTIZ DE URBINA, I. "Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica societas delinquere potest)", en "Compliance y Teoría del Derecho Penal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2013, pags. 271 y ss,

[660] ZUGALDÍA ESPINAR, J.M, en "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el art. 129 del Código Penal)", en "El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz". Aranzadi, Pamplona, 2001, pag. 889.

responsabilidades. Son, en fin, sujetos jurídicos plenamente independientes de las personas físicas que las componen. Su voluntad, formada a través de los procedimientos legal o estatutariamente previstos, es reconocida como tal y tiene consecuencias de todo tipo reconocidas por el Derecho."[661]

Pues bien, desde el punto de vista dogmático, ya contamos con doctrinas que sirven para fundamentar la existencia de *"acciones"* no precisadas de un movimiento corporal, tributario de una determinada intención, ni tan siquiera una inacción, entendida como omisión de ese movimiento, propios en exclusiva de la PF, doctrinas tales como la de la *"concepción significativa de la acción"*[662] que entiende la misma como un *"significado"*, siendo el *"sentido social"*, más allá del simple movimiento corporal, el que realmente otorga carácter de acción a un determinado hecho acaecido en la realidad.

Y ello a semejanza de lo que de ocurre, por ejemplo, con comportamientos de la PF, tales como la palabra o, más aún, el mero gesto, que puede ser considerado de carácter injurioso, en los que no es el movimiento corporal sino el "sentido social" lo digno de ser tenido en cuenta a la hora de hablar de *"acción punible"*.

Así, en el contexto general del fundamento de la RPPJ, y la relación con su actuar culpable, podemos afirmar *"...que, al igual que la persona física tiene una capacidad de acción que constituye la base sobre la que se construye el edificio de su responsabilidad, la persona jurídica tiene una capacidad de organización que debe servir al mismo propósito."*[663]

Podríamos estar hablando, en definitiva, de una "conducta colectiva peligrosa", que constituye *"la contribución al hecho típico por parte del sujeto colectivo."*[664]

Otra alternativa de indudable interés, para explicar el por qué y el cómo de la "capacidad de acción" de la PJ, sería aquella que sostiene que, mientras que resulta inconcebible la atribución de un comportamiento activo intencionado de estos entes,

---

[661] CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F., en "Comentarios a la Reforma Penal de 2010", dirigidos por ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. Pags. 55 y 56. Ed Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pag. 61.

[662] VIVES ANTÓN, T., "Fundamentos del sistema penal", Valencia 1996, con un Estudio preliminar a cargo de M. JIMENEZ REDONDO, pags. 33 a 98.

[663] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pag. 40.

[664] ARTAZA VARELA, O., "La empresa como sujeto de impuración de responsabilidad penal. Fundamento y límites", ed. Marcial Pons, Madrid 2013, pag. 325.

carentes de las facultades de actuar y querer propias de la PF, para evitar una concepción erróneamente basada en criterios exclusivamente antropomórficos, deberíamos situarnos en una posición favorable a la idea de que la tipicidad en la RPPJ se basa en una "participación en forma de comisión por omisión imprudente" en el delito cometido con la acción de una PF, puesto que mientras que *"La acción en sentido propio –comisión- es impensable que la protagonice una persona jurídica, separada de la conducta de las personas físicas que la componen, porque aquella carece realmente de capacidad de acción por sí misma, salvo en un sentido figurado o analógico. La omisión, en cambio, tiene una naturaleza ideal, hipotética, pues consiste en un "no hacer", en la "nada", en algo inexistente solo presente en la mente de quien la piense, y la comisión por omisión es además una inacción que, hipotéticamente conectada con un hecho pasado acaecido, se considera que hubiera abortado dicho evento de haber actuado el omisor cumpliendo un deber jurídico derivado de su posición de garante (art. 11 CP). A un "ente de razón", cual es la comisión por omisión, nada le impide ser atribuido objetivamente a la persona jurídica, a la hora de considerar si una acción u omisión de una persona física a ella vinculada hubiere o no sido posible, de haber existido una estructura organizativa distinta o funcionando la misma adecuadamente."*

De igual modo que, si aceptásemos que nos hallamos ante una comisión de carácter imprudente, no intencionado, *"Esas omisiones inconscientes, cuya existencia no es real sino hipotética basada en la experiencia, sí pueden atribuirse a la persona jurídica que es en definitiva un patrimonio separado, compuesto por diversas personas físicas en una estructura organizada, con una filosofía –cultura- propia y que trasciende la existencia de cada una de esas personas físicas que son su cabeza, su voluntad y sus brazos, es decir, que tienen una vida propia."*[665]

Nuestra opinión contraria a esa vinculación participativa entre el delito cometido por la PF y la RPPJ y partidaria de una tipicidad propia y autónoma respecto de la PJ en concepto de autora de su propia infracción, esencialmente integrada por una ausencia del debido control, que ya se expuso líneas atrás, no nos impide reconocer la brillantez de esta construcción, que tan hábilmente relaciona tipicidad y fundamento de la capacidad de acción de la PJ en el sistema de responsabilidad penal de ésta.

[665]RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)". Diario La Ley, num. 7561, 3 de Feb. 2011.

3.5.2. El componente antijurídico en la RPPJ y la construcción de una causa de justificación exonerante.

Pudiera parecer que tras todo lo que se acaba de decir a propósito de la tipicidad de la "conducta" responsable de la PJ, en especial a partir de ciertos planteamientos que aquí no se comparten, poco más cabría añadir acerca del elemento antijurídico de la misma, que en el fondo consistiría en una simple cuestión positivo-formal del todo ajena al interés práctico de este análisis. Pero nada más lejos de la realidad.

Como vamos a comprobar seguidamente, sobre el debate inicialmente teórico de esta cuestión, lo cierto es que se proyecta una perspectiva enormemente práctica que no puede dejarse de lado y que, muy al contrario, merece con creces la apertura de este paréntesis al que vamos a dedicar las líneas que siguen, para alcanzar una conclusión de gran provecho a nuestros fines, siquiera sea con la reducida pretensión de una simple reflexión.

Hay que comenzar poniendo de relieve cómo, una vez más, el nuevo régimen legal de la RPPJ nos fuerza a revisar los componentes dogmáticos de nuestro sistema penal, reabriendo uno de los debates más clásicos en el ámbito de la doctrina.[666]

Más allá de consideraciones en orden a la distinción tradicional entre antijuridicidad formal y material, que evitaremos en aras de la mayor simplificación, mientras que la tipicidad no es sino el indicador acerca de la posibilidad de subsumir el hecho en la hipótesis penal, es decir, en la descripción previa contenida en la Ley penal, la antijuridicidad, a su vez, consiste en la contrariedad del hecho con el Derecho[667], de modo que las causas que la excluyen adquieren la forma de "autorizaciones" para la realización del hecho típico.[668]

Dicho de otro modo y de nuevo en palabras del referido autor *"...la antijuridicidad lo que expresa es si el Derecho prohíbe o permite el hecho. La norma contiene mandatos, prohibiciones y autorizaciones. La antijuridicidad lo que excluye es la existencia de un permiso para realizar el hecho. Por ello la antijuridicidad es la teoría de las*

[666] Por todos vid. QUINTERO OLIVARES, G., "Curso de Derecho Penal. Parte General". Ed. Cedecs, Barcelona, 1997, pags. 239 y ss. y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA; J., "Derecho penal. Parte general II. Introducción a la teoría jurídica del delito", ed. Marcial Pons, Madrid 2002, pags. 211 y ss.
[667] LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J., "Derecho penal. Parte general II. Introducción a la teoría jurídica del delito", ed. Marcial Pons, Madrid 2002, pag. 211.
[668] BACIGALUPO ZAPATER, E., "Principios de Derecho penal. Parte general", Madrid 1998, pag. 251.

autorizaciones."[669]

Cabría por ello abrir, desde ya, un interrogante evidentemente sugestivo: ¿es posible pensar en la existencia de alguna circunstancia o dato que permita afirmar, al igual que ocurre con la comisión por la PF de un concreto hecho típico, que las conductas de la PJ descritas en la norma (art. 31 bis) podrían encontrarse autorizadas, justificadas?[670]

En el caso de la PF las causas de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, etc.) vienen expresamente recogidas entre las circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal (ex art. 20 CP[671]), con ese preciso efecto de eximir de responsabilidad al autor del hecho.

Desde antiguo, diversas son las posturas de los más prestigiosos penalistas, incluso

[669] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA; J., "Derecho penal. Parte general II. Introducción a la teoría jurídica del delito", ed. Marcial Pons, Madrid 2002, pag. 211.

[670] Vid. OBSERVATORIO DERECHO PENAL Y DELITOS ECONÓMICOS 2011 DE LA CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS - KPMG, "La culpabilidad de la persona jurídica en su régimen de responsabilidad penal en aplicación de la eximente contemplada en el apartado dos del artículo 31 bis del Código Penal", Diario La Ley, n.o núm. 8915, de 6 de Febrero de 2017, pags. 6 y ss.

[671] Art. 20 CP: *"Están exentos de responsabilidad criminal:*
1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.
El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.
2.º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.
3.º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.
4.º El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurran los requisitos siguientes:
Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso
de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.
Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.
Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.
5.º El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos:
Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.
Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.
Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.
6.º El que obre impulsado por miedo insuperable.
7.º El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.
En los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código."

en la doctrina patria, acerca de las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad.[672]

Como indica LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, desde la tesis de la absoluta independencia entre ambos conceptos, en los que el tipo es meramente descriptivo y diferente de cualquier clase de valoración, que es tarea que corresponde a la antijuridicidad (BELING), hasta la concepción que hace depender estrechamente una y otra categoría, toda vez que la tipicidad constituiría la esencia misma ("*ratio essendi*") de la antijuridicidad, por lo que el delito es la acción *"típicamente antijurídica"* (MEZGER), pasando por quienes sostienen que la tipicidad, más allá de lo simplemente descriptivo, supone un indicio de antijuridicidad ("*ratio cognoscendi*"), aunque sin identificarse plenamente con ésta (MAYER), se acabará desembocando en planteamientos más actuales[673], que explican esa relación como la existente entre la regla (*"la conducta típica por regla es antijurídica"*) y la excepción (esa misma conducta *"excepcionalmente puede estar justificada"*).[674]

Pero es quizá la doctrina que mayor utilidad puede reportarnos para lo que aquí nos interesa, la denominada *"teoría de los elementos negativos del tipo"*, que afirma la existencia en todo tipo penal tanto de elementos positivos como negativos (MERKEL, FRANK, HIRSCH, RADBRUCH, ROXIN, SAMSON, SCHÜNEMANN, MIR, GIMBERNAT, BERDUGO, etc.). En definitiva, que junto con el mandato o prohibición expresamente descrito en el tipo penal, implícitamente han de tenerse presentes, también en él, la posibilidad de elementos justificativos de la conductas, las causas de justificación que por razones de economía el Legislador no menciona negativamente en cada descripción típica, sino que las agrupa como circunstancias eximentes de carácter genérico.[675]

En efecto, esta última forma de concebir la relación entre tipicidad y antijuridicidad, nos permite reflexionar acerca de si junto a los elementos positivos que describen la tipicidad a partir de la cual nace la RPPJ, podría advertirse también la existencia de elementos negativos, datos o circunstancias, que eventualmente pudieran servir de justificación para la conducta típica de la PJ en algún caso.[676]

---

[672] Por ej., RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., "Derecho Penal Español. Parte General", Madrid, 1970, pags. 332 y ss.
[673] BACIGALUPO ZAPATER, E., "Principios de Derecho penal. Parte general", Madrid 1998, pag. 250.
[674] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA; J., "Derecho penal. Parte general II. Introducción a la teoría jurídica del delito", ed. Marcial Pons, Madrid 2002, pag. 211.
[675] QUINTERO OLIVARES, G., "Curso de Derecho Penal. Parte General". Ed. Cedecs, Barcelona, 1997, pag. 265.
[676] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA; J., "Derecho penal. Parte general II. Introducción a la teoría jurídica del delito", ed. Marcial Pons, Madrid 2002, pag. 21.

Como decía al principio de este apartado, la cuestión en modo alguno puede considerarse baladí y, más allá del interés teórico-dogmático de la misma, nos introduce directamente en el análisis de quienes consideraron desde un principio que la previa aplicación, por parte de la PJ en cuyo seno se comete el delito, de protocolos solventes de prevención de tales conductas delictivas, debiera actuar a modo de eximente de la responsabilidad penal de ésta, justificando su responsabilidad por el hecho acreditado de la propia comisión del delito por alguna de las personas relacionadas con aquella a las que la norma se refiere, es decir, excluyendo cualquier atisbo de antijuridicidad en el comportamiento de la PJ ante la presencia de esos protocolos correctamente implementados y aplicados.[677]

Tal es, a la postre, la posición que sigue el texto de la LO 1/2015 cuando en el apdo. del nuevo art. 31 bis dice que *"...la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones..."*[678]

No obstante, mi opinión al respecto no puede sino ser claramente contraria a la previsión contenida en este texto.

Y ello por varias y bien distintas razones que paso a exponer, a pesar de que soy

[677] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "La culpabilidad de la Persona Jurídica" en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 171, además de en otros textos del mismo autor anteriores a la reforma de 2015. También, aunque menos decididamente, CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F.,, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Comentarios a la Reforma Penal de 2010", dirigidos por ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L,.ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pag. 75

[678] Circunstancia que, no obstante, la CFGE 1/2016 identifica, ante la imposibilidad obvia de considerarla como causa de inimputabilidad del autor del delito ni de justificación de su comportamiento ilícito, como próxima a la excusa absolutoria, lo que a mi juicio en modo alguno resulta asumible, toda vez que la excusa ha de partir de la consideración de la existencia previa del delito que, por su concurrencia, no es punible (se excusa la punición), cuando en casos como éstos lo que se produce es la inexistencia del delito ya que la PJ actuó diligentemente en la aplicación correcta de instrumentos previos de prevención del ilícito por parte de la PF. Según MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., "Las excusas absolutorias en Derecho Español", ed. Tirant lo Blanch, monografías, num. 969, Valencia, 2014, *"...las excusas absolutorias son causas que eliminan la pena que deberían imponerse a una conducta que es típica, antijurídica y cualpable"* y evidentemente ese no es el caso de la PJ que cumple suficientemente con los requisitos contenidos en el art. 31 bis.2 CP.
También rechaza el planteamiento de la Fiscalía FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el Código Penal español", Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2016, pags. 92 y 93, que, refiriéndose además a la interpretación que contiene la CFGE 1/2016, en su apdo. 5, cuando refiere que la exclusión de responsabilidad tiene que ver con una "cultura ética empresarial" y la necesidad de demostrar un "compromiso ético", sostiene que *"Todo pasa a depender de la impresión del fiscal sobre dicho compromiso (lo cual no se diferencia mucho de enjuiciar la "catadura moral" del sospechoso). De esta manera ya no se valoran hechos, sino personalidades o formas de ser, aunque los juicios vayan referidos a personas jurídicas. Se recuperan en cierta manera las ideas deuna valoración global sobre el carácter (LAMPE)o la conducción de la actividad empresarial (HEINE) desvinculada del hecho concreto."*
No obstante también se decide por la caracterización como "excusa absolutoria" SÄNCHEZ MELGAR, J. "Los títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tras la reforma de 2015" (en prensa).

consciente de que lo que se busca no es otra cosa que el evitar, desde el momento mismo del inicio de las actuaciones judiciales, el daño reputacional que, sin duda, habrá de sufrir la PJ una vez sometida a esos trámites, buscando una exoneración y, con ella, su rápida exclusión como imputada en el procedimiento.

En definitiva, se trataría de un remedo del tratamiento que, guiado por las razones de política criminal expuestas en su momento[679], merece esta materia en otros sistemas penales, como los del ámbito anglosajón, pero ignorando las importantísimas diferencias, ya señaladas, entre nuestro procedimiento penal y el vigente en otros lugares, que aquí restan posibilidades a tales mecanismos de solución natural para cuestiones como la presente.

Es cierto en primer lugar que es la Ley, y sólo la Ley que identifica los datos descriptivos del hecho criminal como elementos positivos integrantes de la tipicidad, la fuente de creación también de ese otro reverso que son los negativos, que a su vez permiten dar cobertura justificativa, neutralizando a los primeros en su significación antijurídica.

Esto acontece, como hemos dicho, con la responsabilidad de la PF, en la que cumplen esta función las eximentes construidas a partir de las causas de justificación que, aunque enumeradas fuera de los concretos tipos penales, encuentran su formulación genérica expresa en el art. 20 CP.

E igualmente sucede con la RPPJ, tras la reforma de 2015, que incluye esa causa de exención que acabamos de transcribir y que consistiría en la constatación de la existencia, antes de la comisión del delito enjuiciado, de *"…modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión."*

Pero junto a esa previsión normativa expresa de una causa de justificación para la PJ, como ya adelanté existen en mi opinión importantes razones, de orden tanto dogmático como procesal y estrictamente práctico, que nos hacen cuestionar la posibilidad práctica de entender la existencia de los protocolos de comportamiento como una circunstancia justificativa de la RPPJ. Y, más aún, la de su eficacia como mecanismo para liberar anticipadamente a la PJ, que así lo mereciere, de los innegables "*perjuicios reputacionales*" que su sometimiento al proceso penal habrá de ocasionarle.

Me estoy refiriendo, en primer lugar, a la exigencia, derivada de un tal

[679] Vid. apdo. 3.2.

planteamiento, de que haya de ser la propia PJ la obligada a acreditar la concurrencia de las medidas de control, eficaces y eficientes, como requisito para verse exonerada de responsabilidad.

A mi juicio la existencia de "descontrol" o de ausencia de programas o medidas, suficientes y diligentemente ejecutadas por parte de los responsables de la PJ, constituye en realidad el elemento nuclear de la RPPJ, elemento descriptivo que tipifica la conducta antijurídica y que, por ello, ha de ser acreditado por la acusación.[680]

Más adelante nos enfrentaremos con esta misma cuestión, analizándola en el terreno de la culpabilidad, y creo que podremos llegar a idéntica conclusión, es decir, que el núcleo de la reprochabilidad de las conductas descritas en el art. 31.bis es, precisamente, el de la ausencia de mecanismos hábiles de vigilancia, por parte de la PJ, respecto de los actos realizados, en su seno, por las PF aludidas en ese precepto y, por ende, que su exclusión, es decir la afirmación de la existencia del control, lejos de suponer una causa de justificación significa la inexistencia del tipo penal, por ausencia de un elemento descriptivo esencial del mismo.

Evidentemente, desde el punto de vista dogmático, no podríamos entender que se trata de un supuesto de justificación, es decir, que la conducta de la PJ, por adecuarse a las exigencias legales, constituya un comportamiento amparado por una "autorización" legal para su comisión. Resulta obviamente una construcción inverosímil.[681]

En todo caso, tendríamos que acudir a la doctrina de los "hechos negativos", a la que hicimos referencia, para intentar explicar que la justificación viene dada por la existencia de un hecho de ese carácter, aunque en este caso el disponer de correctos instrumentos de control, preventivos de la comisión de delitos, no parece que pueda integrar una negación sino, antes al contrario, la afirmación de esa existencia.

Sin duda es por ello por lo que GÓMEZ-JARA[682] situaba a esta circunstancia, desde

[680] En este sentido, la STS 154/2016 afirma que: *"De lo que se colige que el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión."*

[681] RODRÍGUEZ RAMOS, L. en"Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas (Al hilo de las SSTS 514/2015, 154 y 221/2016)", en Diario La Ley num. 8766, de 20 de Mayo de 2016, sostiene que estamos ante una circunstancia que excluye la culpabilidad (pag. 14).

[682] GÓMEZ-JARA, C. Obra y lugar ya citado en la Nota 492.

un principio, en el terreno de la ausencia de culpabilidad. Pero, a mi juicio, tampoco tiene en este lugar una ubicación fácil, ni entre la no exigibilidad de una conducta distinta[683] ni, menos, aún como ausencia de capacidad de culpa/inimputabilidad[684], ni remotamente como "*excusa absolutoria*".[685]

Otra cuestión será si el hecho concreto del acaecimiento del delito, en el ámbito de la PJ, cometido por alguna de aquellas PF que se mencionan, puede ser ya entendido como principio de prueba de la ilícita conducta de aquella, necesitado de enervamiento en su dimensión incriminatoria mediante el esfuerzo probatorio de la PJ objeto de imputación. Extremo al que parece que el Legislador de 2015 ha pretendido dar alguna respuesta haciendo alusión a que basta para afirmar su idoneidad con que las medidas de vigilancia y control establecidas por la PJ sirvan "…*para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión"*, aunque no llegasen a prevenir absolutamente la comisión de los ilícitos.

Pero junto a semejante conclusión de la aplicación de una circunstancia de justificación de la RPPJ, nos hallamos simultáneamente con un escenario que no puede dejar de sorprender, al advertir que en este caso la tipicidad, la comisión del acto típico, automáticamente incorpora, sin posibilidad alguna de justificación, su antijuridicidad, de modo que ambos elementos se confunden, aproximándonos peligrosamente a un monopolio insólito de la antijuridicidad formal, derivada exclusivamente del cumplimiento de la descripción típica.

Una vez más estamos, por consiguiente, ante una situación impensable en el caso de la responsabilidad de la PF, pero que para la PJ, dadas sus características propias, quizá no pueda ser evitada, habida cuenta de la ausencia de componentes que permitan aquí poder afirmar que se actuó de manera justificada, precisamente por ese dato tan relevante como inevitable de la carencia de estructura psicológica en la PJ, lo que nos llevará directamente a abordar el que, probablemente sea, el más difícil y espinoso de los temas, que no es otro que el de la posibilidad de elaborar una teoría de la culpabilidad de la PJ.

Y, por último, permítaseme dudar, muy seriamente, de la utilidad práctica de esta causa de exención de la RPPJ, para la PJ que pretende eludir de esta forma su presencia en el

[683] Suponiendo que, contra la opinión de BACIGALUPO ZAPATER, E. mencionada en la Nota 498, entendiéramos que tal tipo de conductas entran en el terreno de la ausencia de culpabilidad y no en el de la causas de justificación.
[684] Vid. apdo. 3.5.1.4.1.
[685] Vid. Nota 576.

procedimiento penal, ya que tengo fuertes reservas de que, aun cuando en la Ley se prevea como causa de exoneración de responsabilidad el hecho de la acreditada existencia de los mecanismos de control idóneos al momento de la comisión del delito por la PF a ella vinculada, un Juez de Instrucción, con las características propias de tal figura y los principios que rigen su actuación, proceda a la exclusión de la PJ de la posición de imputado, en una fase previa de las actuaciones, en vez de remitir al tiempo y órgano competente para conocer del enjuiciamiento de los hechos, una decisión de ese calado.[686]

De nuevo hay que recordar que la verdadera solución para semejante problema sólo vendrá dada, de una manera razonable, con la reforma esencial de nuestro sistema procesal penal, introduciendo la fase previa de investigación, a cargo del Ministerio Fiscal y bajo la vigencia, al menos concreta y puntual, del principio de oportunidad, de forma que se permita un tratamiento especial para la PJ a cambio de su colaboración, sincera y eficaz, en el descubrimiento de las responsabilidades en las que hayan podido incurrir las PF que forman parte de su propia estructura.

En definitiva, con la previsión legal de tal causa de exoneración de responsabilidad se alcanza, a mi juicio y contra lo que pudiera considerarse inicialmente la finalidad pretendida, una situación de claro perjuicio para la PJ, puesto que se traslada de la acusación a la defensa la obligación de soportar la carga de la prueba del adecuado control a cambio de una más que dudosa expectativa de su exclusión del procedimiento en la fase de instrucción.[687]

Con lo que ello comporta obviamente de incidencia en la decisión alcanzada en la valoración probatoria, al tiempo del enjuiciamiento, en supuestos de duda, al tener que decantarse el criterio valorativo en contra de quien tuvo que probar la existencia de la circunstancia de justificación y no lo hizo, al menos de manera suficiente.

Recordemos, a este respecto, el contenido del Dictamen del Consejo de Estado relativo a la reforma de la LO 1/2016, cuando afirma que:

"Resulta llamativo que un precepto penal prevea expresamente que la exención de

[686] Sin embargo, hay que señalar a este respecto cómo ya se ha producido un Auto de sobreseimiento, cuestionable en su fundamentación, que exime de responsabilidad penal a una PJ, en concreto al club de fútbol Atlético Osasuna, dictado por el Juzgado de Instrucción um. 2 de Pamplona (DP 1112/2015, de 11 de Enero de 2016) y confirmado por la AP de Navarra (Apel. Autos Instrucción, um. 91/2016, Secc. 1ª, 22 de Marzo de 2016).
[687] Vid. apdo. 3.9.1.3.

responsabilidad se concederá "si se prueba que concurren ciertas condiciones (primer párrafo del apartado 2), y que sólo será de aplicación una atenuante "si las anteriores circunstancias sólo pueden ser objeto de una acreditación parcial" (último párrafo del apatado 2). Por una pate, huelga decir que todo hecho de relevancia penal ha de ser objeto de la correspondiente acreditación; en consecuencia, el precepto debería limitarse a indicar que la persona jurídica podrá quedar exenta de responsabilidad penal "si se cumplen las siguientes condiciones…", en una redacción paralela a la más más correcta del apartado 6.

Finalmente, y a mayor abindamiento, entiende el Consejo de Estado que esta deficiente redacción podría tener consecuencias indeseadas desde ewl punto de vista de la carga de la prueba que, con carácter general y dentro de los procesos penales, pesa sobre la acusación y se proyecta sobre la totalidad de los elementos de la conducta delictiva. En la redacción propuesta por el Anteproyecto, el art. 31 bis.2 del Código Penal podría llevar a la conclusión de que , debido a que la existencia del programa de compliance se erige en una circunstancia obstativa de la responsabilidad penal de la persona jurídica, tan solo a ella le incumbee la carga material de la prueba de dicho hecho impeditivo, cuando en realidad la acreditación de tales extremos (la inexistencia del programa de compliance o su inaplicación) debería recaer sobre las partes acusadoras."

Por otra parte, habrá también que señalar cómo la concurrencia de una causa de justificación que, como circunstancia eximente de su responsabilidad, concurra en la PF autora del delito, y a diferencia de lo previsto para las eximentes relativas a la culpabilidad, habrá que interpretar también ("*inclussio unus exclussius alterius*") la exclusión de la existencia de una RPPJ pues, como dice el art. 31 ter CP: *"La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente."*[688]

[688] Lo cual dogmáticamente resulta de todo punto correcto si tenemos en cuenta que *"en el hecho justificado el momento del desvalor queda excluido mientras que en el hecho inculpable no"*, DEL ROSAL, J., Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II, Madrid, 1976, pag. 835.
Dice, así mismo, en relación con este extremo, FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el Código Penal español", Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2016, pag. 105, *"…en antecedentes anteriores a la reforma mediante la LO 5/2010 de donde proviene originalmente esta redacción, como el Proyecto de enero*

Y en relación con ello tan sólo apuntar la posible polémica que pudiera suscitar, en orden a la existencia o no de RPPJ, la ejecución del hecho por la PF en situación de *"miedo insuperable"* (art. 20.6º CP), dadas las dudas que su naturaleza suscita[689], entre una caracterización relacionada con la justificación o la inimputabilidad e, incluso, con la ausencia de culpabilidad pero no por falta de capacidad de culpa sino por no exigibilidad de otra conducta.[690]

3.5.3. La culpabilidad de la PJ.

H-H JESCHECK inicia su análisis de la culpabilidad afirmando que *"El principio de culpabilidad es considerado en Alemania como el presupuesto subjetivo decisivo de la responsabilidad penal; la pena criminal sólo puede ser fundamentada sobre la comprobación de que al autor se le puede reprochar la formación de la voluntad que le condujo a la resolución delictiva y, además, aquella nunca puede ser más grave que lo que el autor se merece según su culpabilidad. El principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión de la persona."*[691]

Semejante afirmación de uno de los más preclaros autores de la Ciencia penal moderna nos pone inmediatamente en alerta ante la enorme dificultad de la elaboración de una teoría de la culpabilidad aplicable a la RPPJ que pretenda ser mínimamente fiel a tales postulados generales.

No obstante, a pesar de esa dificultad tremenda, que por momentos parece equivaler a la búsqueda de la cuadratura del círculo, algo física y metafísicamente imposible de alcanzar, lo cierto es que estamos abocados a afrontar este problema y a encontrarle una solución, si no plenamente satisfactoria sí, al menos, razonablemente viable y, sobre todo,

---

de 2007 o el Anteproyecto, la referencia no era sólo a las circunstancias que afectaran a la culpabilidad del acusado sino a todas las circunstancias eximentes de la responsabilidad penal, expresión que englobaba también, en principio, las causas de justificación contempladas en el art. 20 CP. Sensu contrario hay que entender que las circunstancias que excluyen la antijuridicidad sí afectan a la responsabilidad de la empresa, para excluirla."

[689] CARRASCO GÓMEZ, J.J. y MAZA MARTÍN, J.M., "Tratado de Psiquiatría Legal y Forense", Ed. La Ley, Madrid, 2010, pags. 343 y ss. y STS de10 de Febrero de 2003, entre otras,

[690] Para BACIGALUPO ZAPATER, E., si se tratase de una causa de no exigibilidad de otra conducta debería otorgársele la condición de circunstancia de justificación, es decir, de exclusión no de la culpabilidad sino de la antijuridicidad, "Principios de Derecho penal. Parte general", Madrid 1998, pag. 255.

[691] JESCHECK, H-H. y WEIGEND, T., "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Ed. Comares, Granada, 2002, pag. 24.

útil y lo más respetuosa posible con los principios rectores de nuestro Derecho Penal.[692]

Porque, frente a aquellas autorizadísimas voces de quienes consideran lo absurdo de un tal planteamiento, al percibir la inevitabilidad de la paradoja a la que el Legislador nos ha conducido y de la necesidad imperiosa e ineludible de sortear un problema aparentemente tan insoluble, renunciando a una solución obediente con el indudable sentido de la norma[693], en mi opinión tal opción, por razonable y fundada que parezca, resulta en definitiva implanteable, ante la obligación de intentar esforzarnos al máximo para compaginar los términos de la paradoja culpabilidad/PJ, una vez que el Legislador ha introducido en nuestro Sistema un régimen de tan difícil compatibilidad, en principio al menos, con los axiomas básicos del ordenamiento penal patrio.[694]

No se trata de adoptar una posición obcecada ni heroica ni irracional, o intelectualmente acomodaticia o acrítica, sino de cumplir con nuestra obligación profesional de incorporar el mandato legal a la aplicación de esa norma positiva en el enjuiciamiento del caso concreto, mediante una construcción lógica que permita, entre otras cosas, abrir ámbitos para un debate en el que la PJ pueda ejercer su derecho a defenderse del modo más semejante posible al trato que al respecto merece la PF.[695]

Si nos cerramos al intento de diseñar una teoría de la culpabilidad de la PJ, por las dificultades aparentemente insalvables que ello representa, podríamos deslizarnos, a la hora de la aplicación práctica de esta regulación, sin duda discutible pero introducida, al fin y a la postre como hemos dicho, por la decisión explícita del Legislador, hacia mecanismos y soluciones más propios de una responsabilidad objetiva, expresamente excluida de nuestro

---

[692] El respeto al *"Sacrosanto principio de culpabilidad"*, como diría GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura", Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pag. 33.

[693] RODRÍGUEZ MOURULLO, G. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del sistema", abogados.es, Septiembre 2010 o DEL MORAL GARCÍA, A., "Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", ZUGALDÍA ESPINAR, J.Mª y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., ed. Aranzadi, Pamplona 2013, pags. 236 y ss.

[694] BAJO FERNÁNDEZ, M,, "Vigencia de la RPPJ en el Derecho sancionador español" en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas". Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 25.

[695] Cuestión de la que se ocupan ya numerosos trabajos, pudiendo mencionar, por ej., BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Roz
as (Madrid) 2011; GONZÄLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor, Diario La Ley, num. 7501, 3 Nov. 2010 o HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables", Diario La Ley num. 7427, 18 Jun. 2010, entre otros.

Sistema penal.[696]

En efecto, mientras que, por un lado, el nuevo régimen es ya una realidad en nuestro ordenamiento jurídico[697], por otra parte la exigencia de incorporar el elemento de culpabilidad como fundamento de la actuación penal es igualmente innegable.[698]

Pues, aunque ni la CE ni las declaraciones de derechos suscritas por nuestro país aludan expresamente al principio de culpabilidad (*"nulla poena sine culpa"*), su virtualidad inexcusable encuentra apoyo en el axioma del Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y en aquellos otros principios superiores, que también integran el ordenamiento jurídico.[699]

Pues *"El principio de culpabilidad sirve, de un lado, para la necesaria protección del autor frente a todo exceso en la intervención represiva del Estado. Además, también procura que la pena quede limitada estrictamente a una censura pública de aquellas acciones que merecen un juicio de desvalor ético-social, con lo que, simultáneamente, enfatiza el compromiso del Derecho penal como un "mínimum ético". "*[700]

Así, la importantísima STC 150/1991 proclamó que *"...la CE consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico"*, estableciendo, como nos recuerda JAÉN, M., *"...la culpabilidad por el hecho frente al rechazable criterio de la responsabilidad por la personalidad del reo, propia de un Derecho Penal de autor. "*[701]

Consecuencia de lo cual es la afirmación de la STS de 28 de Octubre de 1991 en el sentido de que *"...también los Tribunales están limitados en la interpretación de las leyes por los principios del derecho penal de culpabilidad y por las exigencias de la proporcionalidad con el principio de culpabilidad (además de la Justicia y el Estado de Derecho), dado que lo que se impone en la Constitución al legislador, debe regir también*

[696] Vid., por ej., los arts. 5 y 10 CP. Y nuevamente las SSTS 514/2015, 154/2016 y 221/2016.
[697] Al parecer carente de justificación solvente, como ya se dijo, a la vista del contenido del Preámbulo explicativo de la Ley de Reforma 5/2010 que en este caso no es respetuoso con la verdad al declarar, como único fundamento, su inevitabilidad a partir de los mandatos contenidos en numerosos "instrumentos internacionales" de imperatividad más que discutible. Vid. apdo. 3.1.
[698] JESCHECK, H-H. y WEIGEND, T., "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Ed. Comares, Granada, 2002, pags. 27 y 460.
[699] BACIGALUPO ZAPATER, E., "¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?", La Ley, Madrid 1982-2, pags. 936 y ss. y FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995", ed. Colex, Madrid 1997, pags. 51 y ss. y STC 150/1991, entre otras.
[700] JESCHECK, H-H. y WEIGEND, T., "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Ed. Comares, Granada, 2002, pag. 25. En la misma línea el Tribunal Supremo Federal alemán (1987).
[701] JAÉN VALLEJO, M., "Derecho penal aplicado", Jurista eds., Lima, 2002, pag. Con cita de la STC 150/1991, que reitera el valor de la culpabilidad como principio constitucional.

con relación a la aplicación de las leyes."

Y ello junto a las exigencias derivadas de la propia literalidad de la norma ordinaria, en concreto, de los artículos 5 y 10 CP que expresamente disponen que *"No hay pena sin dolo o imprudencia"* y que *"Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley"*, introduciendo, por tanto, la culpabilidad como un elemento indispensable de la infracción penal y presupuesto de la responsabilidad en este orden.[702]

Lo que nos lleva, en definitiva, a reiterarnos en la ya adelantada inexcusable exigencia de intentar realizar una lectura e interpretación del nuevo régimen de la RPPJ a la luz del principio de culpabilidad y, con base en ello, a la elaboración de un contenido para la culpabilidad, como elemento del delito, cuando de la PJ responsable se trate[703], sin perjuicio, por supuesto, del serio riesgo de fracaso en nuestro empeño y la consiguiente sugerencia alternativa del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad a propósito de toda esta novedosa normativa pues, en palabras del propio MEZGER, E., la culpabilidad, a partir del presupuesto de la imputabilidad, depende de aquellos *"...valores sobre los que descansa la esencia eterna del Derecho."*[704]

3.5.3.1. La imputabilidad de la PJ.

Por todo lo dicho hasta aquí, si nos tomamos verdadera y honestamente en serio esta idea de la necesidad de construir una teoría de la culpabilidad para la PJ, como exigencia ineludible para interpretar y cumplir la norma que hoy le atribuye la posibilidad de actuar con responsabilidad de carácter penal, un paso previo inevitable es el de determinar el alcance que al concepto de "imputabilidad" ha de atribuirse en estos casos.

Y ello porque si la culpabilidad puede entenderse como *"el reproche personal que se dirige al autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico"*[705], la

[702] En este sentido vid. SAP de Madrid (Sección 2ª), de 28 de Abril de 2015.
[703] Por ello nos sumamos a la opinión de la mayor exigencia y adecuación a nuestros principios del denominado *"...modelo del defecto de organización (injusto propio de la persona jurídica) del que se hace culpable a la persona jurídica por su falta de cultura empresarial de cumplimiento de la legalidad (culpabilidad propia de la persona jurídica) (Modelo de Responsabilidad por el Hecho propio de la Persona Jurídica)."* GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura", Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pag. 40.
[704] MEZGER, E. "Kriminalpsychologische Probleme im Strafrecht (Vortrag vom 05.06.1943)*"*, Munich, 1943.
[705] COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., "Instituciones de Derecho penal español. Parte general", ed. CESEJ, Madrid, pag. 57.

"imputabilidad" no es sino la capacidad del sujeto para ser merecedor de recibir ese reproche, en suma la "capacidad de culpa", como presupuesto antecedente e inexcusable de la culpabilidad.[706]

Las teorías que suelen manejarse para explicar y justificar el fundamento de la culpabilidad, de la razón de ser del reproche culpabilístico, históricamente solían hacer referencia a la libertad del ser humano ("libre albedrío"), a su racionalidad o incluso a su dignidad personal[707]. Elementos, por tanto, tan íntimamente propios y consubstanciales a la PF que de ningún modo resultan predicables de ese sujeto formal, artificioso, que es la PJ.

Pero el problema al que desde un inicio nos enfrentamos no se agota tampoco aquí, habida cuenta de que, profundizando aún más en la moderna razón de sentido de la culpabilidad en el Sistema penal, advertimos que gira en torno a ella ni más ni menos que su fundamento y la propia justificación de la pena, ya que entendido el Derecho Penal, desde un punto de vista estrictamente funcional, como instrumento para la pacificación social a través de la motivación provocada por la amenaza del castigo, la pena deviene, más allá que "injusta", absolutamente inútil y carente del más mínimo fundamento de utilidad frente a aquellos individuos, destinatarios de ella, incapaces de percibir el mensaje motivador que proyecta la norma legal, es decir, los inimputables.[708]

En esto estriba, precisamente, la importancia de la imputabilidad, por lo que el reto consistirá en intentar establecer si es posible, y en qué forma y medida habría de serlo, un fundamento y unos efectos análogos para el especial supuesto de la PJ.

La imputabilidad en la totalidad de los ordenamientos penales de los que tenemos noticia viene afirmada, apriorísticamente, respecto de todos aquellos sujetos, seres humanos, que alcanzan el grado de madurez, en razón a la edad o al grado de discernimiento acreditado, establecido por la Ley a estos efectos.

---

[706] JESCHECK, H-H. y WEIGEND, T., "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Ed. Comares, Granada, 2002, pag. 465.

[707] Por ej. RODRÍGUEZ DEVESA, J.Mª., "Derecho Penal español. Parte general", ed. Castilla, Madrid 1969 pags. 353 y ss. También, entre muchos otros, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA; J., "Derecho penal. Parte general II. Introducción a la teoría jurídica del delito", ed. Marcial Pons, Madrid 2002, pags. 245 y ss. o QUINTERO OLIVARES, G., "Curso de Derecho Penal. Parte General". Ed. Cedecs, Barcelona, 1997, pags. 321 y ss.

[708] MAZA MARTÍN, J.M., "La imputabilidad" en "Tratado de Medicina legal y Ciencias forenses" (Dir. DELGADO BUENO, S.) Tomo V, "Psiquiatría Legal y Forense" (DELGADO BUENO, S. y MAZA MARTÍN, J.M. coords.),, ed. Bosch, Barcelona 2013, pag. 248.

De modo que el individuo, a partir de ese condicionante, se presume con la suficiente madurez para ser responsable penal de sus actos en tanto que hábil para obrar con capacidad de culpa.

Lo que directamente nos lleva a que, salvo en algunos sistemas como el italiano en el que el art. 85.2 de su Código Penal afirma positivamente que *"...es imputable el que tiene la capacidad de entender y querer..."*, tengamos que proceder "sensu contrario" para extraer de la norma positiva la verdadera esencia de la imputabilidad.

En este sentido HASSEMER, W: razona que:

"El rodeo sólo aparentemente es complicado y tiene, además, un profundo sentido. La Ley no exige, como presupuesto de la imputación subjetiva, que el juez demuestre positivamente la capacidad de culpabilidad, sino la demostración negativa de la inexistencia de la exclusión de la culpabilidad. Con ello se expresa que en el proceso penal no puede darse una fundamentación «real», «positiva» de la culpabilidad; hay que contentarse con menos, con algo que además sea más aprehensible. Con indicadores de deficiencias. Culpabilidad, capacidad de la culpabilidad, conocimiento de la prohibición, exigibilidad, no se demuestran en esta construcción, sino que se presuponen. Los únicos que pueden ser probados son los indicadores, caso de que excepcionalmente falle lo que se presupone. La madurez psíquica, la responsabilidad o la capacidad de culpabilidad como presupuestos de la imputación subjetiva —a diferencia con lo que sucede con los presupuestos de la imputación objetiva— no tienen que ser fundamentadas por el juez penal. A no ser que haya indicios de lo contrario, el juez penal puede dar por supuesta la capacidad de culpabilidad del inculpado."[709]

En línea con ello el CP alemán, parágrafo 20, establece que *"Actúa sin culpabilidad quien al tiempo de la comisión del hecho, a causa de una dolencia psíquica de carácter patológico, de un profundo trastorno de conciencia, de debilidad mental, o de cualquier otra grave anomalía psíquica, es incapaz de apreciar lo injusto del hecho o de actuar según esa apreciación."*

De forma semejante nuestro propio ordenamiento describe, también en el art. 20 del

[709] HASSEMER, W., "¿Por qué y con qué fin se aplican las penasor qué y con qué fin se aplican las penas? (sentido y fin de la sanción pena)", en Revista de derecho penal y criminología, num. 3, 1999.

CP vigente, apartados 1º, 2º y 3º, los requisitos para la declaración de la inimputabilidad con la consecuencia de la exención de la responsabilidad criminal, que no son otros que los de un padecimiento psíquico (anomalía, o alteración psíquicas, crónicas o transitorias, intoxicación, síndrome de abstinencia, por consumo abusivo o deprivación de sustancias psicoactivas o alguna alteración en la percepción, desde el nacimiento o la infancia, como la sordomudez completa) que actúe sobre las facultades de quien lo sufre, con efectos plenamente anulatorios bien de su capacidad de comprensión de la ilicitud del hecho cometido (facultad cognoscitiva) o de actuar conforme a esa comprensión (facultad volitiva) y, para el caso de las alteraciones de la percepción, de la "conciencia de la realidad".

Por lo que, dejando al margen, por no resultar en este momento necesarios para nuestro discurso, aspectos tan importantes como los relacionados con la circunstancia temporal de ese estado (doctrina de la "actio liberae in causa") u otros también incorporados al precepto, lo cierto es que podríamos contrariamente concluir en que la imputabilidad concurre cuando el autor del hecho conserva, íntegra o al menos parcialmente (supuestos de semi-imputabilidad), esas facultades psíquicas de conocimiento y libertad de actuación o de recta conciencia de la realidad.

La imputabilidad es por lo tanto *"El conjunto de requisitos psicobiológicos exigidos por la legislación penal vigente, que expresan que la persona tenía la capacidad de valorar y comprender la ilicitud del hecho realizado por ella y de actuar en los términos requeridos por el ordenamiento jurídico"*.[710]

Lo que, evidentemente, sólo puede resultar predicable de la PF, máxime cuando en la aguda reflexión de CARBONELL MATEU y dando un salto hacia atrás, desde el criterio de justificación funcional de la pena al fundamento antropológico de la culpabilidad con base en el libre albedrío, leemos que:

"Cómo es posible que un ciudadano cuyo libre albedrío se niega —o, simplemente, no se afirma— pueda motivarse, es algo definitivamente mal explicado. Si el agente pudo motivarse quiere decir que pudo no matar, siendo así que lo hizo. Da la impresión de que estamos afirmando que el sujeto pudo optar, elegir, entre matar y no matar. Pues bien, si pudo —y debió— hacer algo distinto de lo que hizo —pues se afirma que pudo y debió motivarse y no lo hizo— quiere decir que era libre para matar o no. Hemos regresado al

[710] COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T., "Derecho Penal: Parte General", ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999.

punto de partida: el libre albedrío. No se ve ninguna razón, y menos una razón científica para que sea insostenible la presuposición de la libertad y no lo sea la de la "motivabilidad"."[711]

A su vez ROMEO CASABONA, abordando la actualidad del debate, nos dice que:

"Se ha discutido también la validez de la utilización de los resultados de unos análisis genéticos que se habrían realizado con el fin de demostrar la falta de capacidad de culpabilidad del sujeto procesado. La objeción reside en que una información obtenida para determinado fin (determinar la responsabilidad penal del sujeto) no debería ser utilizada para otro distinto (la comprobación de su peligrosidad criminal). La discusión se plantea incluso en torno a si podrían obtenerse muestras biológicas sin el consentimiento del sujeto para realizar esta clase de análisis genéticos. No obstante, en derecho comparado no sólo se ha establecido la obligatoriedad del sometimiento a las pruebas del ADN con el fin de proceder a la identificación del sospechoso de un delito violento (p. ej., de homicidio o contra la libertad sexual), sino también la creación de bancos de ADN de delincuentes de estas características. Sin embargo, aquí la cuestión es diferente, puesto que no se trata ya de la obtención de muestras con fines identificatorios, sino de la realización de análisis genéticos capaces teóricamente de revelar determinadas características del comportamiento humano, de su personalidad, proyectada hacia el futuro, que entraría directamente en el ámbito de su intimidad. Probablemente la respuesta del Derecho debería ser en esta materia mucho más matizada y, probablemente también, habría que rechazar que estas pruebas pudieran realizarse sin el consentimiento del interesado."[712]

De cualquier forma y puesto que, como es obvio, sólo cabe hablar de libertad, en estos términos, respecto del ser humano, en modo alguno todo este planteamiento podrá sernos de utilidad cuando nos proponemos explicar la capacidad para obrar culpablemente en el caso de la RPPJ.

O, desde otro punto de vista más profundo incluso, en palabras del Fiscal GONZÁLEZ, J. *"...si la motivación normativa en contra de la realización de delitos resulta*

[711] CARBONELL MATEU, J.C,, "Sobre la imputabilidad en Derecho Penal español", en "La imputabilidad en general en el Derecho Penal", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 1993, pag. 17 y "Enfermedad mental y delito. Aspectos psiquiátricos, penales y procesales", ed. Civitas, Madrid 1987, pag. 28.

[712] ROMEO CASABONA, C. "El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejode Europa y sistema de garantías en el Derecho Español", en "Psiquiatría Legal y Forense", ed. Colex, Madrid 1994 y "Principio de culpabilidad y genoma: consideraciones sobre el comportamiento criminal y la herencia genética", en "4ª Conferencia Andaluza de Ciencias Penales", Pto de Sta. Mª 15-16 Abr. 1994.

plenamente justificada en el plano individual, no ocurre otro tanto respecto de la actuación colectiva. Ello significaría tanto como extender un proceso íntimo, personal, que opera en la propia conciencia y voluntad individual, o más correctamente, en las potencias superiores de cada sujeto, a un proceso más amplio, tendente a una colectivización de la individualidad que, con renuncia a su propia identidad, nos permitiera hablar de una decisión y libertad de naturaleza colectivas."[713]

Por su parte, la nueva regulación de esta materia en nuestra Ley penal no alude, directa y explícitamente al menos, a los requisitos necesarios para que la PJ pueda ser considerada imputable. Lo que nos obliga, dado que, siguiendo los principios de nuestra Constitución ya antes expuestos, no puede haber pena sin dolo o imprudencia (art. 5 CP) y la infracción penal obligadamente ha de ser dolosa o imprudente (las dos formas de culpabilidad reconocidas en el art. 10 CP), es decir, que la conducta para ser punible ha de ser culpable y, para ello, el sujeto tiene que ser previamente imputable, a encontrar aquellos elementos que, en relación con la PJ, nos permitan poder identificar la presencia de la "*imputabilidad*" en el caso de ésta.

Algo evidentemente distinto de la imputabilidad de la PF pues, como extensamente hemos visto, las previsiones legales para ella resultan radicalmente inaplicables a nuestros fines, pero que, al menos, cumpla una función equivalente, en orden a poder justificar la acción punitiva del Estado, acorde con los términos constitucionales que, para el caso del Derecho Penal, tanto difieren de la potestad sancionadora de la Administración, de tradicional e incuestionable aplicación a la PJ.[714]

A tal respecto, si nos aproximamos a los criterios doctrinales ensayados para afrontar una cuestión tan espinosa, encontramos la respuesta mayoritaria de quienes afirman lo imposible e innecesario de la búsqueda de la "imputabilidad" en el caso de la RPPJ.[715]

---

[713] GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J., "Consecuencias jurídico-penales aplicables a una persona jurídica en una futura reforma penal", en "La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro. Responsabilidad de los Consejos de Administración. Responsabilidad de los subordinados.", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 1994, pag. 237.

[714] BAJO FERNÁNDEZ, M,, "Vigencia de la RPPJ en el Derecho sancionador español" en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas". Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag.31.

[715] RODRÍGUEZ MOURULLO, G. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del sistema", abogados.es, Septiembre 2010 o DEL MORAL GARCÍA, A., "Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", ZUGALDÍA ESPINAR, J.Mª y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., ed. Aranzadi, Pamplona 2013.

Respuesta que, desde nuestro punto de vista, ha de rechazarse en tanto que supone la renuncia a establecer una base razonable para la edificación del concepto de "culpabilidad" de la PJ, absolutamente imprescindible desde el punto de vista constitucional y de la legalidad ordinaria, como más adelante se verá.

De forma que, a nuestro juicio, la opinión más convincente en esta materia no es otra que la de GÓMEZ-JARA, C. cuando identifica, como requisitos para que una PJ pueda ser considerada imputable, una serie de exigencias que dicho autor describe así: *"...la cuestión de los "principales" destinatarios del art. 31 bis es la siguiente: se trata de organizaciones empresariales no instrumentales -sc. con un mínimo de complejidad interna y fidelidad al derecho- que en el momento de comisión de los hechos y en el momento de iniciación del proceso penal están dotadas de personalidad jurídica."*[716]

Requisitos o exigencias que, con ciertas matizaciones en mi opinión obligadas, podríamos enumerar y clasificar de la siguiente manera:

*Unos requisitos de carácter positivo como:

* Personalidad jurídica:

Es evidente, ante la literalidad de los preceptos, que la primera exigencia en este ámbito sería la de que la PJ ostente verdaderamente ese carácter o personalidad, de acuerdo con las reglas del Derecho Privado, de forma que quedan desde ya excluidas aquellas agrupaciones de entes sociales, como la denominada UTE (Unión Temporal de Empresas) o de personas o, en general, aquellos supuestos a los que se refiere el art. 129 CP, para la previsión de un tratamiento penal distinto del de la PJ, cuando dice:

"En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código...."

Lo que, por otra parte, lleva a concluir en que nuestro sistema de RPPJ, a diferencia de otros como el italiano por ejemplo, no es propiamente un

[716] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal", Diario La Ley num. 7534, 23 Dic. 2010, pag. 3. Más desarrollo de tal cuestión en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pags. 54 y ss.

régimen de responsabilidad de los "entes colectivos", en general, sino estrictamente de la PJ. Y así como para la PF la consecuencia jurídica del delito aplicable al inimputable, como alternativa a la pena, son las medidas de seguridad contempladas en los arts. 95 a 108 CP, en el caso de la PJ y otros entes colectivos esa dualidad vendría reflejada en la diferencia entre lo previsto en el art. 31 bis y en el 129 CP.

Y ello a pesar de que, como dice BACIGALUPO, S., *"Esta distinción de la responsabilidad penal de los entes colectivos entre los que tienen personalidad jurídica se puede decir que está históricamente superada y ya no se corresponde con la realidad de la vida de los negocios. Como tampoco a las soluciones más modernas contempladas en otros ordenamientos jurídicos europeos y a escala comunitaria. Lo decisivo a la hora de elaborar los criterios de imputación debería ser la existencia de un patrimonio autónomo del que el ente colectivo, tenga o no personalidad jurídica, sea titular."*[717]

En tal sentido, el en su día proyectado y posteriormente descartado art. 286.6 (PRC previo a la LO 1/2015), al establecer la responsabilidad penal de los Administradores de hecho o de Derecho o los representantes, no sólo de los entes con personalidad jurídica sino también de aquellos entes o agrupaciones que carezcan de ella que no implementen, o lo hagan inadecuadamente, los mecanismos de control previstos, parecía estar extendiendo a esta clase colectivos, carentes de personalidad jurídica, la obligación respecto de la incorporación de esos sistemas de control.[718]

---

[717] BACIGALUPO SAGESSE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)", Diario La Ley num. 7541, 5 Ene. 2011, pag. 3.

[718] RODRÍGUEZ RAMOS, L., junto con un numeroso grupo de autores, considera también no sólo que la responsabilidad penal debería extenderse a todos los "entes colectivos", incluso a los carentes de personalidad, sino que incluso en el momento actual , la imposición de las "consecuencias" del art. 129, verdaderas "penas" nos dice, debería ajustarse a las exigencias de la RPPJ, en"¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)". Diario La Ley, num. 7561, 3 de Feb. 2011, pag. 4.
No comparto, sin embargo, tales criterios de la extensión a todos los "entes colectivos" del régimen de RPPJ. Antes al contrario, a mi juicio, debería restringirse esta clase de responsabilidad a aquellas agrupaciones de personas de carácter "empresarial", cualquiera que sea su forma, pero excluyendo, aunque tengan personalidad jurídica, a las que no persigan un fin mercantil (confesiones religiosas, partidos políticos como en su momento veremos, etc.). Por consiguiente, en mi opinión, la cuestión estriba no tanto en la presencia o no de una personalidad jurídica, sino en la clase de actividad a la que el "ente colectivo" se destina, pues es esa la manera de reencontrarse con el fundamento real originario de este especial régimen, que no es otro que el disciplinamiento del ámbito empresarial.

Aquí hay que señalar cómo nuestro Legislador incurre, a mi juicio, en un gravísimo error de principio al centrar la RPPJ en torno al concepto de PJ, con lo que, de una parte, incorpora entidades de dudoso encaje en este régimen, como las confesiones religiosas, los Colegios profesionales, etc.,[719] incluso los Partidos políticos, de cuya situación nos ocuparemos en su momento, así como, por otro lado, también incluye empresas, dotadas de muy escasa entidad, tanto económica como estructural, que por el hecho de tener personalidad jurídica propia quedan también automáticamente incorporadas a este régimen penal, que más parece pensado para grandes compañías, exclusivamente de carácter mercantil, cuyas dimensiones justifiquen, desde el punto de vista de Política Criminal, la utilidad del sistema.[720]

*Una mínima complejidad estructural u organizativa ("*complejidad interna suficiente*"):

Igualmente resulta imprescindible, en especial a causa de la caracterización y fundamento de la culpabilidad de la PJ por la que suele optar la mayoría de la doctrina (sobre todo GÓMEZ-JARA, coherente con su concepto "*constructivista*" de la RPPJ[721]) y que no es otra que la del "*defecto de organización*", en el sentido de que el sujeto, PJ, susceptible de atribución de una responsabilidad con base en el art. 31 bis CP, ostente una mínima complejidad estructural que permita valorar su comportamiento corporativo. De forma que, por ejemplo, las sociedades unipersonales, en las que se solaparían, identificándose, las responsabilidades sociales con las personales, tampoco pueden ser calificadas como sujetos "imputables" a los efectos que aquí tratamos.

[719] Supuesto muy singular, por su especial componente estructural, lo representarían las Plataformas de Financiación Participativa ("Crowdfunding"), a cuyo respecto puede consultares GRANADOS SÁNCHEZ, J., "*Crowdfunding*: La nueva forma de Financiación analizada desde la perspectiva de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", en Diario LA LEY, num. 8832, de 27 de Septiembre de 2016, pags. 15 y ss.

[720] Vid. apdo. 3.2. "*De manera lamentable se ha desaprovechado la oportunidad para delimitar el ámbito de proyección penal de la responsabilidad de las personas jurídicas a las empresas de grandes dimensiones. Se mantiene un modelo de proyección general, que afecta a todo tipo de sociedades, y la preocupación es grande respecto de la pequeña empresa, que es la más frecuente, en la realidad de la sociedad española. Todas lascríticas y advertencias sobre los problemas que genera la responsabilidad penal n estas pequeñas sociedades, cifrados principalmente en la posibilidad en la posibilidad de incuirrir en un "bis in idem", han sido desechadas, en un mal entendimiento de la cuestión por cuanto en estos pequeños negocios, con forma societaria, difícilmente puede identificarse una voluntad social diferente de la de la persona física*", MORALES PRATS, F., y SANZ MORÁN, A., "La reforma de 2015:de nuevo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Derecho y Proceso Penal 39, ed. Aranzadi (Navarra), Julio-Septiembre 2015. Pag. 18.

[721] Vid. apdo. 3.5.1.4.2.

Requisito que viene impuesto, además, por la propia esencia de la conducta típica de la que puede nacer la RPPJ, es decir, la falta de "*control*" que, por su propia esencia, precisa de una estructura compleja susceptible de ser controlada, además de una mínima vocación de respeto a la norma.

Así, en palabras del propio GÓMEZ-JARA, DÍEZ, C., *"Centrando la atención en el sistema organizativo empresarial, éste -al igual que el ser humano- comienza a desarrollar con el tiempo una complejidad interna que deviene en una capacidad de autoorganización, autodeterminación y autoconducción tal, que resulta lógico -y necesario- atribuir a la empresa cierta "competencia" sobre su ámbito de organización. Desde una perspectiva tradicional del delito puede afirmarse que la capacidad de acción se ve así sustituida por una "capacidad de organización", de tal manera que, si bien resulta complicado afirmar que una empresa actúa por sí misma, dichas dificultades se reducen considerablemente cuando se sostiene que, llegado determinado nivel de complejidad interna, la empresa comienza a organizarse a sí misma, a autoorganizarse."*[722]

De ahí la polémica acerca de dónde han de ubicarse las consecuencias jurídicas de la "conducta" ilícita de la PJ meramente instrumental, o "pantalla", utilizada para la comisión de delitos, sin contenido de actividad lícita alguna, en la que no cabe pensar la existencia de mecanismo alguno de control de la licitud de los comportamientos de sus integrantes, al deber su existencia exclusivamente a su utilidad como herramienta para la comisión de delitos.[723]

Cuestión hoy resuelta jurisprudencialmente, al ser uno de los objetos abordados y resueltos, por unanimidad del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la Sentencia 154/2016, en la que, siguiendo la línea marcada por la CFGE 1/2016 en este extremo, leemos lo siguiente:

[722] A este "sustrato organizativo empresarial" también se refiere GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pags. 55 y ss.

[723] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., por ej, sostiene que nos hallamos ante un supuesto más de inimputabilidad (vid. Nota 526). Posición que, a mi juicio, sería la más correcta sin duda, desde un punto de vista estrictamente técnico, pero que, de nuevo, nos enfrenta con la literalidad del texto legal, que contempla ese supuesto tan sólo como un criterio de determinación de la pena aplicable dentro de la presencia de la RPPJ (art. 66 bis CP). Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "¿Imputabilidad de las Personas Jurídicas", en "Libro Homenaje a Don Gonzalo Rodríguez Mourullo", ed. Civitas, Madrid 2005, pags. 425 y ss.

"…la sociedad meramente instrumental, o "pantalla", creada exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia y que, por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del art. 129 CP, que contemplaba la aplicación de semejante "consecuencia accesoria" a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico o, en su caso, la mera declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento.

A este respecto la propia Fiscalía, en su Circular 1/2016, aporta para supuestos futuros semejantes una solución solvente y sobre todo procesalmente muy práctica, extraída de planteamientos propuestos por la más acreditada doctrina científica, cuando en sus págs. 27 y siguientes dice así:

"Junto a las sociedades que operan con normalidad en el tráfico jurídico mercantil y en cuyo seno se pueden producir comportamientos delictivos, existen otras estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal es precisamente la comisión de delitos. El régimen de responsabilidad de las personas jurídicas no está realmente diseñado para ellas (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes…) de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales. Se entiende así que las sociedades instrumentales aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación

el art. 31 bis, especialmente tras la completa regulación de los programas de cumplimiento normativo.

Con anterioridad a la introducción de estos programas, ya advertía la Circular 1/2011 que no se precisaba imputar necesariamente a la persona jurídica en aquellos casos en los que se detectara la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación. Nada impide -se dice en esta Circular- el recurso a la figura de la simulación contractual o a la doctrina del levantamiento del velo.

El rechazo a la imputación de la persona jurídica en los referidos supuestos tiene una indiscutible trascendencia procesal pues esta resulta privada de los derechos y garantías que, a semejanza de la imputada persona física, fueron introducidos en la LECrim por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

Ello ha generado alguna controversia procesal, de la que es buena muestra el auto de 19 de mayo de 2014, dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que confirma la denegación de la personación como parte imputada de una mercantil cuyo administrador único era el imputado y a la que se habían embargado unos bienes, acordada por el Juzgado Central de Instrucción en un procedimiento por blanqueo de capitales. Con ocasión de este pronunciamiento, el Tribunal profundiza en el fundamento material de la responsabilidad penal de la persona jurídica introduciendo el concepto de imputabilidad empresarial, con la consiguiente distinción entre personas jurídicas imputables e inimputables, de tal manera que solo serán penalmente responsables aquellas personas jurídicas que tienen un sustrato material suficiente.

Desde el punto de vista de su responsabilidad organizativa surgirían así tres categorías de personas jurídicas:

1. Aquellas que operan con normalidad en el mercado y a las que propia y exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos de

organización y gestión de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis. Mejor o peor organizadas, son penalmente imputables.

2. Las sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal. Como se advierte en el citado auto, "el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente irá variando a lo largo del tiempo." Un ejemplo de este tipo de sociedades son las utilizadas habitualmente en esquemas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo como instrumento para colocar fondos al socaire de la actividad legal de la sociedad, simulando que es mayor de la que realmente tiene. En la mayoría de los casos se mezclan fondos de origen lícito e ilícito, normalmente incrementando de manera gradual los fondos de origen ilícito. A ellas se refiere la regla 2ª del art. 66 bis como las utilizadas "instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal." El precepto las deja claramente dentro del círculo de responsabilidad de las personas jurídicas y, en la medida en que tienen un mínimo desarrollo organizativo y cierta actividad, aunque en su mayor parte ilegal, son también imputables.

3. Finalmente solo tendrán la consideración de personas jurídicas inimputables aquellas sociedades cuyo "carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos" (auto de 19 de mayo de 2014, cit.). Frecuentemente, este tipo de sociedades suele emplearse para un uso único. Por ejemplo, como instrumento para la obtención de una plusvalía simulada mediante la compra y posterior venta de un mismo activo, normalmente un bien inmueble (por su elevado valor) o activos financieros (por su dificultad para conocer su valor real). En esta categoría se incluyen también aquellas sociedades utilizadas para un uso finalista, como mero instrumento para la tenencia o titularidad de los fondos o activos a nombre de la entidad, a modo de velo

que oculta a la persona física que realmente posee los fondos o disfruta del activo."

En este sentido, esta interesante y práctica posibilidad de *"…prescindir de la exigencia de responsabilidad penal, evitando así recorrer un camino que no conduce a ninguna parte"*, ya se contemplaba en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013, permitiendo el sobreseimiento respecto de la PJ que *"…carezca de toda actividad y patrimonio y esté incursa en causa legal de disolución, aunque no se haya disuelto formalmente"*.[724]

También conviene traer a colación aquí el interesante Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 19 de Mayo de 2014 (Rº 128/2014), pionero en la consideración de la existencia de PPJJ "inimputables" y ampliamente analizado por la doctrina.[725]

Cuestión importante a partir de aquí es la de encontrar la manera más adecuada para aplicar a esta clase de PPJJ "pantalla" o "instrumentales", una consecuencia jurídica correcta y, sobre todo, práctica.

Pues bien, excluida la posibilidad de aplicación de la pena, por su carácter inimputable ya visto, así como la de las consecuencias jurídicas previstas en el art. 129 CP, ya que éstas sew destinan a entes que carecen de personalidad jurídica y de las que estamos hablando son verdaderas personas jurídicas, al menos desde un punto de vista formal que no puede desconocerse, hemos de quedarnos con la solución, inteligentemente propuesta por algún autor, de acudir directamente a la figura del decomiso, al considerar a la sociedad "pantalla" simplemente como un acto en fraude de Ley.[726]

* Requisito de carácter negativo será, a su vez, el que no se trate de aquellos entes, con verdadera personalidad jurídica y estructura compleja,

[724] DEL MORAL GARCÍA, A., "Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", VVAA, Coordinadores: José Miguel Zugaldía Espinar y Elena Blanca Marín de Espinosa Ceballos, Aranzadi, Pamplona 2013, pag. 310.

[725] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito del Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de Mayo de 2014.", Diario La Ley num. 8341, 26 de Junio de 2014, y NEIRA PENA, A.M., "Auto de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014. Imputación, medidas cautelares y personas jurídicas meramente instrumentales", en "Ars iuris salmanticensis", Reseñas procesal, vol. II, Dic. 2014

[726] MARTÍN SAGRADO, O., "El decomiso de las sociedades pantalla", Diario La Ley num. 8768, 24 de Mayo de 2016

que la propia norma (art. 31 quinquies CP) excluye como susceptibles de actuar culpablemente de cara al régimen de RPPJ, tales como:

-El Estado, las Administraciones públicas territoriales e institucionales, los Organismos Reguladores y las Agencias y Entidades públicas Empresariales.

-Las Organizaciones internacionales de Derecho público y aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

También se excluían, inicialmente, de la posibilidad de actuar culpablemente y, por ende, de ser penalmente responsables, las Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

Si bien a este respecto en el apdo. 2 del nuevo art. 31 quinquies CP leemos *"En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del número 7 del artículo 33."*[727]

Se exceptúan no obstante de tales exclusiones aquellos casos en los que la PJ sea *"...una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal."*[728]

Por lo que se refiere a los Pps y Sindicatos, que inicialmente se encontraban también excluidos del régimen de RPPJ, la Ley 7/2012 suprimió dicha exclusión, lo que respecto de los primeros puede acarrear ciertas consecuencias en este momento incalculables, que no deben ser objeto de análisis aquí puesto que serán objeto de estudio profundo más adelante.

En definitiva, y sin entrar en la polémica acerca del discutible fundamento que, al menos en apariencia, pudiera aún existir para alguna de las anteriores exclusiones legales, lo cierto es que tanto por la mención entre esos supuestos excluidos como por la ausencia de cualquiera de los requisitos positivos o exigencias referidas, el ente o PJ de que

[727] Es decir, las penas de multa o intervención judicial, lo que parece totalmente razonable por las implicaciones que la disolución u otras penas interdictivas, tales como la suspensión de actividades, cierres de locales o establecimientos, podrían suponer de cara a la gestión de los servicios públicos (suministro de aguas, transportes públicos, etc.) que prestan a la comunidad.

[728] Curioso precepto que parece insistir en la idea de la responsabilidad penal de las Sociedades mercantiles públicas creadas con el único fin instrumental de eludir la ilícitamente la norma penal. Vid. al respecto Notas 526 y 529.

se trate carecerá del requisito previo necesario para la atribución de la RPPJ, con lo que podría decirse que, en este sentido, carece de capacidad para actuar culpablemente desde el punto de vista penal.

Es decir, se encuentra en la misma posición de la PF inimputable, al menos en el sentido de posibilidad o presupuesto para la atribución de responsabilidad con el que en la doctrina viene identificándose también el concepto de imputabilidad.[729]

Con ello, veríamos cumplidas, además, las exigencias mínimas desde la perspectiva de la funcionalidad y el fundamento justificativo de la pena, en cuanto manifestación de un "ius puniendi" verdaderamente legitimado en un Estado de Derecho.

Y aunque en el fondo pudiera sostenerse que semejante planteamiento no es más que una concepción meramente normativa-formal de la imputabilidad, lo cierto es que con ella no sólo ofrecemos la única respuesta factible, al menos hasta donde mi razón alcanza, al desafío de la identificación de la "*capacidad de culpa*" de la PJ, base imprescindible para la construcción ulterior de una culpabilidad, legal y constitucionalmente obligada, sino que, como se acaba de decir, damos fundamento y justificación a la imposición del castigo a partir de criterios de utilidad que puedan explicar semejante consecuencia.

Lo que, desde el punto de vista de la práctica forense, es mucho más importante si cabe es el hecho de que, con esta construcción doctrinal, se está ofreciendo una primera "*trinchera*" para la defensa en Juicio de la PJ, al permitir la alegación relativa a la carencia de los elementos que se acaban de enunciar para poder sostener su ausencia de "*imputabilidad*" y, por ende, de posible "*culpabilidad*" respecto del hecho enjuiciado.

A continuación, cuando nos introduzcamos en el análisis de la naturaleza de la culpabilidad en la RPPJ comprobaremos mucho mejor cómo encaja esta identificación de la "imputabilidad" en el contexto general de la configuración específica de esa responsabilidad.

3.5.3.2. Naturaleza y fundamento de la culpabilidad en la RPPJ.

[729] COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., "Instituciones de Derecho penal español. Parte general", ed. CESEJ, Madrid, pags. 165 y ss.

En mi opinión, el intento más serio de cuantos conozco[730] acerca de la construcción de una teoría de la culpabilidad en relación con la RPPJ no es otro que el del tantas veces mencionado Prof. GÓMEZ-JARA, ponderado incluso por autores de la talla del Profesor de la Universidad de Berna HEINE, G. o por el mismísimo JAKOBS, G., cuando éste último afirma que *"El trabajo de Gómez ofrece, en mi opinión, y con diferencia, la mejor fundamentación para la punición de la empresa y obliga simultáneamente a todos los adversarios de tal punición (entre los cuales me cuento, con alguna limitación) a llevar a cabo redoblados esfuerzos -si no es que los adversarios acaban convirtiéndose en conversos-."*

Pues bien, dicho autor siguiendo, como así mismo advierte JAKOBS al comentar su obra, la "*teoría de los sistemas*" de LUHMAN, concibe a la empresa, a la luz de su doctrina "*constructivista*" de la RPPJ, al igual que a la PF o al propio ordenamiento jurídico, como un "*sistema autopoyético*", que se organiza a sí mismo y que, llegado a cierto nivel de complejidad interna suficiente[731], es capaz de una "autorreflexión funcional" equivalente a la consciencia en la PF.

Autoorganización y autorreflexión funcional que, por otra parte, no pueden discurrir con libertad plena, toda vez que ha de someterse al imperativo de la norma jurídica y, en concreto, de la penal, de modo que si no cumple con ésta la PJ se hace acreedora del reproche culpabilístico que se materializa en la imposición de la pena.

Ahí encontraríamos, por consiguiente, no sólo el fundamento de la culpabilidad en la RPPJ sino, incluso, la justificación misma del sistema punitivo a ella dirigido.

En definitiva se trata de *"...sostener que la fidelidad al Derecho por parte de la organización empresarial se concreta en el mantenimiento de una cultura empresarial de cumplimiento con el Derecho. Es decir, la fidelidad al Derecho por parte de la propia empresa consiste en que se procure una cultura empresarial de cumplimiento con el*

[730] Como las doctrinas de la existencia de una filosofía con tendencia criminal en la empresa de SCHÜNEMANN, de la organización defectuosa de la empresa de TIEDEMANN, culpabilidad por la conciencia especial de la empresa de HAFTER, por el espíritu normativo de la persona jurídica de BUSCH, por no evitación de los fallos organizativos de HIRSCH, por no evitación de las influencias criminógenas de EHRHARDT, por el carácter de la empresa de LAMPE, por la conducción de la actividad empresarial de HEINE, por reprochabilidad ético-social empresarial de DANNECKER, culpabilidad funcional del órgano de SCHROTH, etc.), analizadas todas ellas por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "La culpabilidad de la persona jurídica", en en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2015, pags. 153 y ss.

[731] Vid. lo dicho anteriormente acerca de los requisitos de la "imputabilidad" de la PJ.

Derecho."[732]

La versión ortodoxa de la empresa sería la que se identifica con el concepto del "Buen Ciudadano Corporativo", al que se refieren las Directrices estadounidenses y su Jurisprudencia para dictar Sentencias contra organizaciones en las que resulta de una especial consideración la existencia de "Programas de cumplimiento efectivo" ("*criminal compliance*"), mientras que el supuesto contrario equivale a la PJ penalmente culpable.

Al igual que acontece con la PF que, consciente de la ilicitud de un determinado comportamiento, lo lleva a cabo voluntariamente, haciéndose con ello acreedora del castigo, la PJ que incumple sus deberes incurriendo en un "*defecto de organización*" penalmente relevante ha de ser considerada culpable de las consecuencias de semejante actitud de falta de fidelidad a la norma.

La *"cultura de cumplimiento de la norma"* en el seno de la organización es, por tanto, la medida de la culpabilidad de la PJ, habida cuenta de que de su presencia o no en el actuar organizado de ésta dependerá la justificación del reproche penal.[733]

No sería ésta, no obstante, la única posibilidad de abordar el problema de la culpabilidad de la PJ en el ámbito penal pues, del mismo modo que ante la imposibilidad de

[732] Directamente vinculado con estos planteamientos el concepto del "Buen Ciudadano Corporativo" en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La culpabilidad penal de la empresa", ed. Marcial Pons, Madrid 2005, pags. 249 y ss.

[733] Ideas ampliamente desarrolladas por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., a lo largo de toda su obra, en textos como "La culpabilidad penal de la empresa", ed. Marcial Pons, Madrid 2005, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal", Diario La Ley num. 7534, 23 Dic. 2010, "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, "La culpabilidad de la Persona Jurídica", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, etc.
Frente a los argumentos contenidos en tales trabajos, no podemos compartir los de tantos otros, como por ej. GÓMEZ TOMILLO, M., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y carga de la prueba de la idoneidad de los programas de cumplimiento", Diario La Ley num. 8861, 11 de Noviembre de 2016, que pretenden desacreditar la idea de la "cultura" empresarial como fundamento de su responsabilidad, afirmando la ambigüedad de la misma, la imposibilidad de determinar la existencia de una cultura en PPJJ de reciente constitución o el hecho de que la ausencia de una determinada cultura, además de tratarse de algo negativo que no facilita nada, nos aproxima peligrosamente a un Derecho Penal de autor. Pues no se trata de la ausencia de cultura de fidelidad a la norma, que es tan sólo fundamento de esa culpabilidad, sino de la inexistencia de concretas iniciativas de control que permitan evidenciar aquella, y que no tienen por qué ser, exclusivamente, las previstas en el art. 31 bis 2, las que determinan la RPPJ.
Según la norma UNE 19601, sobre sistemas de gestión de "compliance" penal, pag. 5, *"Ha de advertirse, sin embargo, que, según el ordenamiento penal español, la implementación de un sistema de gestión acorde con esta UNE no agota las posibilidades de defensa y consiguiente exoneración de la persona jurídica en cuyo seno se haya producido la comisión del correspondiente delito. Lo verdaderamente rrascendente a efectos de esa responsabilidad será el que la persona jurídica de referencia pueda acreditar debidamente un comportamiento, en esta materia de prevención delictiva, que evidencie su cultura organizativa de respeto a la norma que le atribuye obligaciones de colaboración con las Autoridades en la evitación de la comisión, en su seno, de delitos por parte de las personas físicas que la integran…"*

demostrar, más allá de la afirmación de la existencia del "*libre albedrío*", la libertad en el caso concreto de la PF que comete la infracción[734], algunos autores, como GIMBERNAT o MIR PUIG[735], llegan a sugerir que se prescinda de la culpabilidad, como elemento del delito, proponiendo en su lugar algún otro factor de *"menor resonancia moral"* como la "*atribuibilidad*" o la "*responsabilidad*" o, incluso, suprimiéndolo completamente, de modo que el fundamento del castigo se apoye exclusivamente en su propia necesidad, igualmente podría sostenerse, desde esta visión estrictamente utilitaria, la construcción de una culpabilidad con dimensión exclusivamente "*formal*", para el caso de la PJ, que encontraría su justificación en razones de estricta Política Criminal o conveniencia social a fin de controlar su comportamiento en orden a la vigilancia y aseguramiento de la correcta conducta de las PPFF que la integran.

De esta forma, la finalidad preventiva del sistema, desde planteamientos de carácter exclusivamente objetivo, se erigiría en el único fundamento del mismo, al margen de consideraciones de orden subjetivo atinentes a las características internas de la actuación organizada de la PJ.

Las consecuencias, tan trascendentes, de la diferencia entre ambos planteamientos vuelve a situarse, a nuestro juicio, en el campo de la práctica, entre el mero automatismo de atribución de responsabilidad a la PJ, a partir del simple hecho de la acreditación del delito cometido por la PF, y la necesidad de aplicar criterios valorativos en el enjuiciamiento penal de la PJ, como paso imprescindible para determinar la existencia de su culpabilidad.

Diferencia, en definitiva, en la que se aloja la razón de ser de la propia concepción y exigencia de la culpabilidad, a semejanza de lo que ocurre en el enjuiciamiento de la PF, en el que tanto la existencia de las bases psicológicas precisas para la "*capacidad de culpa*"

Y en esa mismaNorma de certificación se señala, como contenido y significado de lo que es una "cultura de compliance" (apdo. 7.1), que *"El compliance penal es el resultado de que una organización cumpla con sus objetivos de compliance penal, a través del cumplimiento de los requisitos que se derivan de su política de compliance penal y del resto del sistema de gestión de compliance penal, y se hace sostenible introduciéndola en la cultura de la organización y en el comportamiento y en la actitud de las personas que se vinculan con ellas"*, pasando, a continuación, a desarrollar cuáles son los elementos que revelan la existencia de esa cultura, dentro del régimen de "compliance" que, como se ha dicho, no agota las posibilidades de manifestación de la existencia de una verdadera "cultura de cumplimiento" de acuerdo con las posibilidades concretas de cada organización.

[734] CÓRDOBA RODA, J., "La enajenación y sus consecuencias jurídicas", Jornadas sobre Psiquiatría forense, 1990, págs. 51-64.

[735] GIMBERNAT ORDEIG, E., "A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad", Nuevo foro penal, Nº. 82, 2014, págs. 81-131 y MIR PUIG, S., "Introducción a las bases del Derecho Penal", ed. IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2003, 2ª ed.

(imputabilidad) como la concurrencia de las distintas formas de actuar culpable (dolo/imprudencia) constituyen un elemento principal del objeto del Juicio.

No pueden olvidarse tampoco, en modo alguno, las meritorias teorías que, negando el carácter autónomo y autorreferencial ("autopoiético") de la PJ, es decir, la posibilidad de que tal ente sea capaz de sustentar, vivir y desarrollar una actividad propia, independiente de la de las PPFF que la integran, buscan una explicación sólida al hecho de la identificación del fundamento de la pena aplicable a la PJ.

En primer lugar, con base en la consideración de que estamos ante ilícitos cometidos por un colectivo, integrado por una pluralidad de PPFF. El "yo" como responsable individual de sus actos frente al "nosotros" como responsable colectivo de los propios.[736]

Y también, de forma incluso mucho más brillante y, sin duda, intelectualmente muy sugestiva, sosteniendo que no nos hallamos ante "acciones colectivas", ya que entonces no se entendería por qué no recae el castigo sobre la pluralidad de individuos sino sobre la PJ como tal, además de que, de esa forma, nunca nos desprenderíamos de los inconvenientes de una concepción vicarial de la RPPJ, sino ante "actos corporativos", que se derivan de la consideración de la *"persona jurídica como "hecho institucional" que genera expectativas ad extra y ad intra y no como mera "conducta conscientemente colectiva" en sentido fáctico."*[737]

Aludiendo, en definitiva, como fundamento de la RPPJ a un *"defecto organizativo-*

[736] ARTAZA VARELA, O., "La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamento y límites", ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid 2013.

[737] FEIJOO SÁNCHEZ, B., en el excelente rabajo "El delito corporativo en el Código Penal español", Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2016, donde leemos textos, en fundamento de tal doctrina, tan sugerentes como los que a continuación transcribimos:

"La cultura empresarial o el "clima ético" de una organización serían así el fruto o la consecuencia de una red de relaciones y decisiones interpersonales a lo largo del tiempo en un contexto institucional. Esta perspectiva organizativo-institucionalpermite basar la responsabilidad no en una mera ficción jurídica, sino en unarealidad social o fenómenos estructurales que son tan reales como la acción humana que, como unidad de sentido o significado, ha soportado en exclusiva la responsabilidad penal hasta el presente."

"Lo relevante a efectos jurídico-penales es que se llegue a una situación incompatible con el desarrollo de una política o cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad penal y que tal situación se concrete o realice en la comisión de un hecho delictivo por parte de un integrante de la empresa."

"La dimensión estructural es consecuencia de la persona jurídica y ya no suelepoder ser individualizada porque por sus características es difícil que un solo individuo pueda ser hecho penalmente responsable del cumplimiento generalizado de la legalidad penal en las actividades de la organización a lo largo del tiempo."

"Se trata de una respuesta mediante responsabilización a la situación que la doctrina ha venido refiriendo como "irresponsabilidad organizada", fenómeno real que no debe ser entendido como producto de una creación intencionada, maliciosa o fraudulenta de lagunas de responsabilidad, sino más bien como un problema estructural que no puede ser resuelto con las normas o instituciones jurídico-penales hasta ahora existentes, en este caso las relativas a la responsabilidad individual (posición de garante, responsabilidad por imprudencia, participación, etc.)."

estructural"[738] que, por otra parte, ha de ser sebidamente acreditado por la acusación, en tanto que elemento esencial de esa responsabilidad.[739]

Planteamiento este último que sirve de fundamento a la figura del llamado "delito corporativo", construcción doctrinal con merecido reconocimiento, incluso en la propia Jurisprudencia inicial sobre la materia.[740]

Ahora bien, con la opción inicial, la de nuestra preferencia, de construcción de una teoría de la culpabilidad de la PJ sobre la existencia de una "*capacidad de culpa*" ("*imputabilidad*") basada en la posibilidad de reconocimiento de la alternativa cumplimiento/incumplimiento de las exigencias de fidelidad al Derecho en el comportamiento auto organizativo de esa PJ, estaremos abriendo el debate sobre la presencia de su "*culpabilidad*" o, correlativamente, de su ausencia de culpa[741] y con ello, además de dar verdadera sustancia material al debate propio del enjuiciamiento del caso concreto, se posibilita el ejercicio auténtico del derecho de defensa, huyendo del grave peligro que, en este terreno, significaría la objetivación de la RPPJ.

Como refiere BACIGALUPO, S., *"El defecto de organización no sólo debe ser un requisito de la responsabilidad por la infracción del deber de vigilancia de los administradores sobre sus subordinados, sino el presupuesto general que legitima la aplicación de una pena a una persona jurídica."*[742]

Pero ¿en qué consiste ese "defecto de organización" por ausencia de una cultura de fidelidad al "cumplimiento de la norma" en el actuar de la PJ, en especial en nuestro ordenamiento nacional a tenor de lo dispuesto en el art. 31 bis CP? En definitiva ¿cómo se configuran los supuestos de culpabilidad de la PJ en el Derecho Penal español vigente?

Ese es el interrogante al que tendremos que intentar dar respuesta a continuación,

[738] FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el Código Penal español", Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2016, pags. 126 y ss. En esta línea la sTS 221/2016, de 16 de Marzo.
[739] "Si se quiere hablar con propiedad de un delito corporativo y no de asunción corporativa de responsabilidad por un delito individual, el defecto estructural es un elemento que debe ser probado suficientemente." FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el Código Penal español", Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2016, pag. 127.
[740] Vid., por ej., STS 221/2016, de 16 de Marzo.
[741] Dando paso, en criterio de GÓMEZ-JARA, a la existencia de la causa de exención de responsabilidad penal, contemplada en el art. 31 bis 2 CP, por ausencia de culpabilidad de la PJ correcta cumplidora de sus obligaciones de control, de la que ya nos ocupamos y cuestionamos anteriormente en el apdo. 3.5.1.3.
[742] BACIGALUPO SAGESSE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)", Diario La Ley num. 7541, 5 Ene. 2011, pag. 5.

máxime a la vista del nuevo texto del art. 31bis, tras la LO 1/2015, en el que, con mayor o menor acierto puntual, se introduce una importante concreción de lo que para la norma positiva vendría a ser la exigencia de elementos de control y cumplimiento en el seno de la PJ, como criterio para determinar su responsabilidad.

3.5.3.3. Sistema de RPPJ (modelo de imputación).

Gran parte de la doctrina española, a la vista del nuevo régimen legal de la RPPJ, no dudaba en calificarlo a partir de 2010 como adscrito al denominado "sistema vicarial"[743] es decir, como una responsabilidad, la de la PJ, derivada del comportamiento ilícito de la PF, cuando no se considera incluso a esa PF como un "alter-ego" de la PJ, de modo que las consecuencias de la ilicitud cometida por aquella recaían directamente sobre ésta, o que nos hallamos ante un supuesto de "autoría accesoria".[744]

Como decía la Prof. BACIGALUPO, S. con evidente perspicacia:

"La responsabilidad penal de las personas jurídicas o de las agrupaciones sin personalidad jurídica se puede basar sobre dos modelos de imputación: el modelo de responsabilidad por "atribución" o el modelo de responsabilidad por el "hecho propio". Es decir, la persona jurídica puede resultar responsable bien por la imputación del hecho cometido por el administrador o responsable (sic) legal o bien por la atribución de responsabilidad a la persona jurídica de forma directa.

El Código Penal ha optado por establecer, tanto en el art. 31 bis como en el art. 129 CP, un "sistema de atribución" de responsabilidad a las personas jurídicas por el hecho delictivo cometido por una persona física dentro de la estructura empresarial."[745]

Por su parte, SÁNCHEZ REYERO, D.G., también entendió que *"El texto se inclina por un modelo vicarial en el que se traslada a la persona jurídica la responsabilidad de la*

[743] DE URBANO, E. , "El impacto de la reforma del Código Penal, en relación a las personas jurídicas". Diario La Ley num. 61, Jun. 2009 o ROBLES PLANAS, R., "Pena y persona jurídica: crítica del art. 31 bis CP". Diario La Ley num. 7705, 29 Sept. 2011, por ej.

[744] FEIJOO SÁNCHEZ, B., "Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español" en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pags. 65 y ss. y DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", De la Cuesta Azamendi, J.L. (Dtor.) y De la Mata Barranco, N.J., (Coord.), ED. Aranzadi,Cizur Menor (Navarra), 2013, pag. 68.

[745] BACIGALUPO SAGESSE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)", Diario La Ley num. 7541, 5 Ene. 2011, pag. 3.

persona natural que ha actuado incorporando sin embargo, algunos matices que lo aproximan a los postulados de la culpabilidad de empresa, presentes en las normas relativas a la elección y graduación de las sanciones y sobre todo en cuanto se anuda la responsabilidad a hechos propios de la entidad como el debido control sobre los autores del hecho."[746]

Se estaría diseñando así un sistema de "hetero responsabilidad" que, por lo pronto, resulta totalmente anómalo de cara a los principios más esenciales rectores de nuestro sistema penal, cuando bastante difícil resultaba ya asumir la literalidad del art. 130.2 CP que, al referirse a las formas de extinción de la responsabilidad criminal, establece la transmisión de la posible responsabilidad de una determinada PJ, a la que, totalmente ajena a ese hecho delictivo, posteriormente la absorba, se fusione, etc., vulnerando, aparentemente al menos, el principio básico de la exclusiva responsabilidad por el hecho propio o de interdicción de la responsabilidad penal por el hecho cometido por otro.[747]

No faltan tampoco quienes se situaban en un terreno intermedio al afirmar que *"…aun cuando la responsabilidad penal de las personas jurídicas sea una "autorresponsabilidad" basada en una comisión por omisión imprudente, no deja de ser al mismo tiempo una "hetero responsabilidad" como consecuencia de su naturaleza de participación en un hecho ajeno (de su administrador, representante legal o dependiente.*"[748]

En semejante sentido nos encontrábamos con opiniones que parecían buscar una interpretación más acorde con el respeto al principio de *"responsabilidad por el hecho propio"*, incluso sobre la literalidad de la norma originaria introducida por la LO 5/2010, buscando una explicación a la misma, como en el caso de GÓMEZ-JARA, que sugiere: *"En líneas generales, el Legislador ha optado por un sistema mixto de imputación, que parte de la hetero-responsabilidad penal empresarial (responsabilidad por el hecho ajeno) y se encamina hacia la autorresponsabilidad penal empresarial (responsabilidad por el hecho propio). Esto pudiera responder en parte, a que las primeras influencias en derecho penal español propugnaban un sistema de responsabilidad por el hecho ajeno, característico del*

[746] SÁNCHEZ REYERO, D.G., "Estudio sobre la responsabilidad de la persona jurídica, el doloso dependiente y el corporate compliance", Diario La Ley num. 7653, 2011.
[747] Sistema de "vicariedad matizada" lo denomina "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Notas con ocasión de la Reforma de 2015." Revista del Ministerio Fiscal 0 (2015), pag. 223.
[748] RODRÍGUEZ RAMOS, L., "¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)". Diario La Ley, num. 7561, 3 de Feb. 2011, pag. 10.

derecho civil. Sin embargo, las propuestas más contemporáneas abogaban por modelos que tuvieran en mayor consideración la organización propia de las personas jurídicas."[749]

En cualquier caso, semejantes formas de ver las cosas al interpretar que la PJ responde, de un modo u otro, del delito cometido por la PF, nos abocaría inevitablemente, como anticipábamos, a la consideración de encontrarnos frente a un supuesto de *"responsabilidad por el hecho ajeno"*, enfrentado al axioma de la exclusividad de la *"responsabilidad por el hecho propio"* que debe resultar también predicable de la PJ, una vez que ésta ha sido considerada como posible responsable "de carácter penal" por nuestro Legislador de 2010 y a tenor de los primeros pronunciamientos jurisprudenciales en la materia.[750].

En realidad, pudiera incluso llegar a sostenerse que no habría hecho falta la reforma legal si lo que se pretendía era tan sólo aplicar a la PJ consecuencias penales derivadas del delito cometido por la PF pues, para ello, quizá bastarían las previsiones ya contenidas en el anterior art. 129 CP o, todo lo más, una puntual modificación de este precepto, junto con la ya existente asunción de reparación de los perjuicios producidos con el hecho ilícito en forma de responsabilidad civil subsidiaria.[751]

Así, con carácter general, se ha afirmado que *"El mdelo vicarial peca tanto por defecto como por exceso"*[752], toda vez que impide, de un lado, que la empresa incumplidora pueda ser sancionada si no se identifica debidamente a la PF autora material del ilícito y, de otro, cuando todo delito cometido por ésta pueda calificarse como infracción de la propia PJ.

Lo cierto es que el Legislador ha tomado la decisión de incorporar al Derecho Penal español la RPPJ y por tanto, por difícil que resulte, hemos de acostumbrarnos a contemplar ésta como un caso de verdadera "auto responsabilidad" de la PJ.[753]

En tal sentido la RPPJ es propia y exclusiva de ella, distinta y al margen de la que

[749] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal", Diario La Ley num. 7534, 23 Dic. 2010, pag. 3.
[750] SSTS 514/2015, 154/2016 y 221/2016.
[751] Vid. art. 120 CP.
[752] FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el Código Penal español", Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2016, pag. 50.
[753] En relación con el contenido de la reforma de la LO 1/2015 en este punto se ha afirmado que: *"Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial…",* MAGRO SERVET, V., "El Derecho Penal de la Empresa en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de Marzo de Reforma del Código Penal", Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pag. 21.

hayan de asumir tanto la PF que comete la infracción prevista en el Libro II del CP como los miembros de los órganos rectores y de control, a los que quizá pudiera también alcanzar algún tipo de responsabilidad propia por esa comisión delictiva del tercero, según parecería deducirse del propio tenor del art. 31 ter cuando hace referencia a *"...las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control..."*

Lo que por otra parte podría haberse visto debidamente concretado, caso de prosperar el art. 286.6 incluido en el PRCP, dentro de un nuevo Capítulo XI del Título XIII del Libro II denominado *"Del incumplimiento del deber de vigilancia y control"*, que pretendía tipificar la conducta del representante o administrador, de hecho o de derecho, que omitiera, dolosa o imprudentemente, las medidas de vigilancia o control a las que nos venimos refiriendo. Supuesto de suma importancia que, no obstante, no encontró finalmente acogida en el texto aprobado de la LO 1/2015.

De ahí que, una vez más, tengamos que insistir en nuestra convicción[754] de que la figura típica atribuible a la PJ no es otra que la contenida, en su doble versión, en el art. 31 bis, ya que ésta es la única interpretación que permite distinguir perfectamente sendos ámbitos de responsabilidad, el de la PF referida al delito concreto de la Parte especial y el de la PJ centrado en las conductas descritas en el referido art. 31 bis, aproximándonos de este modo a sistemas, como el francés, el belga o el suizo, que apuestan claramente por el criterio de la responsabilidad propia de la PJ, a diferencia de otros, como el del Reino Unido o el alemán, que evidentemente siguen con claridad la línea de la hetero-responsabilidad o del "alter ego", o los ejemplos portugués y austríaco en los que se dan ambos supuestos de responsabilidad.[755]

Así vistas las cosas, la infracción cometida por la PF deja de ser la "fuente" de responsabilidad de la PJ para pasar a ser considerada, simplemente, como un "requisito", o "presupuesto", para la exigencia de aquella, configurándose, en realidad, como el necesario resultado de la conducta ilícita propia de la PJ moral sin el cual, por omisiva de control que fuere, resulta impune.

---

[754] Vid. apdo. 3.5.1

[755] DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y, A.I., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: Las directrices comunitarias y su implementación por los Estados" en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", De la Cuesta Azamendi, J.L. (Dtor.) y De la Mata Barranco, N.J., (Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pags. 141 y ss.

Criterio que vendría avalado además, entre otras razones, por la propia dicción del precepto al disponer que *"La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella"* (art. 31 ter.4 CP).

Si bien no se nos ocultan tampoco ciertas dificultades de carácter esencialmente "literalista" para semejante concepción de la tipicidad de la RPPJ, como cuando el mismo art. 31 bis.1 a) refiere que *"...las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto por..."*[756] o de acuerdo con el tenor literal de la fórmula reiteradamente empleada en los concretos delitos del Libro II que insisten, por ejemplo, en que *"Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los anteriores delitos..."*

De igual modo que el hecho de la inclusión de las figuras de RPPJ en un artículo, como el 31 bis, perteneciente al Libro I, es decir, a la Parte General del Código Penal, pudiera constituir una objeción "sistemática" a nuestra tesis, que lleva a una parte importante de la doctrina a entender que el art. 31 bis no incorpora la descripción del tipo aplicable a la RPPJ sino, tan sólo, una forma de participación de la PJ en el delito cometido por la PF o, incluso, una categoría especial de acción en la comisión de éste, a semejanza de la previsión contenida en el art. 11 CP.[757]

En cualquier caso, a mi juicio, las razones ya ampliamente expuestas en su momento[758], demostrativas de las ventajas que reporta nuestro planteamiento, de cara tanto a la identificación correcta de la tipicidad como de la culpabilidad en la RPPJ, con el esfuerzo por afirmar la responsabilidad autónoma y propia de la PJ, tal como nos parece que ha pretendido nuestro Legislador con esta novedosa regulación, constituyen una invitación irrechazable y un estímulo poderoso para la superación interpretativa de los escollos que anteriormente se habían detectado.

[756] Y en análogo sentido el apdo. b) del mismo precepto.
[757] Por ej. RODRÍGUEZ RAMOS, L., "¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)". Diario La Ley, num. 7561, 3 de Feb. 2011.
[758] Vid. apdo. 3.5.1.1

Ahora bien ¿cuáles son esas dos descripciones, contenidas en el art. 31 bis CP que integran, según nuestra interpretación, la tipicidad de la RPPJ, cuáles sus elementos constitutivos propios y su respectiva naturaleza, en dónde estriban las diferencias entre ambas desde el punto de vista de la RPPJ? Pasemos a analizar todo ello distinguiendo entre ambas vías legales para la imputación de la PJ, de acuerdo con el contenido del actual art. 31 bis CP.

3.5.3.3.1. La RPPJ en relación con los hechos delictivos cometidos por el representante o administrador de la PJ:

El art. 31 bis.1 dispone que *"En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma."*

Antes de la publicación de la LO 1/2015 era unánime la opinión de que desde el punto de vista de la culpabilidad al menos, ya que desde el de la tipicidad bien puede afirmarse lo contrario, es en este supuesto donde surgían las mayores dificultades para la determinación del elemento culpabilístico de la RPPJ, de modo que, tras la lectura del anterior art. 31 bis.1[759], se podría tener la convicción de que nos hallamos frente a un caso de verdadera responsabilidad objetiva.

Hasta tal extremo un planteamiento semejante nos resultaba inaceptable, a tenor de los ya reiterados principios básicos que rigen nuestro ordenamiento desde la norma constitucional hasta la propia del Código Penal, que urgentemente se hacía preciso poner manos a la obra para intentar localizar e identificar dónde se encontraba ese elemento de culpabilidad de la PJ en aquel precepto, al menos hasta que se aprobase la Reforma del CP tan esperada, que aportaría una clara solución a esta cuestión, al establecer un régimen de "ausencia del debido control" semejante al de la RPPJ derivada de la actuación ilícita del personal subordinado.

[759] Art. 31 bis 1 CP (según el texto originario introducido por la LO 5/2010).

Y ello por razones tanto axiomáticas e incluso de literalidad normativa[760] como, una vez más, por estrictos motivos prácticos, pues resultaba fácil comprender que la otra cara de la moneda de las razones dogmáticas para la exigencia de la culpabilidad como elemento esencial integrante de la infracción penal se encontraba en condicionamientos propios del ejercicio práctico del derecho de defensa.

Es decir, si la comisión del hecho delictivo por el representante o administrador de la PJ con los requisitos previstos en la norma: actuar en nombre o por cuenta de ésta y en su provecho en relación con alguno de los tipos delictivos expresamente previstos a estos efectos en el Libro II CP, conllevaba, de forma automática y sin excusa ni mayores consideraciones en relación subjetiva con la PJ, su responsabilidad penal, "*responsabilidad objetiva*", resultaría de toda evidencia limitada enormemente la PJ en cuanto a sus posibilidades de defensa en Juicio, que se reducirían a negar la existencia de la comisión del delito por la PF o de los requisitos, de naturaleza objetiva, que ya se indicaron, sin que se pudiera entrar a debatir dónde se alojaba la culpabilidad propia de la PJ como fundamento de la pena que le sería impuesta.

Para superar semejante conflicto, ante el que sin duda nos situaba la literalidad de la norma en aquel momento, resultaba, en principio, de plena utilidad todo lo referente al supuesto en que la comisión del delito se debiera a la actuación del personal subordinado, en especial sobre la calificación del título de imputación que corresponde, en estos casos, a la PJ como tal y de forma autónoma. En consecuencia la caracterización de la "acción punible" cometida por la PJ como conducta imprudente, pero que contemplaba el elemento de la ausencia del debido control, en el anterior art. 31 bis.1 parr. segundo CP, que obligaba a tener en cuenta, a la hora de dilucidar la existencia o no de responsabilidad de la PJ para tales supuestos, la existencia del debido control, con lo que despejaba el camino para alejarnos de automatismos y responsabilidades de carácter objetivo.

No estaríamos, por tanto, ante la duplicidad de los supuestos diametralmente distintos, en relación con la culpabilidad, a la que tantos autores se refirieron en su momento, antes de la LO 1/2015[761], sino frente a dos vertientes de un mismo fundamento de culpabilidad, diferenciados por la diversidad de la PF autora del delito de referencia, en

[760] Vid., de nuevo, los arts, 5 y 10 CP.
[761] Por ej., CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F., en "Comentarios a la Reforma Penal de 2010", dirigidos por ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pag. 73.

primer lugar, pero también por algún otro elemento a los que ya nos hemos referido y que volveremos a abordar más adelante.[762]

Reiteradamente sostuvimos[763] que resultaba obligada una interpretación de esta clase, por difícil que resultase ante el tenor literal del precepto, si no queríamos incurrir en un gravísimo desprecio de los principios básicos de nuestro ordenamiento penal y, a la postre, con daño para el ejercicio del derecho de defensa por parte de la PJ imputada.

En concreto, el esfuerzo se dirigía a conseguir un "terreno de juego" en el que a quien asumiera la defensa de los intereses de esa PJ le fuera realmente posible aportar argumentos eficaces al debate judicial para la discusión acerca de la presencia de un comportamiento verdaderamente culpable.[764]

A partir de ahí no sólo entrarían en cuestión las posibilidades de alegación y prueba de la existencia/inexistencia del delito atribuido a la PF, la autoría y caracteres de ésta o el resto de elementos objetivos contenidos en la descripción legal, sino también el dato de la relación de los mismos con la culpabilidad atribuible a la PJ en los hechos enjuiciados.

Y en tal sentido, no sólo la polémica acerca de la existencia o no de suficientes medidas de control por parte de la organización también respecto de la conducta de sus representantes o administradores, criterio de la "*culpa in vigilando*", podría, y debería, ser llevada al enjuiciamiento, sino que así mismo incluso, para este caso concreto, entraría en juego el debate a propósito de la concurrencia de una eventual "*culpa in eligendo*" para aquel supuesto en el que la designación de las personas no hubiere recaído sobre quienes reunieran una mínima idoneidad.

Correspondería en cualquier caso la alegación y acreditación de la existencia de tal imprudente comportamiento de la PJ a la Acusación, como parte obligada a soportar la carga probatoria de la existencia del ilícito cuando, por citar un claro ejemplo, se sostuviera la responsabilidad de la PJ por su descuidada designación de personas inidóneas para tales cargos al recaer sobre ellas anteriores condenas por la comisión de hechos análogos a los

[762] Vid. apdos. 3.4.4.
[763] MAZA MARTÍN, J.M., "Prevención de riesgos penales. El régimen legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones sustantivas generales", en el Manual del "Programa ejecutivo de compliance officer (controller jurídico)", Módulo 2, Ed. Wolters Kluver (Formación), Madrid, 2015, pag. 4.
[764] HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables", Diario La Ley num. 7427, 18 Jun. 2010, pags. 8 y ss.

perpetrados en el seno de la organización.[765]

Pudiendo lógicamente, a su vez, aludir la Defensa a la ausencia de acreditación bastante de semejantes extremos.

Sólo de esta forma se podría cabalmente conformar una interpretación de la norma acorde y respetuosa con los principios y garantías del ordenamiento penal, en el ámbito de la figura prevista en relación con los delitos cometidos, en el seno de la organización, por sus representantes y administradores, evitando los peligros de la "responsabilidad objetiva".

Pues, como nos dice QUINTERO, G., es preciso *"...comprender también que las organizaciones o entes pluripersonales pueden tener conocimientos, proyectos, objetivos y decisiones, y aunque no tengan la "voluntad personal" sí tienen conciencia de las consecuencias de sus planes, o pueden adolecer de falta de una conciencia exigible sobre las derivaciones de decisiones. Desde esa contemplación puede sostenerse, y así lo han hecho ya los que han estudiado el tema, que las organizaciones en el plano cognoscitivo pueden tener el conocimiento propio del dolo o de la imprudencia."*[766]

En consecuencia, de las tres alternativas que la doctrina[767] ha venido señalando como posibles modelos a seguir en el tratamientode la RPPJ, a saber, el modelo del hecho de conexión, el de culpabilidad por defecto de organización vinculado al hecho delictivo de la PJ o el de culpabilidad por defecto de organización como injusto propio de la PJ, lógicamente aquí se opta, como podrá comprobarse en todo momento, por este último y para todos los supuestos, entre otras razones por ser el que mejor se acomoda al exigible respeto de los derechos y garantías de la PJ a la hora de su enjuiciamiento penal.

Pues bien, la dicción del nuevo art. 31 bis.2 CP, tras la reforma de la LO 1/2015, sigue absolutamente esa línea, al establecer una serie de requisitos para la exención de la RPPJ que, en realidad y en sentido positivo, configuran lo que debería calificarse como la existencia de un adecuado control, excluyente de esa responsabilidad, como elemento negativo típico de la infracción.

---

[765] MAZA MARTÍN, J.M., "Prevención de riesgos penales. El régimen legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones sustantivas generales", en el Manual del "Programa ejecutivo de compliance officer (controller jurídico)", Módulo 2, Ed. Wolters Kluver (Formación), Madrid, 2015, pag. 39.

[766] QUINTERO OLIVARES, "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas físicas", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario". Pags. 163 y ss. Estudios de Derecho Judicial. 115/2007 CGPJ, pag. 188.

[767] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pags. 73 y ss.

Con ello, obviamente se estaba introduciendo, por fin, en el juicio sobre la RPPJ, aquellos elementos culpabilísticos, propios de la PJ, que tanto reclamábamos.[768]

De hecho, el mencionado precepto dice así : *"2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:..."*

Sin volver a incidir en la cuestión relativa al acierto, o no, de enumerar dentro de la norma penal estos requisitos[769], que intentan describir las condiciones en las que puede afirmarse la existencia de un control efectivo como parte de una circunstancia de exención de responsabilidad, en lugar de integrantes del elemento nuclear del tipo objetivo del delito, ni intentando entrar en materias que exigirían un análisis desproporcionado a los efectos de nuestra finalidad en este estudio, sí que quizá merezca la pena hacer unas breves reflexiones ante un cambio tan esencial en el tratamiento del régimen de la RPPJ, cuando el autor del delito "*presupuesto*" sea el representante o directivo de la PJ y no un miembro del personal subordinado.

Como queda dicho, esta cuestión se aloja en el núcleo y justificación misma de la reforma de 2015, pues supone salir al paso de las interpretaciones "*objetivistas*" de la RPPJ en estos supuestos, como la seguida por la CFGE 1/2011.

Para ello, el Legislador de esta reforma lo que hace es incorporar una enumeración de exigencias que, una vez debidamente cumplidas y acreditadas, supondrían la exoneración de responsabilidad para la PJ.[770]

Aunque se trate de una materia que merecería más amplio y oportuno tratamiento en un trabajo dedicado en exclusiva al análisis de la "compliance"[771], o protocolo de

---

[768] OBSERVATORIO DERECHO PENAL Y DELITOS ECONÓMICOS 2011 DE LA CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS - KPMG, "La culpabilidad de la persona jurídica en su régimen de responsabilidad penal en aplicación de la eximente contemplada en el apartado dos del artículo 31 bis del Código Penal", Diario La Ley, n.o núm. 8915, de 6 de Febrero de 2017, pags. 4 y ss.

[769] En Italia regulados fuera del texto codificado, mediante el Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231, sobre "la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, de las sociedades y de asociaciones sin personalidad jurídica" que, por otra parte, tiene un contenido semejante al de nuestra norma actual, que viene a ser una mera traducción del texto italiano.

[770] CAMACHO, A. y URÍA, A., "El impacto de la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica el Código Penal en los sistemas de "corporate compliance" de las personas jurídicas", Diario La Ley num. 3328/2015, 19 de May. 2015, pag. 14.

[771] *"Un Compliance Program no es más que el conjunto sistemático de medidas adoptadas por la empresa destinadas a garantizar dicho cumplimiento y que abarcan no sólo la prevención , sino también la detección y*

cumplimiento[772], conviene dejar aquí al menos constancia literal de tales requisitos legales que son los siguientes:

"1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica[773] con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

---

la reacción frente a los delitos", FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el Código Penal español", Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2016, pag. 77.
Por otra parte, la importancia del "compliance" es evidente cuando, por ej., su inexistencia obliga a excluir de los procesos de contratación pública a aquellosoperadores que hayan incurrido además en ciertos delitos, según la Directiva 2014/24/UE. Vid. al respecto MARTÍN BOADO, A., "El nuevo Código Penal no perdona los delitos cometidos por los Directivos de una Organización", Instituto Español de Ética 6 Compliance, Azierta, PM Farma, Septiembre-Octubre (nº 137).

[772] Aunque el asunto de los programas de control o de cumplimiento resulta, como es lógico, nuclear en el análisis de la RPPJ, de acuerdo con lo que venimos diciendo, obvio es que, en este estudio, no pueden tener cabida todos los complejísimos aspectos relativos a su contenido, confección, implementación, seguimiento, evaluaciones, etc., tareas propias de verdaderos especialistas y de carácter casuístico e interdisciplinar.
No obstante, sobre esta materia existen ya en nuestro país una serie de trabajos, monografías y artículos especializados, de extraordinario interés científico, que abordan tanto los aspectos jurídicos como estrictamente de organización empresarial que la cuestión plantea, permitiéndome recomendar, sin ánimo alguno de exhaustividad, los siguientes:

- CASANOVAS YSLA, A., "Legal compliance. Principios de cumplimiento generalmente aceptados", Ed. Economist&Jurist, Madrid 2012.
- VARIOS AUTORES, "El Derecho Penal económico en la era compliance", Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (Dtores.), ED. Tiranto lo Blanch, Valencia, 2013.
- VARIOS AUTORES, "Compliance y Teoría del Derecho Penal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2013.
- LÓPEZ ASENCIO, P., "Prevención de la responsabilidad y programas de cumplimiento", en "Responsabilidad penal de personas jurídicas en la Gestión económica de la Empresa", CABEZUELA SANCHO, D. y otros, parrs. 650 y ss. Eds. Francis Lefebvre, Madrid, 2011.

[773] Se discute la posibilidad de que dicho órgano de control pueda ser extermo a la PJ. Vid., por ej., OBSERVATORIO DERECHO PENAL Y DELITOS ECONÓMICOS 2011 DE LA CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS - KPMG "Requisitos de los modelos de organización y gestión para la prevención del delito en el seno de la persona jurídica tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015", Diario La Ley num. 8596, 2 de Septiembre de 2015, pag. 9.

4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª."

Lo que se traduce, desde el punto de vista de la construcción de un adecuado modelo de cumplimiento, en una serie de exigencias que deberían reunir los "planes de prevención de delitos" contemplados en la norma, de acuerdo con el art. 31 bis 5.[774]

Por otra parte, como se podrá apreciar fácilmente, en el texto transcrito figuran una serie de conceptos jurídicos indeterminados, de carácter esencialmente valorativo (*"eficacia", "idoneidad", "de forma significativa"*, etc.), cuyo verdadero alcance e interpretación será tarea en un futuro de los pronunciamientos de los Tribunales y, en especial, de aquellos con verdadero valor jurisprudencial.

Por otra parte, en orden a la valoración de la calidad de los modelos de cumplimiento, o "compliances", no debe olvidarse la existencia de normas internacionales de certificación de su calidad, como la ISO 19600 (sobre sistemas de gestión de "compliances") o la 37001 (sobre sistema de gestión de lucha contra el soborno), que se refieren a esta materia y que, por otra parte, son aludidas expresamente en la CFGE 1/2016 que, en su Conclusión 19ª.3 dice: *"Las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más de la adecuación del modelo pero en modo alguno acreditan su eficacia, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial."*

En nuestro país, y por ello adaptada al ordenamiento jurídico español específicamente, existe así mismo la norma UNE 19601/2016, en desarrollo de la UNE-ISO 19600/2014.

Un buen análisis sobre el valor de las normas de certificación, no sólo en nuestro país sino también en otros como Italia o Chile puede encontrarse en GUTIÉRREZ PÉREZ, E., "Los compliance programs como eximente o atenuantede la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La "eficacia o idoneidad" como principios rectores tras la reforma de 2016", Revista General de Derecho Penal 24 (2015).

También a este respecto ALEXANDRE GONZÁLEZ, J., "El papel de la certificación en los modelos de prevención penal", Diario La Ley, num. 8848, de 21 de Octubre de 2016, que, a su vez, define el "Compliance" como *"...conjunto de políticas, procedimientos y controles que las compañías deben integrar en el desarrollo habitual de sus actividades con el fin de evitar la comisión de delitos en el seno de las mismas"*, pag. 1, a la vez que recuerda que *"Es igualmente cierto que ninguna empresa certifocadora puede sustituir la valoración del modelo que llegad el caso haga el juez o el tribunal, desde luego eso no sería compatible con un Estado de Derecho como el nuestro; pero ello no resta un ápice de valor al hecho de que una compañía, además de contar con un modelo deprevención penal, pueda acreditar que dicho modelo está certificado por un tercero independiente. Todo ello reforzará indudablemente el compromiso de la compañía con el establecimiento de una cltura de cumplimiento y más concretamente permitirá probar, llegado el caso, que se ve suficientemente colmada la exigencia desupervisión que se señala reiteradamente en nuestro ordenamiento jurídico"*, pag. 4.

Igualmente NEIRA PENA, A.Mª., "La efectividad de los "criminal compliance programs" como objeto de prueba en el proceso penal, Política Criminal, Vol. 11, num. 22 (Diciembre 2016), pags. 467 a 520.

[774] CAMACHO, A. y URÍA, A., "El impacto de la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica el Código Penal en los sistemas de "corporate compliance" de las personas jurídicas", Diario La Ley num. 3328/2015, 19 de May. 2015, pag. 14.

Para que la exoneración de responsabilidad se produzca deberán concurrir igualmente elementos como la elusión fraudulenta por la PF autora del delito de los modelos de organización y prevención implementados, es decir, que la infracción se haya cometido con desconocimiento por parte de los órganos de control de la la PJ y que no se haya producido un defectuoso ejercicio, por inexistencia o insuficiencia, de las funciones de *"supervisión, vigilancia y control"* encomendadas al órgano al que seguidamente nos referiremos, pues importancia capital se otorga a un órgano de supervisión de la propia PJ que tenga, como características esenciales, las de autonomía de iniciativa y control, siendo por otra parte al menos cuestionable la posible "externalización" de esta función.

Complementariamente a ello también hay que señalar que *"3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada."*[775]

A su vez, los referidos *"modelos de organización y control"* cumplirán los siguientes requisitos:

"1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

[775] Art. 31 bis 3 CP.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios."[776]

Cuestiones como la de la disponibilidad de suficientes recursos financieros, que ha de entenderse como de obligada asignación al órgano de control para poder cumplir adecuadamente sus funciones, la viabilidad o características y condiciones de las denuncias e informaciones internas, anónimas o no, y su relación con la legislación de protección de datos, o la posibilidad de imposición unilateral, por parte de la empresa, de un sistema disciplinario especial sobre sus trabajadores y en relación con esta materia, son aspectos que, sin duda, habrán de generar las correspondientes polémicas, más propias del examen minucioso de los contenidos de una correcta "compliance" que de un trabajo como el presente.[777]

Se detectan, así mismo, importantes lagunas en la previsión legal de los requisitos para la existencia de unos adecuados "modelos de control", ocupando, como ej., un lugar destacado la ausencia de mención de las necesidades formativas del personal de la PJ en la materia.[778]

Por otro lado, a continuación y en el mismo precepto también se dice que: *"En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena."*[779]

La importancia, por tanto, de la existencia de un correcto "modelo" lleva a la necesidad de centrar la atención en el protagonismo de esa figura que se conoce como "compliance officer", cuya adecuada inserción en la empresa y correcta actuación

[776] Art. 31 bis 5 CP.
[777] Vid. MELGAR MARTÍNEZ, L., "Trabajadores, medios tecnológicos y control empresarial", Diario La Ley num. 2 (Sección Legal Management), 20 de Diciembre 2016.
[778] Vid., por ej., PASTOR CABALLERO, C., "Compliance en un entono global ¿Hacia dónde vamos?", pags. 127 y 134.
[779] Último parr. del apdo. 5 art. 31 bis CP. Se trata de una nueva circunstancia de atenuación, con sus especiales características, a añadir al catálogo del art. 31 quáter CP, de las que nos ocuparemos, junto con ésta, en el apdo. 3.6.1.

dentro de la misma habrá de ser perfilada por la doctrina judicial, si bien algún autor[780] ya ha avanzado alguna de las líneas que, en un futuro, pudiera seguir esta interpretación, tales como:

"

(i) Información: establecer sistemas de control y vigilancia en virtud de los cuales el "compliance officer" pueda acceder a la información necesaria para desempeñar sus funciones con las mismas injerencias por parte de los "sujetos controlados":

(ii) Reporte: establecer sistemas de reporte del "compliance officer" directamente a las más altas instancias de la persona jurídica evitando, en la medida de lo posible, presiones internas;

(iii) Personal: para garantizar al máximo su independencia, es recomendable que no esté formado por administradores (por lo menos en su totalidad) y que las personas integrantes del órgano tengan conocimiento jurídicos y en materia de ética y deontología así como que estén en contacto directo con el funcionamiento de la empresa.

Finalmente, en caso de que se encomiende las funciones de órgano de supervisión y control de los planes de prevención de delitos a un órgano ya existente de la persona jurídica con funciones de control interno, el órgano de administración, en tanto que encargado de implementar los planes de prevención, deberá esforzarse en que queden claramente distinguidas las funciones de control interno propias de dicho órgano y la de prevención de delitos. Ello para evitar que un juez penal aprecie que se trata de un órgano multidisciplinar en el que se tratan diversas materias y que, en la práctica, la función de corporate compliance" ha quedado diluida."[781]

A lo que, a mi juicio, debería añadirse además la estricta comprobación de que existe una atribución a los *"…modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para*

[780] CAMACHO, A. y URÍA, A., "El impacto de la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica el Código Penal en los sistemas de "corporate compliance" de las personas jurídicas", Diario La Ley num. 3328/2015, 19 de May. 2015, pag. 16.
[781] Vid. así mismo "Libro Blanco sobre la función de Compliance", ASCOM. Marzo 2017.

impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos", tal como dispone expresamente el art. 31 bis. 5 3º CP.

Y todo ello, por supuesto, sin olvidar que *"Del texto de la reforma se desprende que es esencial que el "compliance officer" ejerza sus funciones de la forma más independiente posible. Claro está que, al ser un órgano de la persona jurídica, nunca podrá ser completamente autónomo pues habrá de ser nombrado por el órgano de administración que, por otro lado, está formado por los sujetos "controlados" por el "compliance officer". A priori no resulta fácil prever cómo evaluarán los tribunales si el órgano de control cumple con los requisitos necesarios para aplicar la exención de responsabilidad penal introducida por la reforma."*[782]

Vinculado con todo lo cual resultará también importante, aunque no sea objeto de estudio en este trabajo, la determinación de la concreta posible responsabilidad del Officer en los supuestos de RPPJ, tema por demás actual y polémico, que divide a la doctrina, entre quienes atisban la posibilidad de alguna clase de responsabilidad, por omisión al menos[783], afirmando la existencia de un "deber de garante" que alcanza a dicha figura, en relación con los delitos cometidos por la PF en su ámbito de control[784], los que, por el contrario, niegan esa posibilidad[785] y alguna postura intermedia.[786]

[782] CAMACHO, A. y URÍA, A., "El impacto de la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica el Código Penal en los sistemas de "corporate compliance" de las personas jurídicas", Diario La Ley num. 3328/2015, 19 de May. 2015, pag. 15.
[783] Art. 11 CP.
[784] Por ej., GARCÍA-ZURITA FERNÁNDEZ MARCOS, R., "Análisis de la responsabilidad penal del Compliance Officer", en prensa.
[785] Por ej., DOPICO GONZÁLEZ ALLER, J., "Posición de garante del *compliance officer* por infracción del "deber de control": una aproximación tópica", en en "El Derecho Penal económico en la era compliance", Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (Dtores.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pags. 165 y ss.
[786] Por ej., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La responsabilidad penal del Compliance Officer", Conferencia pronunciada el 19 de Diciembre de 2015 en Fundación Areces, Madrid (consultar en la pag. Web de la Fundación), en donde se analiza la importante Sentencia del Tribunal Supremo alemán en esta materia, de fecha 17 de Julio de 2009, con cita de la doctrina que igualmente la ha estudiado, como en nuestro país ORTIZ DE URBINA, ROBLES, SILVA SÁNCHEZ o DOPICO, para concluir en que *"…se percibe con claridad que entre las funciones del órgano de Compliance –y por ende del Compliance Officer-, no figura la de evitar la comisión de delitos. Por lo tanto, si el estándar internacional en materia de Compliance asigna una posición de garante al Compliance Officer respecto de la comisión de delitos en el seno de la organización, su responsabilidad en comisión por omisión – salvo en los casos específicamente previstos legalmente- sólo puede fundamentarse por no impedir o no interrumpir – en caso de que contractualmente tenga facultades para ello, lo cual no suele ser el caso- la comisión del delito del cual tiene conocimiento de que se está cometiendo o se va a cometer."*

En definitiva, habrá siempre de tenerse en cuenta el importante matiz, al que ya hace referencia nuestra Jurisprudencia[787], de la necesidad de modulación de esa exigencia de instrumentos de control, que podrá variar en relación con las posibilidades, financieras, estructurales, organizativas, etc., de la PJ de que se trate en cada ocasión.

De modo que no pueden erigirse en requisitos universalmente necesarios los enumerados en la norma para la obtención de la circunstancia de exoneración sino que, antes al contrario, la suficiencia para eludir, con carácter más amplio y genérico, la RPPJ debe cifrarse en modelos de control adecuados a las posibilidades de la entidad que lo que evidencien sea una "cultura de fidelidad al Derecho", en los términos que marca el fundamento y los objetivos de Política Criminal del sistema.

3.5.3.3.2. La RPPJ en relación con los hechos delictivos cometidos por el subordinado del representante o de los administradores de la PJ.

La segunda de las descripciones contenidas en el art. 31 bis CP, como presupuesto de la RPPJ, es, en la nueva redacción de la LO 1/2015, la del apdo. 1 letra b), a la que ya tuvimos oportunidad de referirnos páginas atrás, que dice así:

"…las personas jurídicas serán penalmente responsables: b) de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso."

A diferencia de lo acaecido con el anterior supuesto delictivo requisito de la RPPJ, el delito cometido por el representante o administrador, los elementos subjetivos de

[787] STS 154/2016: "*Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 parr. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica.*"

culpabilidad por parte de ésta, en el caso de la comisión delictiva por el subordinado jerárquico, ya figuraban expresamente contemplados en la redacción del art. 31 bis.1, incorporada por la reforma de la LO 5/2010, cuando se aludía a *"...no haberse ejercido sobre ellos el debido control..."*

"Ello supone que, también por primera vez, se concreta con carácter general en el Código Penal español un "deber de supervisión" de los superiores respecto de los empleados, ya que, además de que el hecho se haya cometido por cuenta y en provecho de la persona jurídica, se establece el requisito de que dicha actuación delictiva haya sido posible porque las personas físicas a cuya autoridad estaban sometidos no han ejercido sobre ellos el debido control."[788]

En anterior apartado de este trabajo[789] ya se abordó, a propósito del estudio de la tipicidad de la RPPJ, desde el punto de vista objetivo esencialmente, el significado atribuible a las expresiones contenidas en dicha descripción, en relación con la acción, sujetos, ámbito delincuencial de referencia, etc., por lo que cumple ahora pasar al dictado de unas breves líneas acerca tan sólo del elemento de culpabilidad que integra dicho precepto.

Partiendo del fundamento de la culpabilidad de la PJ, en los términos ya descritos con carácter general, resulta fácil acceder, ante la redacción de este precepto, al lugar en el que ha de encontrarse el origen de la RPPJ, que no es otro que el del *"defecto de control"*, consecuencia por tanto de una ausencia de *"cultura de fidelidad al Derecho"* por parte de la organización.

Ese "defecto de control", a su vez, deriva en la norma en una formulación evidente de carácter imprudente al decir el precepto que habremos de estar, como requisito o presupuesto para la ulterior deducción de responsabilidad autónoma y propia de la PJ, ante la comisión de unos hechos delictivos, por parte de las PF sometidas a la autoridad de los responsables de la propia PJ, cuya ejecución se ha visto posibilitada por la actuación de los correspondientes responsables de la PJ *"...por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad"*, con el añadido de una curiosa, y quizá innecesaria, referencia a la inevitable casuística propia de estos supuestos, al concluir diciendo *"…atendidas las concretas circunstancias del caso."*

[788] LÓPEZ ASENCIO, P., "Prevención de la responsabilidad y programas de cumplimiento", en "Responsabilidad penal de personas jurídicas en la Gestión económica de la Empresa", CABEZUELA SANCHO, D. y otros, parr. 715. Eds. Francis Lefebvre, Madrid, 2011

[789] Vid. apdo. 3.4.2.

Nosotros identificamos claramente esa descripción con la categoría clásica de la "culpa in vigilando" y, entendemos, como ya se dijo, que se trata de un actuar culposo de la PJ, lo que en cierta medida facilita las cosas puesto que, aunque es cierto que *"...nunca va a establecerse una analogía exacta entre el dolo o la culpa de un ente colectivo, con el dolo o la culpa de la persona física"*[790], si complicado resulta el análisis de la culpabilidad de un ente que carece de elementos psicológicos de conocimiento y voluntad por sí mismo con referencia a un actuar culposo, como en el caso de estos responsables penales, más difícil aún, si cabe, sería la construcción, en tales supuestos, de una hipótesis de intencionalidad dirigida a la consecución de un determinado fin,[791] por no hablar de la posibilidad del dolo eventual, categorías tan excesivas y ajenas al esfuerzo de configurar una culpabilidad sobre la base de los defectos en la organización de un ente colectivo, caracterización dolosa que, por otra parte, definitivamente no permite la dicción misma del precepto que analizamos como se deduce de todos estos comentarios.

Por supuesto que se trataría, además, de una conducta omisiva, aunque éste sería un dato propio de la tipicidad, pero de omisión del exigible deber de cuidado, como elemento propio de la estructura imprudente, lejos, a nuestro juicio, de ese "*deber de garante*" que grava a la PJ según diversas y prestigiosas voces como la del Prof. RODRÍGUEZ RAMOS[792], y que conduciría a la idea de la "*omisión impropia*" o "*comisión por omisión*" contenida como forma especial de acción, para las PPFF, en el art. 11 CP, pues ello no casaría con nuestro concepto de tipicidad aplicable a la RPPJ, que se basa en la idea del delito imprudente con exclusividad.[793]

Evidentemente si el delito que la PJ comete se agota en su descripción en las fórmulas legales que aquí analizamos (art, 31 bis.1), de acuerdo con lo explicado reiteradamente, no cabe hablar de un "*deber de garante*" que se presentaría como forma de participación, comisiva impropia, en la infracción realizada por la PF.

---

[790] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. L. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Principales problemas de imputación", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario". Pag. 110.

[791] Muy recomendable en este punto el trabajo de ARTAZA VARELA, O., "La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamento y límites", ed. Marcial Pons, Madrid 2013, en el que se sostiene, con exhaustividad de argumentos, la posibilidad de construir una "intencionalidad" en el comportamiento de los entes colectivos.

[792] RODRÍGUEZ RAMOS, L. RODRÍGUEZ RAMOS, L., "¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)". Diario La Ley, num. 7561, 3 de Feb. 2011.

[793] Vid. apdo. 3.5.1.

Antes al contrario, nuestra tesis insiste en que se trata de una mera omisión del deber de cuidado simplemente, constitutiva por tanto de una acción imprudente en la que la omisión consiste, como en cualquier figura culposa, en esa propia exclusión del deber de cuidado, en este caso constituida por la negligencia en el ejercicio del control, o vigilancia, sobre las PF vinculadas a la actividad de la PJ, que, como resultado posible, el delito cometido por la PF origina.[794]

Y ello ha de ser forzosamente así, en mi opinión, porque ésta sería la única forma de eludir otro problema realmente complejo como el que supone dar entrada a una forma de comisión culposa en una serie de delitos, la práctica totalidad de los comprendidos a estos efectos en el Libro II CP, que no contemplan más que la figura de la acción dolosa en su tipificación, cuando sabemos que el art. 12 CP dispone que *"Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley."*

Pues, aunque considerásemos que ese problema de legalidad se salva con la existencia del art. 31 bis[795] ¿Cómo podría entenderse, por ejemplo, que un delito de falsificación de tarjetas bancarias, que sólo puede llevarse a cabo dolosamente por la PF, sí que admite su comisión imprudente en el caso de la PJ, que participaría en él a través del incumplimiento de su "deber de garante"?

La única solución parece que vuelve a ser la de considerar que el delito imprudente cometido por la PJ no es otro que el de la ausencia de control suficiente sobre sus integrantes, personas físicas, que, a su vez, resultan, por la posibilidad que ello les ofrece, autores de uno de los delitos del concreto inventario cerrado, "*numerus clausus*", la Parte Especial, Libro II, del CP.

En este sentido, se cerraría la estructura necesaria del delito culposo comprobando que la infracción de la PF viene a ocupar el lugar del resultado de la acción imprudente, como requisito imprescindible para la existencia de cualquier responsabilidad a título de culpa.

Dicho todo lo cual tan sólo nos quedaría, para dar por finalizado este apartado, la exposición de unas breves consideraciones respecto de qué debería entenderse como "*debido*

[794] MAZA MARTÍN, J.M., "Prevención de riesgos penales. El régimen legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones sustantivas generales", en el Manual del "Programa ejecutivo de compliance officer (controller jurídico)", Módulo 2, Ed. Wolters Kluver (Formación), Madrid, 2015, pag. 4.
[795] ROSO CAÑADILLAS, R., "Derecho Penal, prevención y responsabilidad social corporativa", en "Derecho Penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig", Madrid, 2010.

control", en relación no con la tipicidad objetiva sino como exponente de la existencia de la culpabilidad en la conducta de la PJ.

A tal respecto, cabe resaltar que éste habrá de ser, a buen seguro, el "*caballo de batalla*" más frecuente en los debates suscitados con motivo del enjuiciamiento de la RPPJ y que debe tenerse en cuenta de que se trata de una cuestión obviamente sometida a la casuística del caso concreto, pero de la que también se pueden apuntar algunas notas con vocación de generalidad como las siguientes:

* En primer lugar, que el *"debido control"*, ahora *"deberes de supervisión, vigilancia y control"*, no ha de identificarse automáticamente con la idea de un *"control suficiente"*, en especial si tal término se relaciona con el de "eficacia", término por otra parte incluido expresamente en el precepto actual, que precisa ser correctamente entendido como "idóneo" desde un análisis "ex ante", toda vez que, si no se hiciera así, resultaría que la mera existencia del delito cometido por la PF supondría la evidencia de la insuficiencia, o ineficacia, del control realizado y, en consecuencia, la atribución de responsabilidad a la PJ en un régimen de exclusiva objetividad inaceptable.[796]

* Por tanto, el "control debido" sobre las personas enumeradas en el precepto habrá de suponer un nivel de vigilancia "razonable", atendidas las circunstancias concretas del caso, que evidencie la existencia de la tan repetida "cultura organizativa de fidelidad al Derecho" que constituye el fundamento de la RPPJ.

* En otro sentido, cabe afirmar que ese "control debido", que de alguna forma ha de medirse objetivamente, independiente de otras razones o circunstancias tales como el coste económico que haya supuesto para la PJ, que podrá tomarse como dato indicativo de la referida "cultura" empresarial pero en ningún caso como argumento definitivo para determinar el grado del control al que la norma define como el "debido", generalmente, en la práctica, se identificará, a pesar de las reservas al

[796] Criterio del que parece participar la CFGE 1/2011. Vid. al respecto, por ej., GUTIÉRREZ PÉREZ, E., "Los compliance programs como eximente o atenuantede la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La "eficacia o idoneidad" como principios rectores tras la reforma de 2016", Revista General de Derecho Penal 24 (2015), pag. 13.

respecto de la CFGE 1/2011[797], con la existencia de protocolos de prevención del delito, o "criminal compliance", elaborados por profesionales expertos en la materia, de tan tradicional como extensa y relevante presencia en otros ordenamientos pioneros en esta clase de responsabilidad empresarial.[798]

* Sin que, no obstante, se agote en esa existencia de la implementación inicial de adecuadas previsiones protocolarias el ejercicio de lo que ha de ser un "*debido control*" por parte de la PJ, puesto que también habrá de tenerse en cuenta, a la hora del enjuiciamiento, el desarrollo y seguimiento de las mismas, es decir, el rigor en su ejecución y no sólo la calidad de las previsiones.[799]

* Debiendo tener muy presente el que todo lo anterior no excluye, por supuesto, otras posibilidades de control, distintas de las establecidas por las "*criminal compliance*", que, sobre todo en el caso de las PJ de menor tamaño y capacidad financiera, pudiera establecer la organización, adaptándolas a sus concretas circunstancias y valiéndose para ello de los medios disponibles a su alcance.[800]

Con todos estos elementos y otros más que, sin duda, irán encontrándose a lo largo de la aplicación judicial de la norma, podrá llegar a perfilarse el concepto de "*control debido*" que, como decíamos, formará de modo inevitable la cuestión nuclear del debate acerca de la culpabilidad, o no, de la PJ.

De hecho, como ya se ha dicho anteriormente, el artículo 31 bis, tras la LO 1/2015,

[797] DOLZ LAGO, M.J., "Sobre el estatuto penal de la persona jurídica como sujeto responsable. A propósito de la circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011", Diario La Ley núm. 7665, 2011.
[798] Vid. VELÁZQUEZ VIOQUE, D., entre muchos otros.
[799] CASANOVAS YSLA, A. "Legal compliance. Principios de cumplimiento generalmente aceptados", Ed. Economist&Jurist, Madrid 2012, pag. 183.
[800] El cumplimiento estricto de los requisitos establecidos en el art. 31 bis CP, respecto de las exigencias aplicables a los mecanismos de control ocupa su lugar, de significada trascendencia, en orden a la "obtención" de la causa de exención de la responsabilidad pero, al menos en teoría, no monopoliza las posibilidades de acreditación de un control efectivo. De igual manera que, a pesar del estricto cumplimiento de esos requisitos, pudiera cuestionarse la crítica a la suficiencia del modelo, si no concurren otros elementos generalmente considerados como esenciales para su eficacia, aunque no se recojan expresamente en el precepto (por ej. Las necesarias actividades de formación de los integrantes de la empresa en esta materia del riesgo penal. Vid. al respecto, por ej., MARSH RISK CONSULTING, "Decálogo de gestión del riego penal. Responsabilidad penal de la empresa", Servicio de Estudios Marsh España, Madrid 2016, pag. 23, y también MARTÍNEZ PUERTAS, L. y PUJOL CAPILLA, P, "Guía para prevenir laresponsabilidad penal de la empresa, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2015, pag. 73).

precisamente incide de forma esencial en esta materia, al integrar en la norma toda una serie de requisitos concretos en orden a determinar la existencia real de unos correctos controles dentro de la PJ que, aunque dirigidos inicialmente a los supuestos de delitos cometidos por los representantes o administradores de la PJ, igualmente resultan de aplicación, por la vía de la fórmula de la causa de exención de la responsabilidad, a esta segunda fuente de RPPJ[801] cuando en el apartado 4 del art. 31 bis se dice:

"Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo."

Finalmente tan sólo dejar en este punto constancia de la siguiente reflexión: ¿a la vista de la equiparación del tratamiento de ambos supuestos, dependientes de que la PF autora del delito originario fuera uno de los responsables o un subordinado a éstos, se justifica hoy su regulación por separado?

3.5.3.4. Las circunstancias que pudieran excluir la culpabilidad de la PJ.

Llegados a este punto cabría preguntarse si, como contrapartida a los criterios de imputación de RPPJ a los que nos hemos referido en las páginas anteriores, resulta adecuada la posibilidad de oponer circunstancias que, desde el punto de vista de la culpabilidad, eximan de esa responsabilidad.

Se ha de tratar, obviamente, de circunstancias preexistentes a la comisión del hecho delictivo, del mismo modo que quedan excluidas por razones ontológicas en las que no es preciso insistir, aquellas que se erigen en causa de justificación de las conductas delictivas llevadas a cabo por la PF (legítima defensa o estado de necesidad) e, igualmente, las que suponen la inexigibilidad de un comportamiento distinto (miedo insuperable o cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo).

[801] Así lo afirman claramente, por ej., CAMACHO, A. y URÍA, A., "El impacto de la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica el Código Penal en los sistemas de "corporate compliance" de las personas jurídicas", Diario La Ley num. 3328/2015, 19 de May. 2015, pag. 15.

De otra parte, hay que recordar también nuevamente que, como expresamente, dice la propia norma *"La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas..."*[802]

Así que por esta vía: la concurrencia de una circunstancia eximente en la PF autora del delito, que afecte a su culpabilidad, precedente a la infracción de la que la PJ es responsable no puede erigirse en causa de exención de la responsabilidad penal de ésta.

Desde este punto de vista, podríamos afirmar que, salvo la presencia de alguno de los supuestos de "*inimputabilidad*" a los que ya nos referimos en su momento[803], la RPPJ no podía excluirse mediante circunstancia alguna que no sea la de la propia inexistencia típica del delito de la PJ por falta de alguno de aquellos elementos integrantes del mismo que ya se enunciaron en su momento.

Quedaría, por consiguiente, una única cuestión a dilucidar en esta materia, que no es otra que la de la posibilidad de construcción "extra legem" de una eximente que se apoyaría en la existencia de unos programas de control ("criminal compliances"[804]) sobre la actuación de los integrantes de la PJ (representantes o administradores o sus subordinados) que cumplan las exigencias necesarias para excluir, por su misma existencia, la culpabilidad de la PJ.

Y ésta es precisamente la solución que aporta, como vimos al hablar de la antijuridicidad[805], la reforma de la LO 1/2015 con el apdo. 2 del nuevo art. 31 bis.

Aunque con anterioridad ya contestaban afirmativamente a esta posibilidad muchos de los más prestigiosos juristas que han analizado en profundidad y con detalle la RPPJ, como BACIGALUPO ZAPATER, BACIGALUPO SAGESSE, ZUGALDÍA ESPINAR o GÓMEZ-JARA, por citar sólo algunos nombres, basándose en argumentos tales como el de

---

[802] Art. 31 ter 2 CP.

[803] Ausencia de personalidad jurídica, de una mínima organización o los casos de exclusión legal de la responsabilidad penal para ciertas personas jurídicas. Vid. apdo. 3.5.1.4.1.

[804] Sobre esta materia, entre la numerosa bibliografía al respecto, vid. también GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid 2016, pags. 244 y ss.

[805] Vid. apdo. 3.5.1.3.

las consecuencias lógicas derivadas de la existencia de una atenuante específica (art. 31 quáter d)) consistente en *"Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, 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".* Actuación que, por otra parte y como el propio precepto se ocupa de decir para todas las atenuantes contempladas ha de haberse realizado siempre *"...con posterioridad a la comisión del delito."*

Lo que podría llevarnos a entender que si produce tales efectos atenuatorios la adopción de medidas de control "*post delicto*", la existencia previa de las mismas, siempre que ofrezcan un nivel de calidad y eficacia suficiente por supuesto, ha de conducir a la exención de responsabilidad por ausencia de culpabilidad.[806]

Con ello, por otra parte, se estarían cumpliendo así mismo objetivos propios de Política Criminal ya que, como dice el Profesor ZUGALDÍA *"Se trataría de potenciar la utilización de protocolos de minimización de riesgos delictivos, o códigos de ética y conducta en la empresa."*[807]

El mismo autor nos recordaba cómo el Decreto Legislativo regulador de la responsabilidad administrativa de las PJ en el Derecho italiano dispone en su art. 6 que *"...si la infracción se ha cometido (por sujetos que no están en posición cúspide), el ente no responde si se prueba que el órgano dirigente ha adoptado, antes de la comisión del hecho, modelos de organización y de gestión idóneos para prevenir las infracciones penales de la clase que se han verificado."* [808]

Por su parte, BACIGALUPO ZAPATER, E. también defendió en su día estos planteamientos aludiendo, junto a la italiana, también a la Ley chilena núm. 20393, art. 3, donde *"... se excluye expresamente la responsabilidad de las personas jurídicas cuando se hayan cumplido las exigencias del modelo de prevención que imponen a las personas jurídicas",* lo que no es el caso de la norma alemana según la cual *"...el cumplimiento de los deberes de supervisión y cuidado de los planes preventivos sólo adquiere relevancia en el*

[806] Así lo entienden, entre muchos otros, GÓMEZ TOMILLO, M., "Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho Penal español", Revista Jurídica de Castilla y León, num. 25, 2011, pags. 79 y ss. y HERNÁNDEZ, L., "El nuevo artículo 31 bis del Código Penal: exigencias legales (explícitas e implícitas) que permiten la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", José Luis de la Cuesta Arzamendi (Dir.) y Norberto J. de la mata Barranco (Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2013, pag.119.

[807] ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de Junio)", La Ley, 5/2010, 22 de Junio, pag.10.

[808] Mismo autor, obra y página de la Nota anterior.

momento de la individualización de la sanción dentro de las líneas que establece el par. 17 OWiG", solución que parecía ser la de nuestro Derecho, aunque aquí el Legislador ni siquiera hacía mención de la cuestión, a pesar de lo cual el Prof. BACIGALUPO reiteraría que, aun cuando no esté legalmente establecido, habría que deducir una interpretación en línea con la posibilidad de un entendimiento semejante al de Italia o Chile, toda vez que *"Si se parte de que la culpabilidad de organización es un elemento legitimante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de que, por lo tanto, constituye un presupuesto ineludible de cualquier legislación sobre esta materia, la falta de culpabilidad deberá ser considerada como una circunstancia excluyente de la responsabilidad."*[809]

Lo que tendría además una trascendental importancia práctica si, apoyándose en una dubitativa Jurisprudencia al respecto, se pasase a afirmar que se trata de una circunstancia apreciable en fase de instrucción, con la consiguiente evitación del "daño reputacional" que para la PJ supone la llamada "pena de banquillo".

Semejante posición resultaría sin embargo, a mi entender y a pesar de la indiscutible autoridad de sus defensores y de los argumentos que esgrimen, técnicamente incorrecta en nuestro Derecho[810] y, lo que es aún más grave, procesalmente muy negativa para el adecuado ejercicio del derecho de defensa por parte de la propia PJ, como ya tuvimos ocasión de explicar cuando tratamos, dentro del análisis del elemento de antijuridicad de la RPPJ, de la posibilidad de aplicación de una eximente de justificación de este mismo contenido.

En primer lugar considerando que se trataría de un desenfoque de la verdadera naturaleza del fundamento de la RPPJ que arranca de una "conducta" o mejor "cultura", de actuación irrespetuosa con la norma, permitiendo con ello la comisión del hecho delictivo, en su seno y por parte de la personas vinculadas con la PJ a las que el precepto se refiere.

En este sentido, hay que reiterar[811] que el hecho de la existencia del "debido control", en forma de la presencia de protocolos adecuados a tal fin o incluso sin ellos, no significaría, en realidad, un caso de circunstancia que exima de responsabilidad criminal sino que sencillamente se trataría de un supuesto de impunidad por atípico, es decir, de

[809] BACIGALUPO ZAPATER, E., "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 num. 7442, 9 Jul. 2010, pag. 5.
[810] En esta línea DEL ROSAL BLASCO, B., "Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativos", Diario La Ley num. 7670, Sept. 2010.
[811] Vid. apdo. 3.5.1.3.

ausencia del elemento básico integrante del hecho típico (tipo objetivo) que no es otro, precisamente, que el de la inexistencia de control por parte de la PJ.[812]

Planteamiento éste que, lógicamente, una vez más hemos de insistir en cómo entroncaba y se enlazaba con la globalidad de nuestra concepción de la RPPJ en su conjunto, partiendo de lo que en su momento se defendió acerca de la configuración de la tipicidad, cuando afirmábamos que el delito cometido por la PJ no se identifica con el llevado a cabo por la PF sino que adquiere individualidad propia, en forma de verdadera "responsabilidad por el hecho propio", en torno a un comportamiento precisamente caracterizado, intrínsecamente, por la ausencia del "debido control" sobre los sujetos a ella vinculados, autores de alguno de los concretos delitos descritos en el Libro II del CP.

De modo que la existencia de programas y mecanismos de control, acreditativos de una adecuada "cultura" de vigilancia respecto del cumplimiento de la norma, no debiera significar la exención de una responsabilidad derivada de la comisión del hecho delictivo obra de la PF, por ausencia de culpabilidad, sino la exclusión del presupuesto legal que integra la infracción reprochable autónomamente a la propia PJ.[813]

Máxime si consideramos que *"A las personas jurídicas no se les castiga por no disponer de un programade cumplimiento, sino que se les hace responsables de un delito."*[814]

Además, la caracterización de la existencia de medidas de control como una

[812] En este sentido también DE LA MATA BARRANCO, N.J, BILBAO, M. y ALGORTA, M., "La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo", Diario La Ley num. 87, 2011, pag. 4.

[813] Este es el planteamiento de la STS 154/2016, ante el que puede considerarse que *"El problema es que el planteamiento de la Sala de lo Penal sólo es imaginable en el contexto de un sistema penal en el que el ejercicio muy flexible del principio de oportunidad la permita al Ministerio Fiscal, antes de iniciar la persecución penal, analizar el funcionamiento interno de la empresa, incluso, a través del resultado de una investigación interna, de modo que, a la vista de los hallazgos, decida emprender o no la persecución penal, incluso pactando o negociando con la empresa mejorar en el sistema de compliance. Pero en un sistema como el nuestro, el debate sobre la virtualidad del sistema de cumplimiento normativo y su eficacia, en un caso concreto, exige un debate en el seno del proceso penal, bien en la fase de diligencias, bien en la de juicio oral, con lo cual, la relevancia penal indiciaria de los hechos ya tiene que haber sido declarada. Y si el problema es que la tradición jurisprudencial obstaculiza la posibilidad de decidir, en el seno de las diligencias previas, sobre la concurrencia de circunstancias eximentes, dicha tradición se puede cambiar, porque nada en la Ley lo impide, de modo que se puede plantear un sobreseimiento cuando, en esa fase procesal, la empresa sea capaz de acreditar la eficacia de su programa de prevención"* [Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., "Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y sobre la Circular num. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado", Diario La Ley nº 8732, 1 de Abril de 2016, pag. 17].

[814] FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el Código Penal español", Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2016, pag. 14.

eximente de la RPPJ supondría de nuevo unos importantes, e injustificados, riesgos para la defensa de ésta, como páginas atrás adelantábamos a propósito también del análisis de las posibles causas de justificación, al provocar un traslado a la propia PJ imputada de la obligación de acreditar la ausencia de los elementos delictivos de su actuación, invirtiendo con ello la carga de la prueba de la existencia misma del delito que, originaria y naturalmente, no correspondería sino a la Acusación.[815]

En efecto, la diferencia estriba, en la práctica, en determinar a quién ha de atribuirse la probanza de la existencia, o no, del "debido control", como base del enjuiciamiento de la PJ y del reproche penal que pudiera finalmente merecer.

Si considerásemos que la cuestión relativa a la concurrencia, y suficiencia, de ese control supone la discusión acerca del elemento nuclear del tipo delictivo cometido por la PJ, evidentemente sería a quien acusa al que corresponda su acreditación, puesto ésta no sería otra que la de la existencia misma del delito.

Por el contrario, si entendiéramos que se trata de una circunstancia de exención de la responsabilidad de la PJ, habría de ser ella la obligada a probar tal extremo para evitar el castigo consecuente al delito cometido por la PF.

Y con ello no sólo no estaríamos excluyendo la, a mi juicio, incorrecta posición asumida por la ya referida CFGE 1/2011 cuando parece despreciar, o al menos minusvalorar, la existencia, o no, de los protocolos de vigilancia y prevención adoptados por la PJ como elemento para la determinación de su responsabilidad penal, postura ya notablemente corregida en la CFGE 1/2016[816], sino que, yendo aún más allá en ese defectuoso planteamiento de la cuestión, estaríamos aceptando, como base para la RPPJ, la mera existencia de un delito cometido por alguna de las PF enumeradas en el art. 31 bis.1 CP, lo que exigiría, a partir de la constancia de ese hecho, la búsqueda y acreditación, por la propia entidad acusada, de una circunstancia de exención de la responsabilidad que excluya la culpabilidad de la PJ.

Este es precisamente uno de los puntos más relevantes de Voto Particular, suscrito

[815] Vid. apdo. 3.5.1.3.

[816] CFGE 1/2016, pag. 38 *"…el Legislador de 2015 ha decidido que estos códigos de buenas prácticas, que en traducción casi literal toma del Decreto Legislativo 231/2011 italiano, eximan de responsabilidad a la empresa bajo determinadas condiciones. Ello viene a matizar el modelo de responsabilidad vicarial diseñado, del que se destierra así cualquier atisbo de responsabilidad objetiva. De este modo, el objeto del proceso penal se extiende ahora también y de manera esencial a valorar la idoneidad del programa de cumplimiento adoptado por la corporación."*

por siete de los quince Magistrados de la Sala Segunda del TS en la tan repetida Sentencia 154/2016, de 29 de Febrero, cuando allí leemos lo siguiente:

"Los presupuestos específicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o elementos del tipo objetivo a que se refiere la sentencia mayoritaria, vienen expresamente definidos por el Legislador en los párrafos a) y b) del párrafo 1º del art 31 bis CP, y estos son los que deben ser probados por la acusación, y expresamente reflejados en el relato fáctico de la sentencia, para permitir la subsunción jurídica adecuada. No pretendemos, con esta afirmación, otorgar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas una naturaleza objetiva. La persona jurídica es responsable penalmente de los delitos cometidos por sus representantes o dependientes en el contexto empresarial, societario o asociativo (art 31 bis 1º CP), porque es culpable (en la escasa medida en que este concepto puede ser aplicado a una persona jurídica, que no deja de constituir una ficción). Pero esta culpabilidad la infiere el Legislador, en el apartado a) del art 31 bis CP que es el aquí aplicado, del hecho de permitir que sus representantes cometan un acto delictivo, en nombre y por cuenta de la sociedad y en su beneficio. Y se fundamenta en los principios generales de la "culpa in eligendo" y la "culpa in vigilando", o incluso, si se quiere profundizar más, de la culpa "in constituendo" y la culpa "in instruendo". Sin constituir un elemento adicional del tipo objetivo que exija a la acusación acreditar en cada supuesto enjuiciado un presupuesto de tipicidad tan evanescente y negativo como es demostrar que el delito ha sido facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho en el seno de la persona jurídica afectada, "como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran", que es lo que, con cierta confusión, constituye el elemento típico que exige acreditar en cada caso la sentencia mayoritaria (fundamento jurídico octavo)."

Pero ello significaría, en mi opinión, tanto como pretender, en un supuesto de atribución de conducta imprudente a una PF, el que fuera ésta la que tuviera que acreditar lo diligente de su conducta en lugar de que sea quien acusa el que pruebe la concurrencia de culpa.

Pues bien, como ya hemos tenido ocasión de comprobar, la reforma de la LO 1/2015 opta precisamente por la solución contraria a todo lo que aquí se ha dicho y hemos defendido, configurando, en forma de causa de exención de la RPPJ, la existencia del "*debido control*", en vez de considerar "el defecto de control" como un elemento del tipo

delictivo cometido por la PJ.

Sigue con ello nuestro Legislador de 2015 la opinión y los criterios expuestos por los prestigiosos autores a los que antes hacíamos alusión, en tanto que por mi parte tan sólo queda someterme al juicio del tiempo, al hilo de la aplicación que en el futuro se vaya realizando de este planteamiento que hoy encuentra acomodo explícito en la norma positiva.

Debiendo, para concluir, señalar cómo, con esta solución se está cercenando además una parte importante de la estrategia de defensa de la PJ pues, con ella, se limita ésta a la opción de acreditar la existencia de los mecanismos de control, es decir, "se lo juega todo a esa carta".

Cuando debo insistir en que una "segunda línea de defensa", a la que debía otorgarse mucho más protagonismo, es la de partir de la admisión de la comisión de los hechos para buscar, si no la impunidad sí al menos un trato procesal privilegiado, optando, desde un primer momento por esa segunda alternativa consistente en la colaboración, sincera y efectiva, con la identificación y prueba de la PF verdadera autora del delito/presupuesto de la RPPJ.[817]

3.6. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RPPJ.

Una vez que ya hemos analizado, tanto desde el punto de vista de la antijuridicidad como desde el de la culpabilidad, la conveniencia de una circunstancia de exención de la responsabilidad penal de la PJ que, a mi juicio, se revela como muy cuestionable en su utilidad[818] aún cuando a día de hoy figure ya expresamente incluida en la Ley (art. 31 bis. 2 y 4), cumple ahora que lo hagamos con las circunstancias que no eximen pero pueden atenuar esa responsabilidad y aquellas otras que pudieran ser consideradas al menos como equivalentes a las circunstancias agravantes que en el art. 22 CP se contemplan respecto de la PF.

Así, mientras que al primer grupo dedica el texto legal la exposición de un inventario completo y expreso, para las agravantes, por el contrario, no encontramos una categoría

[817] Vid. apdos. 3.5.1.3. y 3.5.1.4.4.
[818] Vid. apdo. 3.2.

legal con esa denominación, si bien podría hablarse de un supuesto de "*pseudoagravantes*", dada su similitud de contenidos y efectos con alguna de las circunstancias de ese carácter contenidas en el meritado art. 22 CP.

Examinemos cada una de ambas alternativas.

3.6.1. Las atenuantes.

3.6.1.1. Generalidades:

El Legislador es plenamente consciente de la imposibilidad de aplicación a la PJ del catálogo de circunstancias atenuantes aplicables a la PF, puesto que no es concebible obviamente que éstas padezcan una grave adicción o se encuentren en un estado pasional generador de arrebato u obcecación, como sucede con la PF y el contenido del art. 21 CP.[819]

Por ello, con la Reforma de la LO 5/2010 ya se incorporaba al art. 31 bis, en su apartado 4, ese inventario de circunstancias que, según se dice en el propio precepto, *"...sólo podrán considerase circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas... ...las siguientes actividades."*

Enumeración que, por lo tanto, inicialmente al menos debe ser calificada como de *"numerus clausus"*, recordando además la "intransmisibilidad" a la PJ de las circunstancias modificativas de la responsabilidad que concurran en el hecho cometido por la PF.[820]

Dicho precepto, con idéntico contenido, pasaría, con la LO 1/2015, a configurar el nuevo art. 31 quáter CP.

Importante es precisar, además, el que se requiera una circunstancia de carácter cronológico, a saber, que esas *"actividades"* constitutivas de causa de atenuación de la responsabilidad deben de haberse realizado *"con posterioridad a la comisión del delito"* y otra personal, cual es la que exige que las mismas sean llevadas a cabo por la propia PJ pero siempre *"a través de sus representantes legales"*.

[819] Según GÓMEZ-JARA todas estas circunstancias se vinculan con los fenómenos de autorregulación empresarial y "compliance" y evidencian que nuestro ordenamiento se decanta por un sistema de responsabilidad de la PJ propia y autónoma respecto de la de la PF, porque si no no tendría razón de ser la aplicación de atenuación alguna [Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 182].

[820] Art. 31 ter 2 CP.

La primera de tales expresiones dio lugar, según lo que acabamos de ver, a todo un argumentario favorable a la consideración como eximente de la existencia predelictual de medidas eficaces de prevención y descubrimiento de los delitos, toda vez, se decía, que si la implementación postdelictual alcanza la consideración expresa de atenuante, las mismas razones que apoyan este tratamiento de lo ulterior conducirían a plantear la posibilidad de la eximente cuando la "actividad" atenuatoria se produjo incluso antes de la comisión del ilícito.[821]

Y, de hecho, así se contempla tal supuesto en el momento actual en la propia literalidad del propio art. 31 bis CP.

Ya hemos expuesto ampliamente nuestra opinión acerca de semejante circunstancia de exención de la RPPJ.[822]

Se afirma con todo acierto que *"Se trata de atenuantes posteriores a la la comisión que no afectan, por tanto, al injusto y a la culpabilidad de la persona jurídica, sino a la forma de resolver el conflicto."*[823]

Cuestión distinta es la que suscita la segunda de las frases citadas, la que atribuye a los "representantes" de la PJ, en exclusividad, la realización de esas "actividades" con eficacia atenuatoria, pues aunque indudablemente existan razones para que así sea, el interrogante sería ¿quiénes han de ser reconocidos en estos casos como representantes de la PJ? Pregunta de un calado enorme cuando advertimos la posibilidad de que en el seno de la PJ existan unos conflictos de intereses, a la hora de planificar la estrategia de defensa en el procedimiento penal, entre sus representantes naturales y los propios intereses de defensa de la PJ.

Aunque todo esto se vincula con uno de los problemas más relevantes al analizar el tratamiento procesal de este tipo de responsabilidad, que se abordará un poco más adelante[824], no podemos dejar de adelantar ahora, en relación con la ejecución de acciones encaminadas a la atenuación de la RPPJ, esta duda que se entronca finalmente con la relativa

[821] CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Comentarios a la Reforma Penal de 2010", dirigidos por ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. ed Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pag. 75.
[822] Vid. apdo. 3.5.1.4.4.
[823] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p.129.
[824] Vid. apdo. 3.9.3.

a quién debería dirigir la estrategia defensiva de la PJ cuando una determinada opción en ese sentido, en concreto la que opte por aplicarla búsqueda de estas atenuantes o en otras ocasiones, pudiera suponer un perjuicio para los intereses procesales de todos o de alguno de los propios directivos de la misma.[825]

Por otro lado, con la lectura de tales atenuantes se advertirá cómo, a diferencia de lo que acontece con las PPFF, todas tienen una substancia común, que las relaciona con criterios y objetivos de Política Criminal más que cualquier otra cosa, como la merma de culpabilidad por ej.

Por consiguiente, no cabe vincularlas con aspectos tales como la búsqueda de la proporcionalidad de la pena a imponer, en relación con la gravedad y el desvalor del hecho delictivo cometido, más bien, sino con la pretensión de finalidades tales como la colaboración de la PJ con la investigación oficial de los posibles hechos delictivos cometidos, la reparación de las víctimas, o los perjudicados, o, en definitiva,

En este sentido, el mero "premio" de una atenuación de la pena podría claramente resultar insuficiente para la obtención de esos objetivos de Política Criminal a los que nos hemos venido refiriendo más ampliamente en otro lugar.[826]

Finalmente, tan sólo señalar así mismo cómo es de presumir que la realización de estas "actividades" de significado atenuatorio en gran número de casos habrá de producirse "en cascada", dada la secuencia lógica existente entre ellas, de modo que la estrategia de defensa que opte por esta vía verá como consecuencia una acumulación de atenuantes considerable, tres o cuatro de ellas por lo general, con las importantísimas consecuencias que ello conllevará en la reducción de las penas a imponer.

3.6.1.2. Los supuestos atenuatorios en concreto.

Las atenuantes que expresamente se contemplan, para el caso de la RPPJ, en el precepto son:

[825] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pags. 185 y ss.

[826] Vid. apdo. 3.2. A esta cuestión también se refiere FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p.130.

3.6.1.2.1. "a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades."

Se plantea aquí esencialmente el problema de determinar a qué infracción se refiere la norma como objeto de confesión, lo que vuelve a traer a colación el tema de cuál es el delito realmente cometido por la PJ pues ¿basta con que el contenido de esa confesión se refiera exclusivamente a la inexistencia de los debidos deberes de control que la norma penal le exige a la PJ o ha de confesar ésta además la realidad del delito cometido por la PF cuya responsabilidad también se le atribuye y ello a pesar de que no tuviera cabal conocimiento de la existencia del mismo?

Pues, aunque en principio parecería lógico que la infracción que se confiesa por la PJ no puede ser otra que la cometida por ella misma, toda vez que no cabría "confesar" lo que un tercero hizo, lo cierto es que, al ser el delito de la PF presupuesto imprescindible para la existencia de la RPPJ, la declaración de aquella evidentemente ha de implicar el de éste, si bien la no exigencia de la identificación de la PF concreta autora del hecho para la asunción de responsabilidad por la confesante[827], supone que la omisión de este dato no debería impedir la aplicación de la atenuante.

"No se trata de que un representante legal confiese, sino de que la persona jurídica confiese a través del representante legal. Al igual que se exige que el delito sea un "hecho de la persona jurídica" la confesión también tiene que serlo."[828]

En el caso de esta atenuante, al igual que la contemplada en tercer lugar, es decir, la reparación del perjuicio, dada su similitud con las aplicables a la PF[829], cabe preguntarse si le serán de aplicación a la PJ los mismos criterios aplicativos elaborados ya por la Jurisprudencia o si éstos deberían adaptarse a las especiales características de la RPPJ.[830]

En tal sentido, cuestiones complejas como la determinación de los requisitos intrínsecos, veracidad, etc., que tiene que cumplir la confesión, cuándo habrá de entenderse

[827] Ex art. 31 ter 1 CP.
[828] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p.131.
[829] Art. 21 4ª y 5ª CP.
[830] Comparto aquí la opinión de GÓMEZ-JARA partidario de la segunda opción [Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 183; en el mismo sentido FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p.131].

que la PJ tiene cabal conocimiento del procedimiento que contra ella se sigue, quiénes pueden ser consideradas Autoridades hábiles para recibir la declaración confesoria[831], las relaciones entre esta atenuante y la de colaboración del apartado c) del precepto y, en definitva, desde el punto de vista estratégico de la defensa, cuáles serán, en cada caso, las ventajas e inconvenientes de optar por esta alternativa, son aspectos acerca de los cuales, con toda seguridad, habrá de pronunciarse en un futuro la Jurisprudencia.[832]

A su vez, las directas relaciones de esta atenuante con la "conformidad procesal" serán tratadas en el lugar oportuno.[833]

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

Aquí nos hallamos ante una circunstancia de gran interés[834], pues incluso podría pensarse que se trata de un "premio" que contrarreste la tentación que pueda sufrir la PJ, ahora imputada en un procedimiento penal, de alegar su posible derecho a no facilitar el material incriminatorio del que disponga, de acuerdo con el conocido principio "nemo tenetur"[835] que viene así a ser reconocido por la existencia misma de la atenuante[836], entorpeciendo de este modo gravemente el curso de la investigación y el esclarecimiento de los hechos.[837]

---

[831] La *"…comunicación al órgano administrativo correspondiente (por ejemplo a la CNMV)"*, cumpliría con el precepto, según FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p.131.

[832] Vid. al respecto los interesantes comentarios que a todo ello dedica GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pags. 185 y ss.

[833] Vid. apdo. 3.9.5.

[834] Se ha dicho que guarda directa relación con la el art. 376 CP (basado en la figura del "arrepentido") como antecedente. ÜBEDA DE LOS COBOS, J.J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/10, de 22 de Junio", Diario La Ley num. 77, Dic. 2010.

[835] Vid. apdo. 3.9.1.2.

[836] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag.134.

[837] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p.50). DUPUY LÓPEZ, A., "La persona jurídica y el delito fiscal", Diario Expansión, 1 de

Así, conforme a nuestra tesis a propósito de las razones de Política Criminal que avalan el régimen de RPPJ expuestas en su momento[838] lo más lógico sería que en el futuro pudiera llegarse, con otro procedimiento penal con Fiscal investigador y principio de oportunidad, a que la consecuencia de una efectiva y valiosa colaboración de esta clase, unida probablemente a la reparación de los perjuicios causados, condujera a la plena exoneración, o si acaso sanción meramente simbólica, de la PJ.

Hay que significar cómo la norma exige para que la "actividad" cumpla con su propósito el que las pruebas aportadas sean *"nuevas y decisivas"*, lo que deja un amplio campo a la interpretación judicial sobre el caso concreto, pues ¿y si fueran pruebas nuevas pero no totalmente decisivas o sí decisivas pero no del todo nuevas?

Por otro lado, cuando se habla de *"esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos"* ¿a qué responsabilidades nos estamos refiriendo? ¿A las propias de la PJ o a las de la PF o quizá a ambas conjuntamente?

Es de suponer que a ambas, pues no olvidemos lo que en su momento ya se dijo a propósito de las razones de Política Criminal que, al menos en otros sistemas, sirven para justificar la existencia de la RPPJ, que se entroncan directamente con la búsqueda precisamente de esta actividad "colaboradora" de la PJ en la depuración de la responsabilidad de la PF que comete el delito en su seno.[839]

Lo que explica la gran trascendencia que tendrá en su día el análisis, interpretación y aplicación de este concreto supuesto de atenuación de la responsabilidad.[840]

En cualquier caso hay que señalar que esta "colaboración" no tiene por qué suponer un reconocimiento de los hechos por parte de la PJ, circunstancia que, como se ha visto, se correspondería con el supuesto anterior.

Marzo de 2010, pag. 36, que sostiene la reforma del art. 203 LGT que contempla como infracción grave la *"resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria."*

[838] Vid. apdo. 3.2.

[839] Sigue este criterio también FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p.131.

[840] Que algunos autores califican literalmente como "rendición" procesal, por parte de la PJ. Por ej., CABEZUELA SANCHO, D., en "Responsabilidad penal de personas jurídicas en la Gestión económica de la Empresa", CABEZUELA SANCHO, D: y otros, parr. 540. Eds. Francis Lefebvre, Madrid, 2011 o CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Comentarios a la Reforma Penal de 2010", dirigidos por ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. ed Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pag. 77.

En el caso de "confesar" y "colaborar" los efectos atenuatorios se acumularían.[841]

Así mismo, la posibilidad de "colaborar" requerirá en muchas ocasiones un esfuerzo de "*investigación*" de los hechos por parte de la propia PJ que se encontrará con situaciones de gran dificultad, por ej. en relación con el debido respeto a los derechos de la PF supuestamente implicadas o con aspectos más relacionados con la materia procesal como el cumplimiento adecuado a las exigencias de la "cadena de custodia" del material probatorio objeto de ulterior aportación, a fin de evitar graves perjuicios para su valor probatorio posterior.[842]

Y se abre, en este punto y lugar, la importante polémica acerca de esas posibilidades de investigación en relación con los denominados "canales de denuncia", su carácter anónimo o confidencial, etc. que conviene, cuando menos, dejar mencionados.[843]

3.6.1.2.3 "c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito."

Aquí, obviamente, se está refiriendo el precepto a la reparación del perjuicio causado por el delito cometido por la PF, ya que obviamente la conducta infractora de la PJ, se entienda como constitutiva de su propio tipo delictivo (como vengo sosteniendo) o como forma de participación en el delito de la PF, en sí no causa un perjuicio directo a tercero alguno.

Tendrá aplicación, evidentemente, esta circunstancia tan sólo en aquellos supuestos infractores en los que se produce un resultado dañoso o perjudicial y, dada su estrecha relación con la atenuante de igual contenido aplicable a la PF[844], habrá que interpretar las

[841] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag.133.

[842] También sobre estos extremos resultan de gran interés los comentarios de GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 196.

[843] Vid, por ej., al respecto, GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid 2016, pags. 279 y ss. Sobre los "canales de denuncias internos", véase, por ej., GUTIÉRREZ PÉREZ, E., "Los compliance programs como eximente o atenuantede la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La "eficacia o idoneidad" como principios rectores tras la reforma de 2016", Revista General de Derecho Penal 24 (2015).y su referencia al Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas de la CNMV (2006), conocido como "Código Conthe", pag. 7.

[844] Vid. art. 21.5ª CP.

posibles consecuencias que para cada uno de ellos, PF o PJ, pudiera tener la reparación llevada a cabo, total o parcialmente, por sí mismo o por el otro.

Con este supuesto se abre, a semejanza de lo que ocurre en otros países, como Francia, o en nuestro propio sistema para la PF, la posibilidad de acudir al instituto de la mediación.[845]

De nuevo nos hallamos ante una actuación con efectos atenuatorios que no tiene por qué suponer un reconocimiento ni admisión de la comisión del ilícito de la PJ.

Las interpretaciones y criterios jurisprudenciales aplicables a la PF de acuerdo con la circunstancia 5ª del art. 21 CP también serían extensibles a la PJ.[846]

3.6.1.2.4. "d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, 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 trata del supuesto sobre el que se pretendió basar, antes de su consagración en la norma con la LO 1/2015, la eximente de la existencia de tales medidas eficaces de prevención y descubrimiento[847] de los delitos cuando se hubiere acreditado que éstas concurrían antes de la comisión del delito.

La mayor dificultad práctica para la aplicación de esta atenuante es de suponer que estribará en la valoración acerca de que, en efecto, los mecanismos introducidos "*post delicto*" son adecuados.

Lo que deberá ser probado, sin duda, a través de las correspondientes pruebas

[845] DÍAZ LÓPEZ, J.A., "Propuestas para la práctica de la mediación penal. Delitos patrimoniales cometidos entre parientes y responsabilidad penal de las personas jurídicas", InDret 2/2011, pags. 99 y ss., citado por GÓMEZ-JARA DÍEZ; C., "La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 202 Nota (34), con un amplio desarrollo de esta cuestión.

[846] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p.134.

[847] Por ej. en BACIGALUPO SAGESSE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)", Diario La Ley num. 7541, 5 Ene. 2011, pag. 7.

periciales.[848]

En cualquier caso, a diferencia de algunas otras circunstancias de este catálogo, ésta no supone directamente reconocimiento alguno por parte de la PJ pues el hecho de introducir mejoras en los sistemas de control no significa obligadamente la existencia de graves deficiencias en la situación anterior.[849]

En la doctrina se sostiene que la concurrencia de esta circunstancia, además de los efectos atenuatorios correspondientes, podría suponer así mismo hacer *"innecesaria la opción por las sanciones interdictivas."*[850]

3.6.1.3. Otros supuestos de atenuación.

3.6.1.3.1. La atenuante por analogía.

Y, por último, tan sólo hacer alusión a la ausencia de mención legal de la posibilidad de la "*atenuante por analogía*" que tan fructífera ha resultado a lo largo de nuestra historia jurisprudencial en numerosos y significados supuestos (drogadicción, dilaciones indebidas, arrepentimiento extemporáneo, psicopatías, etc.).

¿Quiere ello decir que en el caso de la RPPJ no será posible, por ejemplo, aplicar por este cauce una atenuación por dilaciones indebidas cuya presencia, por otra parte, resulte evidente en el mismo procedimiento para la PF coacusada?[851]

En mi opinión la respuesta debería ser favorable a esa hipótesis[852] pues aunque expresamente la atenuante analógica aquí no se contemple, ello no excluye la posibilidad de

[848] CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Comentarios a la Reforma Penal de 2010", dirigidos por ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. ed Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pag. 77.

[849] CABEZUELA SANCHO, D., en "Responsabilidad penal de personas jurídicas en la Gestión económica de la Empresa", CABEZUELA SANCHO, D. y otros, parrs. 559 y 560 . Eds. Francis Lefebvre, Madrid, 2011.

[850] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p.135.

[851] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. se refiere a la imposibilidad de construcción de una atenuante semejante, con cita del Preámbulo de la LO 5/2010, en donde se lee que *"…se regulan taxativamente los supuestos de atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas…"*, en, "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p.129.

[852] En el mismo sentido, ycon cita de la CFEGE 172011, vid. DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de los Partidos Políticos", Ponencia elaborada para el curso "La Financiación ilegal de partidos políticos" celebrado los días 11 y 12 de julio de 2016 en Madrid dentro del plan de formación continuada para miembros de la Carrera Fiscal y dirigido por Myriam Segura Rodrigo, pag.17.

utilización por el Tribunal del criterio de interpretación analógico "in bonam partem", es decir, cuando resulte favorable para el acusado.[853]

Frente a quienes llegan a sostener la completa proscripción de la analogía, incluso de la favorable, en el ámbito del Derecho Penal[854], para mí se trata de un axioma básico de nuestro ordenamiento a cuya luz es posible, y del todo positivo, construir o reinventar la posibilidad de esa analogía atenuatoria también para la PJ[855], con las posibles consecuencias propias de una mayor justicia material, evitando supuestos de evidente desigualdad cuando en el mismo procedimiento se apliquen a la PF circunstancias que sustancialmente también podrían ser predicables de la PJ, como las ya mencionadas dilaciones indebidas, por ej.[856]

Otra alternativa expuesta por algún autor[857] sería la de considerar esta clase de circunstancias como criterio específico para la determinación de la pena para superar los efectos perniciosos de su desatención.

3.6.1.3.2. La atenuante/eximente incompleta del apartado 2, último párr. del art. 31 bis 2.

[853] En el mismo sentido, DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Notas con ocasión de la Reforma de 2015." Revista del Ministerio Fiscal 0 (2015), pag. 248. También MAZA MARTÍN, J.M., "Los delitos de carácter económico en la persona Jurídica", en "Responsabilidad penal de Personas Jurídicas en la Gestión económica de la Empresa", Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pag. 72. En la misma línea CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Comentarios a la Reforma Penal de 2010", dirigidos por ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pag. 78 o BACIGALUPO SAGGESE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (art. 31 bis y 129 CP)", Diario La Ley, 7541/2011, pag. 7. Así como VICENTE DE GREGORIO, M., "La persona jurídica en el Código Penal español", UAM, 4 de Septiembre de 2015.
Cuestionan esa interpretación otros autores como FEIJOO SÁNCHEZ, B., GÓMEZ TOMILOO, M. o ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (cita de una intervención "in voce" por RODRÍGUEZ RAMOS, L., "¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)". Diario La Ley, num. 7561, 3 de Feb. 2011, pag. 2), mientras que GÓMEZ-JARA considera que, a pesar de las dificultades, su admisión sería la única vía para evitar situaciones que podrían incurrir en inconstitucionalidad y cita, al respecto, el trato desigual entre la PJ y la PF cuando a ésta le resultase de aplicación la atenuante de dilaciones indebidas. GÓMEZ-JARA DÍEZ; C., "La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 183.
Igualmente abre esa posibilidad la CFGE 1/2011.

[854] Vid. ORTS BERENGUER, E., "Atenuante de análoga significación", Univ. De Valencia, 1978, pags. 9 y ss.

[856] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, p.129.

[857] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 183.

Así mismo, el último párr. del apdo 2 del art. 31 bis CP, introducido por la LO 1/2015, contempla un nuevo supuesto de atenuante cuando dice que: *"En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena."*

Y ello en referencia a los diversos requisitos que configuran la circunstancia de exención de la RPPJ a que se refiere el primero de los parrs. de ese mismo art. 31 bis 2.

Se configura, por tanto, una verdadera atenuante con una estructura semejante a la que se contempla en el apdo. 1ª del art. 21 CP, dentro del catálogo de atenuantes aplicables a la PF.

El primer problema que suscita tal supuesto es el de la intensidad necesaria de ese defecto probatorio para permitir la aplicación de la atenuante, porque fijémonos además que la norma no habla de ausencia de elementos de la causa de exoneración sino de su acreditación.

Aún cuando se ha afirmado que *"Su dicción literal podría llevar aequóvocos, pues no se trata –como advierte el dictamen del Consejo de Estado- de que la existencia y aplicación de los mecanismos de control sólo se hayan probado parcialmente , sino cuando el modelo ha sido considerado insuficiente porque las condiciones se han cumplido en un grado inferior al necesario para reconocer la exención de responsabilidad, pero suficiente para apreciar la existencia de una voluntad y de una actuación de control por pate de la persona jurídica, y así se acredite."*[858]

En este sentido, lo razonable sería entender que habrán de concurrir al menos una cantidad relevante de los requisitos integradores de la eximente, si bien se produzca, lógicamente, la carencia de alguno de ellos.

Por otra parte, también habrá de determinarse los efectos atenuatorios que semejante circunstancia comporta, es decir, si serán tan sólo los propios de cualquier otra atenuante, con aplicación de las reglas ordinarias de determinación de la pena contemplados en el art. 66 bis CP[859]o si, por el contrario, los mismos han de asimilarse a la regla especial aplicable a

[858] GUTIÉRREZ PÉREZ, E., "El Derecho Penal del riesgo corporativo. Los Compliance programs como presupuesto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la Ley Orgánica 1/2015" (en prensa) pag. 18.
[859] Vid. apdo. 3.7.1.2.2.2.

la eximente incompleta.[860]

Pues nos hallamos ante un texto que no deja de suscitar ciertas dudas al no fijar los límites en los que esa *"atenuación de la pena"* puede operar en la práctica[861], aunque lo más razonable quizá sería interpretar que, al hallarnos ante una "pseudo eximente incompleta" habida cuenta de que su construcción parte de una eximente parcialmente incumplida, la consecuencia de su aplicación debía ser semejante a la previsión del art. 68 CP.[862]

3.6.2. Las "*agravantes*".

Adviértase, ante todo, cómo en este caso entrecomillamos el término "agravantes" ya que lo hacemos con plena consciencia de ello y con un intencionado sentido pues, por lo que se refiere a aquellas circunstancias que podrían suponer la agravación de la responsabilidad penal de la PJ, el texto que comentamos no las identifica como tales ni tan siquiera las incorpora, en forma paralela al tratamiento de las atenuantes, sino que, con técnica que pudiera calificarse como algo anómala, alude a ellas tan sólo en el nuevo artículo 66 bis,[863] a la hora de establecer las reglas de determinación de las penas a aplicar, contemplando a tal efecto tanto la reincidencia como la utilización instrumental de la persona jurídica para la comisión de ilícitos penales.[864]

Citándose en ese lugar más que como verdaderas circunstancias de agravación genéricas[865], como criterios de determinación de las penas a imponer, en tanto que condiciones para la imposición de los más graves castigos destinados a la PJ, tales como su

---

[860] Art. 68 CP:

[861] Imposición de la pena prevista en la mitad inferior, posibilidad de reducción de la misma en uno o más grados, etc.

[862] Art. 68 CP: *"En los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código."*

[863] Se relaciona tal ausencia de la consideración expresa de agravantes, con esta denominación, con el hecho de que estemos ante un comportamiento imprudente en el que, lógicamente, no tendría cabida tal categoría. Así RODRÍGUEZ RAMOS, L., "¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)". Diario La Ley, num. 7561, 3 de Feb. 2011, pag. 3. Vid. también DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Notas con ocasión de la Reforma de 2015." Revista del Ministerio Fiscal 0 (2015), pag. 248.

[864] Vid. apdo. 3.7.1.2.2.2.

[865] *"No están definidas como tales circunstancias agravantes específicas, pero del art. 66 bis se deriva que la reincidencia o la instrumentalidad de la persona jurídica para cometer ilícitos penales funcionan con ese carácter"*, DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de los Partidos Políticos", Ponencia elaborada para el curso "La Financiación ilegal de partidos políticos" celebrado los días 11 y 12 de julio de 2016 en Madrid dentro del plan de formación continuada para miembros de la Carrera Fiscal y dirigido por Myriam Segura Rodrigo, pag.17.

disolución o el resto de sanciones interdictivas en su superior extensión temporal.[866]

Tratamiento y ubicación sistemática de dichas circunstancias, que lógicamente nos ha de llevar a abordarlas, aún de modo superficial, en el correspondiente apartado del epígrafe siguiente, lo que no excluye nuestra opinión de que más bien nos hallamos ante auténticas circunstancias de agravación de la responsabilidad.

3.7. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO DE LA PJ.

3.7.1. Las penas.

En este especial régimen de responsabilidad penal se abandona el sistema de aplicación de *"consecuencias accesorias"* propio del art. 129[867], que aún subsiste para el tratamiento de aquellas *"...empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis..."* en cuyo seno, con su colaboración o a través o por medio de ellas se cometieren delitos.

En definitiva, un equivalente a las medidas de seguridad referidas a la PF inimputable, en este caso consecuencias aplicables a los entes que carecen de personalidad jurídica o de actividad lícita de clase alguna que, como vimos, serían los requisitos de la "imputabilidad", o "capacidad de culpa", de la PJ.[868]

A tal fin se incluye en el catálogo general de penas aquellas especificas susceptibles de ser impuestas a la PJ[869], con sus propias reglas de determinación (art. 66 bis CP).[870]

---

[866] MAZA MARTÍN, J.M., "Los delitos de carácter económico en la persona Jurídica", en "Responsabilidad penal de Personas Jurídicas en la Gestión económica de la Empresa", Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pag. 71.

[867] No opina lo mismo DEL MORAL, que afirma que *"El cambio es más simbólico que de contenidos. Materialmente las penas son exactamente lo mismo que antes eran las consecuencias accesorias y las sanciones administrativas. Pero con una etiqueta nueva –"penas"- lo cual es más relevante de lo que parece"*, DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Notas con ocasión de la Reforma de 2015." Revista del Ministerio Fiscal 0 (2015), pag. 234.

[868] Vid. apdo. 3.5.1.4.1. y apdo. 1) FJ 11º de la STS 154/2016, citando la CFGE 1/2016 (pags. 27 y ss.).

[869] Art. 33.7 CP: *"Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:*
a) Multa por cuotas o proporcional.

Y ello junto con la asimilación, a efectos de la correspondiente responsabilidad civil como segunda consecuencia jurídica del delito de la PJ, que, en forma directa, incumbe a la PF autora de la infracción[871], de la que nos ocuparemos a continuación.[872]

3.7.1.1. La "capacidad de pena" de la PJ.

Cuestión tan debatida como la de la "*capacidad de culpa*" de la PJ y directamente relacionada con ésta es la de su "*capacidad para sufrir penas*".[873]

---

b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.
La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.
La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa."

[870] Interesante y detallado examen de las distintas penas aplicables a las PPJJ, su contenido, naturaleza, etc., en GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid 2016, pags. 307 y ss.

[871] Art. 116.3 CP: *" La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos."*

[872] Vid. apdo. 3.7.2.

[873] De hecho, la naturaleza real de "pena" de estas consecuencias jurídicas aplicables a las PPJJ, a pesar de su inclusión en el art. 33 CP, es puesta en cuestión por numerosos autores como MIR PUIG, S., "Bases constitucionales del Derecho Penal", Madrid, 2011, pag. 127, SILVA SÁNCHEZ, J., "La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto", Diario La Ley 7464/2010, de 9 de Septiembre, pag. 6 o ROBLES PLANAS, R., "Pena y Persona Jurídica", Diario La Ley 7705/2011, pag. 7.
En el ámbito administrativo sancionador se sostiene la necesidad de culpa acreditada para la imposición de sanciones a la Pj, pero con un contenido distinto de la propia de la PF, como afirman tanto la doctrina constitucional (STC 246/1991) como algunos autores, por ej., NIETO GARCÍA, A., "Derecho administrativo sancionador", pags. 398 y ss.
En su contra otros, como FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el Código Penal español", Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2016, pags. 38 y ss., que, al margen de cualquier "guerra de etiquetas", afirma la aplicación de los principios propios de las penas, como el de proporcionalidad, con apoyo en Jurisprudencia

El principio de personalidad de las penas[874] ha llevado a algún autor a preguntarse si no supondría una infracción del mismo el hecho de que las consecuencias de la sanción impuesta a la PJ realmente se extienden a las PPFF que la integran, y tanto a los que pudieran haber tenido alguna intervención y responsabilidad penal en el hecho punible como a los que no (por.ej., los trabajadores, accionistas minoritarios, acreedores, etc.).[875]

En mi opinión, partidario como soy de la posibilidad de construir e identificar una teoría de la culpabilidad propia de la PJ, creo razonable afirmar que obviamente también tiene la capacidad para sufrir un castigo, por ella misma, como consecuencia de su actuar culpable.

Su identidad, distinta de los miembros que la integran, posibilita esta ubicación pasiva, por ella misma, a la hora de sufrir la sanción penal.

Lo que, además, no debería tampoco sorprendernos en exceso puesto que se trata de algo habitual, y no cuestionado, en relación con el Derecho administrativo sancionador.[876]

Aunque hay también quien sostiene que *"...debe abandonase el criterio tradicional que mantiene el principio de culpabilidad como fundamento de la pena cuando de personas jurídicas se trate."*[877] Lo que se pretende soslayar entendiendo que, en estos casos, el fundamento del castigo de la PJ estriba exclusivamente en razones preventivas de política criminal.[878]

Por otra parte, las repercusiones inevitables que, para terceros ajenos a la responsabilidad delictiva, pudiera reportar la comisión del delito no se aleja mucho de esas mismas consecuencias que, en el caso de la responsabilidad penal de la PF pueden llegar a sufrir otros, como por ej. los familiares y personas dependientes del autor del delito, que

---

como las SSTDH de 8 de Junio de 1976, 21 de Febrero de 1984, 2 de Septiembre de 1998, 23 de Noviembre de 2006, SSTJUE de 23 de Diciembre de 2009, 26 de Febrero de 2013 o STC 246/1991.

[874] Vid. a este respecto, entre otras, las SSTC 44/1987, 150/1991, 146/1994, 92/1997, 59/2008, etc.).

[875] DE RIVAS VERDES-MONTENEGRO, C. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: problemas dogmáticos y soluciones legislativas", Diario La Ley num. 75, Oct. 2010, pag. 20.

[876] STC 246/1991, de 19 de Diciembre: *"Ello no impide que que nuestro derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no signifiva, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas jurídicas.esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturalezade ficción juríduca a que responden esos sujetos. "*

[877] SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, M.J., "Delitos societarios y conductas afines", ed. Wolters Kluwer, 2017, pag. 826

[878] SUÁREZ GONZÁLEZ, C., ·La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo", Estudios del Ministerio Fiscal, 1994, pag. 845.

habrán de padecen igualmente, en alguna medida, los efectos de la pena impuesta.

De hecho, el Legislador, en este caso, adopta medidas normativas para paliar en lo posible los efectos negativos sobre personas ajenas al delito, en especial los trabajadores[879], tanto cuando hace referencia a las posibilidades de fraccionamiento del pago de la multa impuesta[880] como al regular la pena de intervención judicial[881] de acuerdo con lo que líneas más adelante veremos o dentro de las reglas específicas la determinación de la pena a imponer.[882]

Además, hay que señalar que la propia existencia del catálogo especial de penas y de unas específicas reglas para su determinación es prueba palpable de la existencia de una responsabilidad autónoma de la PJ y de que ésta responde por su propio injusto y culpabilidad.[883]

Si bien resulta sorprendente el que no se haya previsto respuesta penal, en forma de delito de quebrantamiento de condena, para el incumplimiento de la sanción impuesta por parte de la PJ, así como en relación con la ejecución de las mismas, lo que ha llevado a sostener incluso la necesidad de acudir a normas de Derecho Civil para cubrir semejante laguna.[884]

3.7.1.2. El catálogo de penas y su determinación.

[879] RODRÍGUEZ RAMOS, L., "¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)". Diario La Ley, num. 7561, 3 de Feb. 2011, pag. 4.

[880] Art. 53.5 CP: *"Podrá ser fraccionado el pago de la multa impuesta a una persona jurídica, durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquélla o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general……"*

[881] Art. 33.7 g) CP: *"g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años."*

[882] Art. 66 bis CP: *"1.ª En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta:*

…. …. ….. ….. ….

b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores."

[883] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Las consecuencias jurídicas del delito", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag.236.

[884] Vid. ZARZALEJOS NIETO, J., "Apuntes sobre la ejecución de penas impuestas a las personas jurídicas", en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pag. 289.

Al igual que acabamos de ver respecto de las atenuantes aplicables a la PJ, también el catálogo de penas aplicables a la PJ, como es lógico, habrá de ser sustancialmente distinto del de la PF, esencialmente porque la "reina" de las sanciones previstas para ésta, la pena de prisión, resulta de imposible aplicación a aquella, obviamente.

Por lo tanto, se incluye en el artículo 33 del Código Penal un nuevo apartado, el 7, que enumera las penas aplicables a la PJ, comenzando por afirmar que todas ellas tendrán la consideración de graves, lo que en principio debería ostentar una definitiva repercusión en el momento de determinar la competencia para conocer de esta clase de responsabilidades cuyo conocimiento, a partir de ahora, debería de corresponder en todo caso a la Audiencia, como Juzgador de instancia, con posible Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, sin perjuicio de aquellos supuestos delictivos cometidos por la PF, en principio competencia del Tribunal del Jurado, que de considerarse así mismo también realizados por la PJ, se seguirían por el procedimiento correspondiente a dicho Tribunal de legos, con las competencias, en sus diversos grados, que para el mismo se establecen.

Así pues, en el caso de la PJ, hay que distinguir entre dos diferentes categorías de penas: las pecuniarias y las interdictivas[885], dentro de las cuales ostenta significación propia la pena de disolución, verdadera "pena de muerte" para la PJ cuya existencia, digamos de paso, evidencia la imposibilidad de cumplir en estos casos la finalidad principal rehabilitadora que, para la pena de prisión tan sólo y como mandato de rango constitucional, se contempla en el art. 25 de nuestra Constitución.[886]

Porque no hay que olvidar que una de las más importantes características del innovador régimen de RPPJ es la de que la consecuencia jurídica del hecho delictivo cometido por la PJ no es otra que la imposición de verdaderas penas en el más estricto y profundo sentido de esta categoría de sanciones, diferente de las "consecuencias jurídicas" o

[885] Para FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., la diferencia esencial entre ambos grupos estriba en que *"El defecto organizativo culpable de la persona jurídica implica siempre la imposición de una multa. Si, además de la culpabilidad por el hecho pasado, existe a largo plazo una "peligrosidad organizativa o instrumental" o una clara "cultura de incumplimiento de la legalidad" de tal manera que la actividad delictiva tenga cierto peso en la organización cabe optar facultativamente por las sanciones interdictivas…"*, "Las consecuencias jurídicas del delito", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag.236.

[886] Es muy importante destacar en este momento, aunque no nos sea posible entrar en su análisis profundo, la relación que la imposición y ejecución de todo este sistema de penas pudiera tener con situaciones de crisis empresarial coetáneas tramitadas en el seno de un concurso mercantil. Vid. en este sentido, MAZA MARTÍN, J.M.

"medidas de seguridad" en otros supuestos previstas[887] y aunque en un evidente "lapsus" el art. 570 quáter CP las denomine *"consecuencias"*, lo cierto es que el *"podrá imponer"* del art. 129 aquí se sustituye por el *"se le impondrá"* de los tipos de la Parte Especial.[888]

Hay que señalar igualmente cómo este catálogo de penas aplicables a la PJ[889] ha sido considerado escaso o incompleto por parte de algunos autores que propugnan la conveniencia de contemplar también otras penas como las de amonestación pública o privada, publicación de la Sentencia, caución de conducta, vigilancia judicial, obligación de adoptar medidas específicas para eliminar las consecuencias de la infracción que ha originado la responsabilidad[890] u otras instituciones extranjeras de interés como el período de seguridad, la amonestación con reserva de pena, la reprobación, etc.[891]

Junto con la posibilidad, más como "consecuencia jurídica" en sentido lato que como verdadera "pena" de *"…la difusión de la sentencia de condena a través de su publicación en medios de comunicación y boletines oficiales, sobre todo en aquellos casos en que la efectividad de la pena está directamente relacionada con el "aislamiento" de la persona jurídica frente a terceros, sean sujetos privados o poderes públicos."*[892]

Así mismo, también debe señalarse que el decomiso, como consecuencia jurídica del

---

[887] BACIGALUPO SAGGESE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (art. 31 bis y 129 CP)", Diario La Ley, 7541/2011, pag. 9. Aunque en contra FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., que sostiene, con la única salvedad de la multa, que estas "consecuencias jurídicas" *"sólo tienen de penas el nombre y se corresponden más bien con lo que en el Derecho Penal de personas físicas venimos denominando medidas de seguridad y corrección"*, [Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "La reforma del art. 129", en "Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero", dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, pag. 129].

[888] ZUGALDÍA ESPINAR, J. M, "Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de Junio)", La Ley, 5/2010, 22 de Junio, pag.7.

[889] A las que, obviamente, hay que añadir otras consecuencias accesorias como el comiso (arts. 127 y ss. CP) [Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero", dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, pag. 136].

[890] ZUGALDÍA ESPINAR, J. M, "Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de Junio)", La Ley, 5/2010, 22 de Junio, pag.10. En sentido semejante DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", De la Cuesta Azamendi, J.L. (Dtor.) y De la Mata Barranco, N.J., (Coord.), ED. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pag. 83; ROSO CAÑADILLAS, R., "Derecho Penal, prevención y responsabilidad social corporativa", en "Derecho Penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig", Madrid, 2010 o FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Las consecuencias jurídicas del delito", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag.2245.

[891] DE URBANO CASTRILLO, E., "El impacto de la reforma del Código Penal, en relación a las personas jurídicas". Diario La Ley num. 61, Jun. 2009, pag. 13.

[892] ZARZALEJOS NIETO, J., "Apuntes sobre la ejecución de penas impuestas a las personas jurídicas", en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pag. 290.

delito, resulta igualmente aplicable, de acuerdo con el contenido del art. 127 y el nuevo 127 bis CP, puesto que, según dichos preceptos, se aplicará dicha consecuencia sobre el patrimonio de cualquier persona, sin distinción entre PF y PJ, condenada como autora de un delito doloso, siempre que los bienes, efectos o ganancias provengan de la actividad delictiva objeto de enjuiciamiento.[893]

3.7.1.2.1. La pena de multa

3.7.1.2.1.1. La pena.

Así pues, en la primera de las categorías mencionadas encontramos, de forma exclusiva[894], la pena de multa que, como más adelante se comprobará, según el delito cometido por la PF de que se trate, adoptará una de las dos formas previstas para la sanción pecuniaria de la PF: la de cuotas diarias o la proporcional.[895]

La multa está llamada a ser, sin duda alguna, la pena de más general aplicación a los supuestos de RPPJ, la "hegemónica"[896], tanto porque es la prevista con carácter esencial en los preceptos de la parte especial que aluden a esta nueva clase de responsabilidad, como

[893] MAGRO SERVET, V., "El Derecho Penal de la Empresa en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de Marzo de Reforma del Código Penal", Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pag. 25. Vid. también DOLZ LAGO, M.J., "Los decomisos: aproximación a sus aspectos sustantivos y procesales tras las reformas del 2015", Diario La Ley, num. 124, 1 de Enero de 2017,

[894] También, en este mismo sentido y desde la reforma de la LO 7/2012, ha de incluirse como imperativa para todos los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, la pena de inhabilitación para recibir subvenciones o ayudas o gozar de de beneficios o contratar con el sector público.

[895] *"En algunos casos, el CP fija ambas fórmulas de multa con carácter alternativo para que el Tribunal imponga en cada caso cuando no sea posible hacer el cálculo de los conceptos (beneficio, daño causado, cantidad defraudada, etc.) de los que hubiera de partirse para establecer la multa en forma proporcional"*, CABEZUELA SANCHO, D., en "Responsabilidad penal de personas jurídicas en la Gestión económica de la Empresa", CABEZUELA SANCHO D. y otros, eds. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, parr. 29.
Esto acontecía ya desde la redacción de la LO 1/2010, por ej., en los arts. Del CP 318 bis, 319.4, 328.6, 348.3, 369 bis, 427.2 o 445.2.

[896] Coincide en ello la totalidad de la doctrina. Por ej., GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor, Diario La Ley, num. 7501, 3 Nov. 2010, pag. 5; BACIGALUPO SAGGESE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (art. 31 bis y 129 CP)", Diario La Ley, 7541/2011, pag. 9; DE RIVAS VERDE-MONTENEGRO, C. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: problemas dogmáticos y soluciones legislativas", Diario La Ley num. 75, Oct. 2010, pag. 9; CABEZUELA SANCHO, D., en "Responsabilidad penal de personas jurídicas en la Gestión económica de la Empresa", CABEZUELA SANCHO D. y otros, eds. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pag. 28; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Las consecuencias jurídicas del delito", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 237; MAZA MARTÍN, J.M., "Los delitos de carácter económico en la persona Jurídica", en "Responsabilidad penal de Personas Jurídicas en la Gestión económica de la Empresa", Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pag. 73. Etc.

porque, según veremos, para la imposición de las sanciones interdictivas será imprescindible la concurrencia de ciertos requisitos específicos.[897]

Con ella se persigue una finalidad "retributiva"[898], a diferencia de las "penas interdictivas" dirigidas *"…hacia la prevención de de la continuidad delictiva o sus efectos"*.[899]

Se trata además del castigo más efectivo y que mejor respeta los intereses de terceros ajenos a la responsabilidad de la PJ y que pueden resultar directamente afectados como consecuencia de ella, tales como los trabajadores de la propia PJ, los socios minoritarios, los acreedores etc.

Lo que no se contempla para la PJ son medidas de carácter subsidiario para los supuestos de impago de la sanción pecuniaria semejantes a las que el CP, en su art. 53.1, contempla para el caso de la PF, lo que resulta obvio al tratarse de una alternativa privativa de libertad que, por lo tanto, para la PJ habrá de convertirse en una intervención judicial hasta que dicho importe llegue a ser satisfecho en su totalidad.[900]

Manifestándose algún autor[901] en contra de la posibilidad, planteada por otros[902], de que en estos supuestos la intervención sustitutoria del impago se prolongue incluso por más tiempo de los cinco años que se le fija como duración máximo cuando se aplica como pena principal en el art. 33.7 g).

Sin embargo, ello no obsta a la necesidad de que el Tribunal sentenciador proceda al embargo de bienes suficientes de la PJ, de existir, y a la realización forzosa de la sanción

---

[897] *"…se opta en este punto por el sistema claramente dominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición, según el cual la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66 bis"* (del Preámbulo de la LO 5/2010.

[898] ZARZALEJOS NIETO, J., "Apuntes sobre la ejecución de penas impuestas a las personas jurídicas", en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pag. 290.

[899] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal", Diario La Ley num. 7534, 23 Dic. 2010, pag. 12.

[900] Art. 53.5 CP: *"Si la persona jurídica condenada no satisficiere, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma"*.

[901] DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", De la Cuesta Azamendi, J.L. (Dtor.) y De la Mata Barranco, N.J., (Coord.), ED. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pag. 82.

[902] DE LA MATA BARRANCO, N.J, BILBAO, M. y ALGORTA, M., "La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo", Diario La Ley num. 87, 2011.

pecuniaria mediante los trámites de apemio de acuerdo con la legislación correspondiente.[903]

A su vez, la posibilidad de fraccionamiento del pago de la multa también se prevé en la norma con carácter específico para el caso de RPPJ[904], con atención muy especial a las consecuencias que su pago pudiera tener para terceros ajenos a la comisión del delito, como los trabajadores de la empresa[905], aunque resulta objeto de crítica el que no se establezca legalmente el momento, o momentos, para acordar ese fraccionamiento, Sentencia o su fase de ejecución, lo que puede ocasionar problemas derivados de la necesidad de nueva revisión de la situación de la empresa condenada por el Juez encargado de la ejecución, si es en esta fase en la que ha de ubicarse dicha decisión.[906]

3.7.1.2.1.2. Reglas para la determinación de la multa a imponer.

Por lo que se refiere al régimen de determinación de esta pena en relación con la PJ, y sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales del art. 66 bis CP que más adelante se examinarán[907] y de otras comunes a la pena de multa en general, como la contenida en el art. 50.5[908] que deberá considerase extensible a la sanción pecuniaria de la PJ, si bien *"centrada en la comparativa de su activo y pasivo"* a la hora de determinar correctamente su *"situación económica"*[909], se prevén una serie de normas específicas para la correcta fijación de su importe y su ejecución, tales como las que se contemplan en los arts. 50, 52 y 53 CP.

Son las siguientes:

1. *"Las penas de multa imponibles a personas jurídicas tendrán una extensión máxima de cinco años"* (art. 50.3 CP).

---

[903] Arts. 989 LECr y 571 y ss. LEC.

[904] Lo que se debe a *"la relevancia social de las personas jurídicas"* para GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal", Diario La Ley num. 7534, 23 Dic. 2010, pag. 10.

[905] Art. 53.5 CP: *"Podrá ser fraccionado el pago de la multa impuesta a una persona jurídica, durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquélla o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general"*.

[906] ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/10, de 22 de Junio", Diario La Ley num. 77, Dic. 2010, pag. 12.

[907] Vid. apdo. 3.7.1.2.2.2.

[908] Art. 50.5 CP: *"Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo II de este Título. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones ys familiares y demás circunstancias personales del mismo."*

[909] ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Cödigo Penal aprobada por Ley Orgánica 5/10, de 22 de Junio", Diario La Ley num. 77, Dic. 2010, pag. 11.

2. *"En el caso de las multas imponibles a las personas jurídicas, en las que la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros. A efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta"* (art. 50.4 CP).[910]

3. *"En los casos en los que este Código prevé una pena de multa para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, de no ser posible el cálculo en base a tales conceptos, el Juez o Tribunal motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes:*

* *Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.*
* *Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.*
* *Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos"* (art. 52.4 CP).[911]

En algunos casos, el CP fija ambas fórmulas de multa

4. *"Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas* (PJ y PF) *la pena de multa, los jueces o tribunales moderarán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos"* (art. 31 ter 1 inciso 2º).[912]

A lo que habría que añadir la inexistencia en nuestro CP de criterios concretos para

[910] Para CABEZUELA SANCHO, D., en "Responsabilidad penal de personas jurídicas en la Gestión económica de la Empresa", CABEZUELA SANCHO D. y otros, eds. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pag. 29, estas cuantías de la cuota diaria de tal clase de multas pueden significar importes de una cuantía extrema, máxime si se añade ese importe a los de las correspondientes responsabilidades civiles y cantidades decomisadas como consecuencia del delito.

[911] Critica por, *"difícilmente justificables"*, estos criterios de proporcionalidad entre la prisión aplicable a la PF y la multa de la PJ por inadecuación con el sustrato y fundamento de la RPPJ, aunque ofrece indudables ventajas a la hora de la posibilidad de su impugnación por vía de Recurso, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal", Diario La Ley num. 7534, 23 Dic. 2010, pag. 10.

[912] Lo que supone "una confusión respecto de los fundamentos de la responsabilidad" en este sistema de RPPJ según GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal", Diario La Ley num. 7534, 23 Dic. 2010, pag. 10.

la individualización específica de la pena de multa aplicable que, según GÓMEZ-JARA[913], en el ámbito internacional y perfectamente trasladables, en mi opinión, a nuestro sistema serían los siguientes:

- La necesidad de que la Sentencia refleje la gravedad del delito, promueva el respeto del Derecho, proporcione un castigo justo, permita una disuasión adecuada y proteja a la Sociedad de futuros delitos de la PJ.

- El rol que la PJ ha desempeñado en el delito.

- Cualesquiera consecuencias colaterales de la condena, incluidas las obligaciones civiles que se deriven del comportamiento de la PJ.

- Cualquier perjuicio patrimonial causado o que amenace con causar el delito.

- El hecho de si en el delito se vio involucrada una víctima especialmente vulnerable.

- Cualquier registro de antecedentes penales previos de individuos pertenecientes al personal de alta dirección de la PF o de la unidad organizativa que participaron en, condonaron o ignoraron deliberadamente, el comportamiento delictivo.

- Cualquier conducta antijurídica previa de índole civil o penal.

- Cumplimiento parcial pero incompleto de atenuantes.

- El hecho de si la organización no tenía, en el momento de cometerse el delito, un programa de cumplimiento de la legalidad.

3.7.1.2.2. Las penas interdictivas.

3.7.1.2.2.1. Las penas.

De otra parte, en lo que a las denominadas penas interdictivas o privativas de derechos concierne, el CP incluye, en su art. 33.7, una serie de supuestos[914] que van desde la

[913] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal", Diario La Ley num. 7534, 23 Dic. 2010, pag. 9.

[914] Para FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., el fundamento de las mismas es idéntico al de las "consecuencias jurídicas" del art. 129 CP: "prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos", según el propio art. 66 bis 1 a), "Las consecuencias jurídicas del delito", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag.246.

disolución de la PJ que, como ya dijimos, equivale realmente a la "pena de muerte", "muerte civil", de la misma[915], hasta la intervención judicial[916], pasando por la suspensión de actividades[917], la clausura de locales y establecimientos[918], la prohibición de realización de

[915] BACIGALUPO SAGESSE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)", Diario La Ley num. 7541, 5 Ene. 2011, pag. 10. Y además, como nos recuerda DE RIVAS VERDES-MONTENEGRO, C., *"Al igual que sucede actualmente por la vía del art. 129.1.b), dará lugar a la liquidación del patrimonio y a la inscripción de la disolución en el registro correspondiente – siempre que se encontrare inscrita la constitución"*,"La responsabilidad penal de las personas jurídicas: problemas dogmáticos y soluciones legislativas", Diario La Ley num. 75, Oct. 2010, pag. 9.

Es pena, por otra parte, de obligada imposición en el caso de organizaciones y grupos criminales y terroristas ex art. 570 quáter CP, al igual que para las asociaciones ilícitas, el art. 520 prevñe también su disolución, si bien por vía del art. 129 CP.

Aunque no deba ser objeto de nuestro análisis en este momento, tan sólo hacer referencia a los complejos problemas que pueden llegar a plantearse entre la ejecución de esta pena y la tramitación del correspondiente concurso de la PJ en el ámbito mercantil, especialmente a la hora de combinar los derechos de los acreedores concursales y las posibles víctimas del delito. Vid. al respecto MAZA MARTÍN, J.M. "La responsabilidad penal de la persona jurídica", Foro Concursal de Andalucía, FUNDIECO, Sevilla 2013.

[916] Se trata de una pena cuya finalidad esencial es precisamente la salvaguarda de los intereses de los trabajadores de la PJ ajenos a la comisión del delito, por lo que se echa en falta que no se haya aprovechado para incluirla también en el catálogo de las "consecuencias accesorias" del art. 129, especialmente pensando en el contenido del art. 318 CP, en lo relativo a la siniestralidad laboral. BACIGALUPO SAGESSE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)", Diario La Ley num. 7541, 5 Ene. 2011, pag. 11. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: problemas dogmáticos y soluciones legislativas", Diario La Ley num. 75, Oct. 2010, pag. 10, nos recuerda que *"Esta norma habrá de completarse con las disposiciones de los arts. 630 a 633 LEC".* En contra de ello FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Las consecuencias jurídicas del delito", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag.254.

Se cuestiona el carácter de verdadera "pena" de este supuesto, *"…que convierte al Juez penal en una especia de Juez mercantil"*, por lo que puede llegar a sostenerse que *"…el Juez penal se convierte en el control de la evolución de una sociedad en crisis, situación que considero deberá concluir si concurren los presupuestos del concurso"*, ÜBEDA DE LOS COBOS, J.J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/10, de 22 de Junio", Diario La Ley num. 77, Dic. 2010, pag. 13.

[917] No encuentra diferencias sustanciales, más allá de los límites temporales, entre esta pena y la de prohibición de realizar actividades BACIGALUPO SAGESSE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)", Diario La Ley num. 7541, 5 Ene. 2011, pag. 10.

En mi opinión sí que existe tal diferencia sustancial, más allá de su posible duración, desde el punto de vista del contenido, o alcance, de las actividades suspendidas o prohibidas, en tanto que la suspensión se está refiriendo a cualquier actividad empresarial o el conjunto de todas ellas mientras que en la prohibición la referencia es sólo respecto de aquellas relacionadas con el delito cometido. De ahí que ésta última pueda tener carácter permanente.

En este caso, será de gran importancia la motivación de la Resolución judicial al respecto por la necesidad de identificar la relación de las actividades que se prohíben con el delito cometido o que se pretende evitar, DE RIVAS VERDES-MONTENEGRO, C., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: problemas dogmáticos y soluciones legislativas", Diario La Ley num. 75, Oct. 2010, pag. 10.

La suspensión podría afectar sólo a algunas actividades de la PJ según FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Las consecuencias jurídicas del delito", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag.250.

[918] De contenido similar al de los supuestos contemplados en arts. CP como el 194, 221.3, 271 b), 276.2, 288, 294.2, 298.2, 299.2, 302 b), 327, 366, 370, 430 y 520, citados por BACIGALUPO SAGESSE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)", Diario La Ley num. 7541, 5 Ene. 2011, pag. 10.

actividades[919], o la inhabilitación[920] para obtener subvenciones y ayudas públicas[921], contratar con el sector público[922] y gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.[923]

Se trata de evitar la reiteración delictiva, como señalaba ya la doctrina jurisprudencial relativa al art. 129 CP.[924]

Sanciones que, no obstante, se encuentran huérfanas de otras disposiciones legales que regulen su ejecución[925] o las consecuencias de su incumplimiento, como el posible delito de quebrantamiento de condena.[926]

La suspensión de actividades[927], el cierre de establecimientos o locales y la

[919] Debiendo concretarse, en este caso, qué actividades específicamente se prohíben y justificar su relación con el delito cometido.
También aquí, a semejanza de la pena anterior, el cierre podría afectar sólo a establecimientos concretos según FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Las consecuencias jurídicas del delito", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 2251.
[920] Se consideran muy adecuadas esta clase de inhabilitaciones pues una empresa que ha cometido un delito lo justo es que sea privada de ayudas públicas, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Responsabilidad de personas jurídicas", "Memento Experto. Reforma penal LO 5/2010", eds. Lefebvre, Madrid, 2010."
FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., recuerda lo necesario que resulta el que el Ministerio de Justicia facilite la tarea de ejecución del Juez posibilitando los medios para que la Resolución pueda ser notificada a los organismos encargados de darla cumplimiento, "Las consecuencias jurídicas del delito", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag.252.
[921] ZARZALEJOS NIETO, J., "Apuntes sobre la ejecución de penas impuestas a las personas jurídicas", en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pag. 290, que cita la STS de 22 de Mayo de 2009.
[922] Prohibición que ya existía desde la Ley de Contratos con el Sector Público, LO 30/2007, de 30 de Octubre, para aquellas personas jurídicas cuyos administradores o representantes hubieran sido condenados por determinados delitos (por ej. contra la Hacienda Pública o contra la Seguridad en el trabajo), pero que, en la práctica, apenas resultaba aplicable. Situación que, sin duda, ahora cambiará al tratarse de una pena impuesta en Sentencia que habrá de ser ejecutada. CABEZUELA SANCHO, D., en "Responsabilidad penal de personas jurídicas en la Gestión económica de la Empresa", CABEZUELA SANCHO D. y otros, eds. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, parr. 31.
[923] Enumeración que, salvo la multa y la inhabilitación para obtener subvenciones, guarda un gran paralelismo, como podrá observarse, con las "consecuencias jurídicas" que para los delitos cometidos en el seno de entes que carecen de personalidad jurídica, contempla el art. 129 CP, pero con la importante diferencia de que, en este caso, se está hablando de verdaderas *"penas en su más estricto sentido"*, BACIGALUPO SAGESSE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)", Diario La Ley num. 7541, 5 Ene. 2011, pag. 9. .
[924] STS de 22 de May. de 2009.
[925] Ante tal silencio, FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., sostiene que, por ej., el ejecutor deberá ser el propio Juez sentenciador, "Las consecuencias jurídicas del delito", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag.256.
[926] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero", dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, pag. 124.
[927] Y ¿por qué no la prohibición de actividades? BACIGALUPO SAGESSE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)", Diario La Ley num. 7541, 5 Ene. 2011, pag. 11.

intervención judicial, además de penas susceptibles de ser impuestas en Sentencia, pueden también ser acordadas como medidas cautelares por el Juez de Instrucción. [928]

Desde el punto de vista de su dimensión temporal, para algunas se fija una duración definitiva o máxima de quince años (prohibición de actividades), para otras una temporalidad máxima de quince años (inhabilitaciones para la obtención de subvenciones, ayudas, beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social) o de cinco años como máximo (suspensión de actividades, cierre de locales o establecimientos o intervención judicial).

Sistemáticamente, es cierto que podría haberse mejorado algo la enumeración contemplando agrupadamente los diversos tipos de inhabilitaciones (suspensión, etc.).[929]

Interesante resulta especialmente la detallada regulación del contenido de la pena de intervención judicial, cuya finalidad no ha de ser otra que la de salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores de la PJ, que se concreta en que:

"La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria."

Desarrollo reglamentario que a día de hoy, seis años desde la entrada en vigor el precepto, se echa en falta y que esperemos que el Ministerio de Justicia tenga publicado cuando, en breve, se requiera para la ejecución de una pena de este carácter impuesta por los

[928] Parr. último del art. 33 CP.
[929] BACIGALUPO SAGESSE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)", Diario La Ley num. 7541, 5 Ene. 2011, pag. 10.

Tribunales.[930]

Pena que, por otra parte, podría ostentar un protagonismo de gran importancia por su utilidad, tanto desde el punto de vista de la defensa de los intereses de personas afectadas por la RPPJ como los trabajadores, acreedores, etc., como para la satisfacción y cumplimiento de las sanciones pecuniarias, en especial cuando las PPFF autoras del delito inicial fueran sus propios directivos.[931]

Por otro lado, la posibilidad de suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de derechos, aunque no prevista en nuestro CP que tan sólo hace referencia a la de prisión impuesta a la PF, es defendida por varios autores.[932]

En realidad nada está previsto legalmente en relación con las peculiaridades que ofrece la ejecución de estas penas respecto de la PJ, a diferencia de lo que sucedía con las previsiones, pormenorizadas, contenidas en el Borrador de nueva Ley procesal penal de2011, o con, las mucho más reducidas, del texto de 2013.[933]

Y tan sólo añadir, antes de pasar al examen de las reglas de determinación de la pena a imponer en estos casos, que no sólo la disolución de la PJ supondrá la desaparición de ésta, sino que las suspensiones de actividades, clausura de locales, etc., que pueden llegar a alcanzar, como se ha visto, una duración de hasta 5 o 15 años, según los casos, y no digamos una prohibición de actividades de carácter perpetuo, evidentemente podrán producir unos efectos conducentes a la práctica desaparición de la PJ que las sufra, con el consiguiente perjuicio que, según lo que ya decíamos líneas atrás, dichas situaciones acarrearán para terceros dependientes de una u otra forma de la subsistencia de la PJ.

Para concluir, de la mayor importancia es señalar igualmente cómo el propio artículo

[930] De hecho, sería ya urgente su necesidad, atendiendo a que, según el mismo art. 33.7, párrafo último, esta es una de las penas que pueden ser también aplicadas como medida cautelar por el Juez en la instrucción de la causa. De hecho, en opinión de FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., tal pena, incluso como medida cautelar, no debería poder imponerse mientras que no se produzca el necesario desarrollo reglamentario, "Las consecuencias jurídicas del delito", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag.255.

[931] Así lo entiende la STS 154/2016 (FJ 10º "in fine") y diversos autores como DOLZ LAGO, M.J., "Primera Sentencia condenatoria con doctrina general sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Análisis de los requisitos del artículo 31 bis CP/2015. Organización criminal que opera a través de mercantiles dedicadas a la exportación e importación internacional de maquinaria con droga oculta en su interior. Votos discrepantes", Diario La Ley num. 8796, de 5 de Julio de 2016, pag. 8.

[932] Como, por ej., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal", Diario La Ley num. 7534, 23 Dic. 2010, pag. 12.

[933] DEL MORAL GARCÍA, A., "Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", VVAA, Coordinadores: José Miguel Zugaldía Espinar y Elena Blanca Marín de Espinosa Ceballos, Aranzadi, Pamplona 2013, pag. 310.

33.7, en su último párrafo y a pesar de tratarse de una cuestión de carácter procesal exótica en norma de naturaleza sustantiva como ésta, dispone que el Juez instructor podrá acordar durante la instrucción de la causa, como medida cautelar, el contenido de alguna de estas sanciones tales como la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de actividades o la intervención judicial de la PJ.

La omisión de toda regla relativa a la ejecución de estas penas lleva a la recomendación de acudir a normas de otros ámbitos así como a la de la necesaria publicidad y comunicación con los órganos administrativos correspondientes para hacer efectivo el cumplimiento de inhabilitaciones y suspensiones, cierres de establecimientos, etc.[934]

Es interesante resaltar el problema de la posible enajenación por la PJ condenada de locales de su propiedad sobre los que pese una condena de clausura porque, de acuerdo con el principio de legalidad, resultaría improcedente, por extensivo, el que ese cierre suponga también la imposibilidad de disposición, mientras que la autorización de ésta podría conducir a supuestos de fraude en el cumplimiento de la Resolución judicial.

A este respecto la doctrina sostiene que, *"…aunque nada dice el CP al respecto, cabría aceptar la suspensión de esta pena si los locales precintados pasaran a terceras persona, físicas o jurídicas, en las que no fuera apreciable una sucesión fraudulentamente en los términos del art. 130.2 CP."*[935]

Igualmente cabe preguntarse, en el caso de la clausura de los locales, si estaría permitido a la PJ condenada, abrir otros distintos.[936]

3.7.1.2.2.2. Reglas para la determinación de las penas interdictivas aplicables a la PJ.

El régimen de la RPPJ incluye así mismo unas reglas específicas en un nuevo precepto, el artículo 66 bis CP, para la determinación e individualización en el caso concreto

[934] ZARZALEJOS NIETO, J., "Apuntes sobre la ejecución de penas impuestas a las personas jurídicas", en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pags. 295 y ss.

[935] ZARZALEJOS NIETO, J., "Apuntes sobre la ejecución de penas impuestas a las personas jurídicas", en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pag. 295.

[936] DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Notas con ocasión de la Reforma de 2015." Revista del Ministerio Fiscal 0 (2015), pag. 232.

de las sanciones establecidas en el anterior catálogo y destinadas a la PJ[937], en cuanto a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en el bien entendido de la imposibilidad de otros criterios como los relativos al grado de ejecución o de participación en el delito, inaplicables al supuesto de la RPPJ.[938]

Este artículo 66 bis sólo contiene reglas para la determinación de las penas interdictivas, toda vez que las multas se fijarán de acuerdo con los escasos criterios a los que se alude específicamente y que ya se han citado (arts. 50.1 y 2, 52.4 y 53.5 CP).[939]

En tal sentido, ya el art. 31 bis 2 "in fine" introduce una regla de individualización acerca de la adecuada modulación de las multas impuestas simultáneamente a la PF y a la PJ por la comisión de los mismos hechos, según la discutible dicción del precepto, de modo que la suma resultante de todas ellas no sea desproporcionada en relación con la gravedad del supuesto, lo que ha sido objeto de numerosas críticas[940] por suponer una evidente contradicción tanto con el principio de responsabilidad por el hecho propio como con el de individualización del castigo ya que, lógicamente, nos podemos preguntar qué relación guarda la responsabilidad de la PF y la de la PJ para llevar a cabo semejante minoración de ambas, y qué razones podrían justificar ésta, si tales responsabilidades son independientes entre sí, de diferente naturaleza y si la gravedad de cada hecho debería de valorarse atendiendo a cada uno de los sujetos individualmente considerados.[941]

En cuanto al contenido del art. 66 bis, advertimos cómo en él se declara lo siguiente:

- La extensión a la PJ de las reglas contenidas en siete de los ocho supuestos contemplados en el art. 66, aplicable a las penas de la PF, es decir, todas ellas

[937] Según nos recuerda FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., el apdo. 3º del art. 3 de la LO de represión del Contrabando, plagado de erratas, establece un sistema distinto para la RPPJ en este concreto delito, sin remisión expresa al art. 66 bis CP, "Las consecuencias jurídicas del delito", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag.236.

[938] Otro dato más que reforzaría la idea de que el "delito cometido por la PJ" no es el descrito en el artículo correspondiente del Libro II del Cp, que lleva a cabo la PF, sino el del art. 31 bis, por cuanto al tratarse de una infracción omisiva de mera actividad es imposible su ejecución gradual. Vid. apdo. 3.5.1.

[939] Vid. apdo. 3.7.1.2.1.2.

[940] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal", Diario La Ley num. 7534, 23 Dic. 2010, pag. 10.

[941] En cualquier caso, según FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., se trataría más de una auténtica compensación que de una regla de atenuación independiente, pues de optar por la rebaja de ambas multas sería obligado hacerlo con las dos, [Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Las consecuencias jurídicas del delito", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 242].

excepto la 5ª relativa a la concurrencia de la agravante de reincidencia con habitualidad.[942]

Se aprecia en este caso un grave error de la norma, puesto que dispone la aplicación de las referidas reglas sin advertir, al parecer, que en el caso de la PJ no existen agravantes de carácter genérico, toda vez que la aplicación de al menos tres de las repetidas reglas de determinación de pena, en concreto la tercera, la cuarta y la séptima, hacen alusión a supuestos en los que concurra alguna de esas circunstancias de agravación, lo que les hará de imposible aplicación para la PJ.[943]

- Respecto de las reglas generales para determinar la concreta extensión de las penas interdictivas a imponer se marcan unos criterios algo ambiguos consistentes en:

  a. su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.

  b. las consecuencias económicas y sociales, especialmente para los trabajadores dependientes de la PJ, que la imposición de la pena produzca.

  c. y el puesto que ocupe en la estructura de la PJ la PF autora del delito o el órgano que incumplió el deber de control.[944]

- De igual modo, sólo para la posibilidad de aplicación de penas interdictivas temporales con una duración superior a los dos años, se exige que concurra al menos una de las dos siguientes circunstancias que por esta razón, como ya advertimos en su momento, pasan a configurarse como verdaderas circunstancias agravantes en el régimen especial de la RPPJ:

  d. la reincidencia, que por supuesto habrá de concurrir en los términos y con los requisitos establecidos para la PF en el artículo 21.7 CP.

---

[942] Con esta remisión genérica se advierte la posibilidad de cualificación de las atenuantes contempladas en el art. 31 bis quáter, con sus intensos efectos de degradación de las penas, al incluirse en ella la del art. 66.1 2ª [Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Las consecuencias jurídicas del delito", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 240].

[943] CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F., en "Comentarios a la Reforma Penal de 2010", dirigidos por ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pag. 88.

[944] Este último criterio sería *"...una consecuencia derivada en parte del principio de identificación o "alter ego doctrine" que se trasluce en la regulación española"*, sic GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal", Diario La Ley num. 7534, 23 Dic. 2010, pag. 11.

e. la utilización instrumental de la persona jurídica para la comisión de delitos, que se producirá siempre que la actividad legal de la PJ tenga menor relevancia que la ilegal, según lo dispone el propio precepto.[945]

- Finalmente, para la imposición de sanción interdictiva de carácter permanente (disolución de la persona jurídica o prohibición de actividades) o por plazo superior a cinco años, cuando éste resultare posible como en el caso de la prohibición de actividades, la inhabilitación para obtención de subvenciones y ayudas públicas etc., será también imprescindible de conformidad con los criterios de determinación punitiva previstos en el nuevo artículo 66 bis, la concurrencia de al menos una de las dos circunstancias siguientes:

  f. la multirreincidencia, en los términos previstos en el artículo 66.1. 5º CP, es decir, cuando conste la comisión de al menos tres delitos en los cinco años anteriores.

  g. y, de nuevo, la utilización instrumental de la PJ para la comisión de ilícitos penales en idéntico sentido al ya descrito anteriormente.

Lo que, desde un punto de vista práctico, suscitaba el problema acerca de cómo resultaría posible afirmar la constancia de la circunstancia de reincidencia sin la previa existencia de un registro de antecedentes penales de la PJ, cuestión parcialmente solucionada con el Real Decreto 1611/2011, de 14 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, que regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, que, por otra parte, no obstante no da respuesta a algo tan esencial en este caso, a la vista de disposiciones como la que atribuye a una PJ las consecuencias de la existencia de antecedente delictivo en la PJ objeto de fusión, absorción, etc., (vid. art. 130.2 CP), como la legitimación necesaria para poder obtener la información relativa a los posibles antecedentes de otra PJ.

En ese mismo precepto, el artículo 130.2 párrafo 1º "in fine" CP, se establece un nuevo y distinto criterio en materia de aplicación de penas a la PJ al posibilitar que el Juez

[945] Es muy importante recordar aquí de nuevo la tesis adoptada por la CFGE 1/2016 y la STS 154/2016, a las que ya se ha hecho referencia en este punto, según la cual en el caso de una ausencia total de actividad lícita ("sociedades pantalla o instrumentales") el supuesto queda excluido del régimen de RPPJ por tratarse de un caso de "inimputabilidad", de modo que esta "agravante" en realidad ha de relacionarse, exclusivamente, con aquella PJ que tenga un mínimo de actividad lícita, aunque ésta tan sólo tenga por finalidad el encubrir los actos delictivos de sus integrantes ("*sociedades tapadera*").

modere el traslado de la pena a la PJ en la que se transforme, quede fusionada, absorbida, etc., en función de la "proporción" que tenga ésta en relación con la autora del hecho sancionado, originariamente responsable del mismo, incluyendo así una fórmula de modulación de la pena incorporada a ese régimen de transmisión de la responsabilidad penal tan anómalo, al que acabamos de hacer referencia, pero que añade además una nueva fuente de confusión al establecer que semejante modulación de la pena a imponer deba llevarse a cabo teniendo en cuenta la proporción que la adquirente de la responsabilidad tuviere respecto de la inicialmente responsable, criterio de proporción cuya aplicación al caso concreto resultará sin duda de gran dificultad en la práctica.

Por otro lado, la ambigüedad de las reglas de individualización en los primeros criterios expuestos, a la que ya se ha hecho alusión, es seriamente cuestionada, por contravenir el principio de legalidad, especialmente en su vertiente de "lex certa", al suponer una indeseable concesión al más amplio arbitrio de la decisión judicial, que puede optar por cualquiera de las sanciones previstas con carácter general, a pesar de la muy distinta entidad de las mismas y de los derechos a los que afectan.[946]

En cuanto a la concreta duración de cada pena privativa de derechos ("*interdictivas*"), BACIGALUPO SAGESSE, S.[947], nos ofrece un excelente y práctico resumen en cuadro comparativo en relación para cada sanción, del siguiente tenor:

- Penas del art. 33.7 c) a g) (suspensión, clausura, prohibición de actividades, inhabilitación e intervención): si la imposición es limitada, entonces su duración no podrá exceder de la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por una persona física[948] (en realidad siempre el delito-presupuesto habrá sido cometido por una PF); y si la imposición es por más de dos años, será necesario además que la persona jurídica sea reincidente o se trate de una persona jurídica

[946] BACIGALUPO SAGESSE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)", Diario La Ley num. 7541, 5 Ene. 2011, pag. 11.

[947] BACIGALUPO SAGESSE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)", Diario La Ley num. 7541, 5 Ene. 2011, pag. 12.

[948] Con este criterio, al vincular la pena a imponer a la PF con el máximo de duración de la impuesta a la PF, se introduce en la práctica la influencia que en esa pena "concreta" pudiera tener la concurrencia de circunstancias de atenuación aplicables a la PF, en aparente falta de coherencia con la previsión de "incomunicabilidad" del apdo. 2 del art. 31 ter CP, como apunta acertadamente ÜBEDA DE LOS COBOS, J.J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/10, de 22 de Junio", Diario La Ley num. 77, Dic. 2010, pag. 15. Lo que, por el contrario, no ocurre con las reglas relativas a la determinación de la multa, que aluden siempre, para esta clase de mecanismos comparativos, a la extensión de la pena "abstracta" prevista para el delito de la PF (vid. art. 52.4 CP).

"tapadera".[949]

- Penas del art. 33.7 b) y e) (disolución y prohibición de actividades sociales): si la imposición es con carácter permanente debe concurrir además que se esté ante un supuesto del art. 66.5ª, o que se trate de una persona jurídica "tapadera".

- Penas del art. 33.7 e) y f) (prohibición de actividades sociales e intervención judicial por más de cinco años): también debe concurrir además que se esté ante un supuesto del art. 66.5ª o que se trate de una persona jurídica "tapadera".

3.7.2. Responsabilidad civil.

Según el apartado 3 del art. 116 CP *"La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos."*

Se trata tan sólo de la consecuencia lógica del régimen general de la responsabilidad civil derivada del delito que atribuye la obligación de reparación al que participe en la comisión de la infracción y de la nueva posible consideración como tal de la PJ.[950]

De modo que viene a suponer la transformación de la tradicional presencia en la actividad resarcitoria de la PJ en cuyo seno o por cuyos empleados se cometiera un delito, consistente en la asunción del lugar de responsable civil subsidiario (art. 120 CP), en responsable directo y principal, a la misma altura que el resto de condenados y con carácter solidario respecto de éstos.[951]

Pero sin que ello, por supuesto, signifique la exclusión definitiva de esa responsabilidad civil subsidiaria, que continúa incluida en el art. 120.2º, 3º, 4º y 5º CP, tanto en los casos de delitos no susceptibles de RPPJ como en los que perteneciendo a este grupo

[949] Vid. Nota 799.
[950] GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid 2016, pag. 217.
[951] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Las consecuencias jurídicas del delito", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag.2258 y MAZA MARTÍN, J.M., "Los delitos de carácter económico en la persona Jurídica", en "Responsabilidad penal de Personas Jurídicas en la Gestión económica de la Empresa", Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pag. 68.pag. 76.

no conlleven, en el caso concreto, esa especial responsabilidad para la PJ, pero sí que concurran los requisitos necesarios para establecer la responsabilidad civil subsidiaria descrita en el referido precepto.[952]

Para finalizar tan sólo apuntar los interrogantes que se abren a la hora de analizar la posibilidad de aseguramiento de esa responsabilidad civil directa de la PJ, como autora del ilícito criminal, dependiendo de la consideración que mereciere el carácter, doloso o asimilado a la culpa, atribuible a la infracción penal por ella cometida.[953]

3.8. EXTINCIÓN DE LA RPPJ.

En el art. 130.1 CP se enumeran las causas que extinguen la responsabilidad criminal, referidas a la que incumbe a la PF haciendo mención de las siguientes:

- La muerte del reo.
- El cumplimiento de la condena.
- La remisión definitiva de la pena, por cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidas con motivo de la suspensión de la ejecución de la misma.
- El indulto.

[952] El escaso interés que la doctrina dedica a este precepto lo evidencian las escasas menciones del mismo y su carácter meramente remisorio. Vid., por ej. la mera cita en DE RIVAS VERDES-MONTENEGRO, C. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: problemas dogmáticos y soluciones legislativas", Diario La Ley num. 75, Oct. 2010, pag. 12, ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/10, de 22 de Junio", Diario La Ley num. 77, Dic. 2010, pag. 16 o ZUGALDÍA ESPINAR, J. M, "Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de Junio)", La Ley, 5/2010, 22 de Junio, pag. 8.
Con mayor profundidad lo analiza FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el Código Penal español", Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2016, pag. 36 , que señala que respecto de esta responsabilidad subsidiaria de estricto carácter civil, sí que se rige, por su naturaleza, por criterios "vicariales" o directamente dependientes de una conducta ajena, de acuerdo con el principio "cuius commoda, eius incommoda ese debet", consagrado en Resoluciones judiciales como las SSTS 544/2008 o 237/2010. A la vez que afirma la concurrencia de esta clase de responsabilidad con la conclusión absolutoria penal para la PJ.

[953] Vid. apdo. 3.5.1.3. Y también MAGRO SERVET, V., "Los seguros D&O de responsabilidad civil de directivos y la exigencia de programa compliance en la empresa", Diario La Ley num. 8939, de 13 de Marzo de 2017, MARSH, Diccionario de D&O. Glosario de términos del seguro de responsabilidad civil de administradores, consejeros y directivos", Servicio de Estudios Marsh, Madrid 2014, y MAZA MARTÍN, J.M., "Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y su repercusión en el contrato de seguro de RC", RC: revista de responsabilidad civil, circulación y seguro, n.o número Especial 50 Aniversario - Jul. 2014, 2014, pp. 9-11.

- El perdón del ofendido.
- La prescripción del delito.
- La prescripción de la pena o la medida de seguridad impuestas.

Por lo que se refiere a la PJ se alude a ella en el apdo. 2 de ese mismo precepto, con un contenido del que, por su importancia, nos ocuparemos de forma independiente más adelante a la hora de analizar las consecuencias y el régimen especial que merece, por sus especiales características, la "*muerte*" de la PJ.

Así mismo, no merece atención especial por su obviedad el cumplimiento de la condena. Mientras que el perdón del ofendido sería cuestionable como causa de extinción de la RPPJ, si es que en algún momento se incluyera en este régimen un supuesto delictivo que lo contemplara, pero en cualquier caso lo sería, si lo fuera, sin especialidad alguna, siguiendo el régimen general previsto para la PF.

En cuanto a la remisión definitiva de la pena como resultado de la suspensión condicional, el problema, de cara a la PJ, estriba no tanto en su condición de causa extintiva de la responsabilidad de ésta cuanto en la posibilidad misma de la aplicación de la suspensión a los supuestos relativos a la PJ, extremo al que ya se aludió anteriormente.[954]

De modo que, además de los interrogantes y dudas que suscita la "muerte" de la PJ, a continuación tan sólo dedicaremos nuestro análisis a las peculiaridades relativas a prescripciones, del delito y de la pena, y al indulto, como causas de extinción de la RPPJ.

3.8.1. La "muerte" de la PJ.

La "*muerte*" de la PJ, que para ella esa disolución, fue considerada inicialmente, en Derecho comparado, como causa de extinción de su responsabilidad penal[955], aunque

[954] Vid. apdo. 3.7.1.2.2.1.

[955] *"No se menciona sin embargo la disolución real de la sociedad, que parece equipararse así a la muerte de la persona física, de modo que habiendo desaparecido realmente los presupuestos inherentes a la existencia corporativa, no podrá exigirse la sujeción a la responsabilidad penal. A este respecto, debe tenerse en consideración que el artículo 371 de la LSC prevé que con la disolución de la sociedad se abre el período de liquidación y que la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica mientras dicha liquidación se realiza, debiendo añadir durante ese tiempo la expresió en liquidación a su denominación"*, ESCRIHUELA CHUMILLA, F.J., "Todo penal", ed. Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2016, pag. 264.

sucesivamente se fueron introduciendo normas, en el régimen especial de la RPPJ, tendentes a paliar los efectos indeseados que semejante efecto venía produciendo.[956]

En efecto, el caso peculiar de estos sujetos cuya responsabilidad penal se afirma posibilita la presencia de fraudes dirigidos a la elusión de ésta mediante el sencillo procedimiento de su disolución u otras formas de desaparición de su individualidad como la transformación, fusión, absorción, etc., toda vez que tras su "muerte", incluso de su "*suicidio*"[957], puede "resucitar", adoptando otra denominación y forma pero subsistiendo en su esencia idéntica o similar.[958]

Por ello, nuestro Legislador nacional optó, desde la redacción original de la LO 5/2010, por introducir un apdo. 2 en el art. 130 CP, con la finalidad de evitar tales situaciones fraudulentas desde el punto de vista de asunción de su resp

onsabilidad[959], aunque con ello se pueda también estar perjudicando los intereses de terceros, como clientes, proveedores, trabajadores, etc.[960]

No obstante el contenido del precepto, aunque plenamente justificado como acabamos de ver[961], no deja de suscitar importantes problemas.[962]

---

[956] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal", Diario La Ley num. 7534, 23 Dic. 2010, pag. 14.

[957] FEIJOO SÁNCHEZ, B. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero", dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, pag. 136.

[958] ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. "Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de Junio)". Diario La Ley num. 76, Nov. 2010, pag. 8.

[959] Art. 130.2 CP: *"La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.*
No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos."

[960] CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F., en "Comentarios a la Reforma Penal de 2010", dirigidos por ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pag. 83.

[961] Se trata de evitar que *"…la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda ser burlada"*, según el propio Preámbulo de la LO 5/2010.

[962] Por ej, la situación que se produce cuando esa transformación, absorción o fusión se produce en el curso de un procedimiento penal contra la PJ originaria, a la que nuestro Legislador, a diferencia de otros ordenamientos como el italiano, no ofrece solución de cara a la continuidad de la presencia procesal de la imputada o acusada, con una debida representación. Vid. GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid 2016, pags. 129 y ss.

No es el caso de *"la disolución encubierta o meramente aparente"*, a la que evidentemente ha de negársele tales efectos extintivos de la RPPJ por su clara finalidad defraudadora de la finalidad de la pena[963], sin que por otro lado esa PJ, aunque quizá si las PF responsables de la misma, pueda ser perseguida como autora de un delito de quebrantamiento de condena ya que esta infracción no está contemplada en el catálogo propio de la RPPJ.[964]

Situación a la que, además, el propio CP destina un criterio identificativo, que ha sido considerado como un supuesto de *"presunción de disolución encubierta o meramente aparente"*[965] en cualquier caso no lesivo del principio de presunción de inocencia[966] que también ha de asistir a la PJ, cuando dice que *"Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos."*[967]

Debiendo señalar además que la ausencia de alguno de los requisitos contemplados en este artículo para poder presumir el carácter encubierto o aparente de la disolución significaría, por imperativo del principio de legalidad, la imposibilidad de aplicar el

---

[963] Aunque GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., sostiene, relacionando este caso y los ulteriores con las situaciones del Derecho administrativo sancionador, que *"Ello se asemeja al concepto utilizado por el TJCE para establecer la responsabilidad por sucesión empresarial al imponerla cuando existe continuidad funcional y económica de la empresa. No obstante el derecho penal no es el derecho administrativo sancionador, y por ello resulta adecuado establecer criterios adicionales a la hora de determinar la responsabilidad penal de personas jurídicas en el caso de sucesión empresarial. En este sentido responde más a la lógica jurídico-penal introducir como criterio cumulativo la necesidad de pena, preventiva o retributiva, para poder declarar este tipo de responsabilidad"*. En "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal", Diario La Ley num. 7534, 23 Dic. 2010, pag. 14.
En sentido semejante NIETO MARTÍN, A. "El Derecho Penal Económico en la era Compliance", Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pag. 17, para quien la irrelevancia de la culpa de la PJ y, por ende, la existencia previa al delito de la PF de "programas de cumplimiento" expresada en la CFGE 1/2011, *"...podría se válida si el legislador hubiera decidido disparar, como lo ha hecho hasta ahora, a las personas jurídicas con las "balas" el derecho sancionador administrativo o contravencional, pero no cuando ha decidido utilizar los "cañones" del derecho penal"*, pag. 17.

[964] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero", dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, pag. 138.

[965] BACIGALUPO SAGESSE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)", Diario La Ley num. 7541, 5 Ene. 2011, pag.8.

[966] Vid. apdo. 3.9.1.3.

[967] La mención de la "actividad económica" parece una clara alusión a que esta norma sólo puede resultar aplicable a la PJ titular de una organización empresarial según señala agudamente FEIJOO SÁNCHEZ, B. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero", dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, pag. 137.

precepto dado el carácter acumulativo de los mismos ante la utilización de la conjunción copulativa *"y"*.[968]

Según nos recuerda algún autor, *"En sentido contrario, que no sea aparente sino real sí extingue la responsabilidad penal"*.[969]

Lo que añade un problema de solución contradictoria con los casos de fusión, etc., que seguidamente comentaremos, en los que, aunque tales operaciones no persigan una finalidad defraudadora, no se exceptúan del mantenimiento de esa responsabilidad, *"Quizá habría resultado conveniente, por ello, aludir expresamente al carácter fraudulento de las operaciones señaladas* (transformación….. etc.) *como se hace en el caso de la disolución."*[970]

Pues los verdaderos problemas se plantean en relación a los otros supuestos: *"La transformación, fusión, absorción o escisión"* de la PJ, en especial con la fusión y la absorción.[971]

En tales casos nos hallamos, desde una primera aproximación teórica, ante la aparente vulneración del principio de exclusiva responsabilidad por el hecho propio, máxime cuando la norma no exceptúa la hipótesis de ignorancia, por parte de la PJ con la que la responsable de hechos ilícitos se fusiona o por la que es absorbida.[972]

---

[968] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 264.

[969] GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor, Diario La Ley, num. 7501, 3 Nov. 2010, pag. 6.

[970] CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F., en "Comentarios a la Reforma Penal de 2010", dirigidos por ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pag. 83.

[971] De hecho, la transformación y la escisión, si no es total, no producen la extinción de la personalidad jurídica como nos recuerda, con cita de los arts. correspondientes de la Ley 3/2009, de 3 de Abril, ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/10, de 22 de Junio", Diario La Ley num. 77, Dic. 2010, pag. 15.

[972] Vid. a este respecto, en el caso del tratamiento que la cuestión merece en el Derecho Penal de EEUU, el excelente análisis de VILLEGAS GARCÍA, M.A., "La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas. La experiencia de EEUU", Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pags. 247 y ss..

De modo que la transmisión de esa responsabilidad, no extinguida, habrá de suponer que la haga frente o, en su caso, se encuentre obligada a cumplir una pena quien no ha participado en el hecho que le dio lugar y quien desconocía, incluso su existencia.[973]

Con el añadido de que tuviera con ello[974] que soportar una situación de reincidente, con las graves consecuencias de ella derivadas.

No podemos adelantar aquí qué criterios podrían seguir nuestros Tribunales cuando se enfrenten a estas situaciones, obligados, como están, a la aplicación estricta de una regla tan clara y contundente, que admite pocas posibilidades interpretativas, si bien puede destacarse el extremo, expuesto con indudable acierto por la doctrina[975] consistente en lo injusto e inútil que podría resultar el cumplimiento de una pena interdictiva de derechos por una PJ, la que absorbe o se fusiona con la responsable penal, cuando aquella viene, por ejemplo, cumpliendo desde siempre escrupulosamente con los mecanismos de control necesarios para satisfacer las exigencias de protección del medio ambiente cuya infracción por una PF vinculada a la primera PJ motivó aquella condena.

Al menos podría haber previsto la norma algún criterio de moderación cuando exista una gran desproporción entre el volumen de ambas PPJJ, por ejemplo el gran almacén que absorbe a un pequeño establecimiento.[976]

Tan sólo establece la norma, art. 130.1 parr. 1º inciso 2º, para esta clase de situaciones una nueva regla de determinación de la pena a imponer[977] al decir que *"El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella."*

---

[973] ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/10, de 22 de Junio", Diario La Ley num. 77, Dic. 2010, pag. 16.

[974] Salvo una hipotética fórmula de interpretación jurisdiccional que fuere capaz de fundamentar la exclusión de una situación semejante.

[975] FEIJOO SÁNCHEZ, B. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero", dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, pag. 137.

[976] CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F., en "Comentarios a la Reforma Penal de 2010", dirigidos por ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pag. 83.

[977] Vid. apdo. 3.7.1.2.2.2.

Con toda la dificultad que esa búsqueda de "proporción" sin duda alguna habrá de conllevar.[978]

En todo caso, lo que sí que resulta a partir de ahora obligado, dentro un segundo plano esta vez estrictamente práctico, es que *"…en cualquier operación de fusión o adquisición de una sociedad, hay que analizar internamente la persona jurídica para evaluar el riesgo de imputación en un procedimiento y eventual condena, dado que el mismo se transmite a las ulteriores sociedades fusionadas, adquiridas o escindidas, lo cual, de nuevo, requiere conocimientos específicos de la materia penal que en la actualidad no son considerados por los especialistas en esta materia."*[979]

Circunstancia que habrá de presentase como muy dificultosa[980] pues no se trata tanto de estar precavidos acerca de la existencia de condenas precedentes de la PJ fusionada o absorbida[981], sino que, en ocasiones, esa responsabilidad podrá estar aún "latente", bien por hallarse abiertos procedimientos penales no conclusos o, lo que es aún más complicado, por haberse cometido ilícitos en el seno de esa PJ originaria, que todavía no hayan "aflorado" al tiempo de la fusión o absorción.[982]

En definitiva, en mi opinión con acierto, se ha llegado a sugerir las ventajas que supondría *"…el establecimiento de mecanismos de "retroacción y anulación" de la*

[978] QUINTERO OLIVARES, G., "La extinción de la responsabilidad de las personas jurídicas", en "La Reforma Penal de 2010, LA. Análisis y comentarios", 2010, pag. 118.
[979] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal", Diario La Ley num. 7534, 23 Dic. 2010, pag. 14.
[980] Vid. al respecto MAZA MARTÍN, J.M., "Prevención de riesgos penales. El régimen legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones sustantivas generales", en el Manual del "Programa ejecutivo de compliance officer (controller jurídico)", Módulo 2, Ed. Wolters Kluver (Formación), Madrid, 2015, pag. 57.
[981] En este sentido, adviértase la importancia de poder consultar, lo que en el momento actual no está contemplado en la norma que regula el Registro de antecedentes penales, RD 1611/2011, de 2 de Diciembre, dado su carácter restringido al propio interesado y a la Autoridad judicial, vid. apdo. 3.7.1.2.2.2, la existencia de tales condenas anteriores. Lo que quizá podrá solventarse, sin embargo, exigiendo a toda PJ que vaya a ser objeto de la operación el que ella misma solicite y presente la certificación negativa de antecedentes.
[982] Lo que se agrava aún más si entendiéramos, lo que por otra parte, a mi juicio resulta cuestionable, que el posible antecedente penal opere también para la nueva PJ que absorbe o se fusiona con la condenada, a efectos de generar una situación de reincidencia que abra la vía para la aplicación de las penas interdictivas de acuerdo con lo dispuesto en el art. 66 bis CP.

absorción o fusión, con el fin de permitir el procesamiento y sanción de la persona jurídica infractora."[983]

Por otro lado, en el caso específico del Ppol penalmente responsable, esta disposición ocasionará problemas de extrema gravedad[984], como tendremos ocasión de comprobar más adelante.[985]

3.8.2. La prescripción de la RPPJ.

Diferente es la dificultad que ofrecen, para el caso de la PJ, las dos clases de prescripciones que contempla el art. 130.1 CP, la del delito y la de la pena impuesta, cuyo tratamiento se desarrolla en los arts. 131 a 135 del mismo cuerpo legal sin mención específica alguna a la RPPJ.

3.8.2.1. La prescripción del delito cometido por la PJ.

Los arts. 131 y 132 CP se refieren expresamente a la prescripción del delito, como acabamos de decir, sin alusión expresa alguna a la RPPJ, por lo que, en principio, el régimen aplicable a ésta será el mismo que el de la PF, si bien hay que hacer referencia a tres cuestiones que dicha adaptación suscita.

a) En primer lugar, respecto del "dies a quo", a partir del cual debe iniciarse el cómputo del plazo de prescripción, hay que afirmar que el mismo no es otro que el de la fecha de comisión, con las especialidades que el propio art. 132 contempla[986], del delito/presupuesto propio de la PF.

---

[983] DOPICO GÓMEZ-ALLER J., "Responsabilidad de personas jurídicas", "Memento Experto. Reforma penal LO 5/2010", eds. Lefebvre, Madrid, 2010", pag. 37.

[984] Hay que tener en cuenta aquí, no obstante, el contenido de los arts. 136 y 137 CP, que establecen un plazo de diez años para la cancelación de los antecedentes penales y los requisitos y efectos para esa cancelación.

[985] Vid. apdo. 4.3.

[986] Art. 132.1 CP: *"Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.*
En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, trata de seres humanos, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento."

Otra solución, como la de situar ese momento en aquel en el que la PJ cometió "su" delito[987], al omitir la implementación y adecuado seguimiento de los mecanismos de control requeridos, aun cuando pudiera compadecerse mejor con nuestra opinión acerca del delito que realmente comete la PJ y que es fuente de su responsabilidad, causa lógicamente unos problemas en orden a su concreción que, en la práctica, resultaría gravemente perniciosos.

Por ello, en esta ocasión me parece claro que no puede ser otra la fecha de comienzo de la prescripción que aquella en la que se concreta el peligro causado por la falta de control, es decir, la comisión de "su" delito por la PF que, por otra parte y como hemos visto[988], es uno de los elementos esenciales de la infracción atribuible a la PJ, siendo ese precisamente el punto de nacimiento de la posibilidad de exigencia de la RPPJ.

b) Acerca del tiempo del plazo prescriptivo se impone el que sea de cinco años[989], ya que esa es la duración establecida en el art. 131 CP para aquellas infracciones que no fueren las de injurias o calumnias o que estén sancionadas con penas leves, prisión o inhabilitaciones por más de cinco años, como es el caso de la RPPJ, con la sola excepción de la pena de inhabilitación por una duración máxima de hasta 15 años, según el apdo. f del art. 33.7 CP.

En este supuesto, como luego volveremos a ver a propósito de la prescripción de la pena, parece lo más razonable entender que también se aplicará un plazo de cinco años, común e igual para todas las infracciones cometidas por la PJ pues no tendría sentido el que, por el hecho de la mera posibilidad de imposición de esta pena, se eleve en todos los casos la duración del plazo de prescripción del delito cometido por la PJ hasta los quince años.

c) Por lo que se refiere a la interrupción del transcurso de ese plazo prescriptivo, a la hora de determinar cuándo puede entenderse que el procedimiento se dirige *"…contra la persona indiciariamente responsable del delito…"*[990], la propia Fiscalía considera que es posible *"…la identificación inconcreta de los individuos que forman parte de la*

[987] Alternativa, para una concepción de auto responsabilidad de la PJ que también contempla DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Notas con ocasión de la Reforma de 2015." Revista del Ministerio Fiscal 0 (2015), pag. 253, a diferencia de lo que ocurre si se parte del criterio de hetero responsabilidad en la que la prescripción de la RPPJ coincide con la de la comisión del delito por la PF.
[988] Vid. apdo. 3.4.1.
[989] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 261. En contra DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Notas con ocasión de la Reforma de 2015." Revista del Ministerio Fiscal 0 (2015), pag. 254, parael que la prescripción será de diez años, dado el carácter grave de las penas previstas para la PJ, incluida la de multa.
[990] Art. 132.2 CP.

organización o el grupo, pero no de la propia organización o grupo en sí."[991]

Por lo que, para que pueda entenderse interrumpido el plazo de prescripción, será siempre necesario identificar, como posible responsable penal, a la PJ concreta.[992]

d) Finalmente recordar cómo, a tenor de lo dispuesto en el art. 31 ter, la prescripción que pudiera alcanzar al delito cometido por la PF no es extensible a la RPPJ.[993]

3.8.2.2. La prescripción de la pena impuesta a la PJ.

En este caso, aunque de lo que se trata es de la prescripción de unas penas ya concretadas, en cuanto a su naturaleza y duración, en la condena impuesta a la PJ, los problemas interpretativos no son menores que los que suscita la prescripción del delito y que acabamos de exponer.

a) Así, la primera cuestión a considerar es la de que el único plazo aplicable, en este terreno, para la RPPJ es el de diez años[994], referido en el art. 133 a las *"restantes penas graves"*, toda vez que esta consideración en cuanto a la gravedad tienen todas las penas aplicables a la PJ, independientemente de su clase, duración o cuantía de acuerdo con lo expresamente dispuesto al efecto en la Ley[995] y evidentemente al no tratarse, casi ninguna de ellas, de penas de prisión o inhabilitación a las que aluden los restantes plazos prescriptivos previstos, por mucho que su contenido pueda asimilarse en cierta forma a dichas inhabilitaciones suspensivas o privativas de derechos.

b) Cuestión polémica sería, aunque de difícil ocurrencia en la práctica[996], la referente al plazo aplicable a la prescripción de la pena denominada como de *"Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social"*[997], que al poder alcanzar una

[991] CFGE 1/2011.
[992] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 262.
[993] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pag. 261.
[994] FEIJOO SÁNCHEZ, B. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero", dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, pag. 136.
[995] Art. 33.7 parr. 1º CP.
[996] FEIJOO SÁNCHEZ, B. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero", dirigidos por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., ed. Civitas Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2011, pag. 136.
[997] Art. 33.7 f) CP.

extensión de hasta quince años podría llevar a considerar un plazo de prescripción de 20 años, de acuerdo con lo previsto para las inhabilitaciones que excedan los diez años.[998]

A mi juicio y aun considerando que la cuestión sin duda es discutible, por mantener un criterio unitario en el tratamiento de todas las penas aplicables a la PJ y no encontrar razón alguna para que se distinga ésta de la restantes de contenido tan equivalente e incluso a la de la disolución, debería optarse por la aplicación también en este caso del plazo de los cinco años para la prescripción.

c) Y, por otro lado, si acabáramos reconociendo la posibilidad de "suspensión condicional" de la pena impuesta a la PJ también resultaría de aplicación a la RPPJ el contenido del art. 134.2 a) CP cuando dispone que el plazo de prescripción quede en suspenso mientras que el período de suspensión de la pena subsista.

3.8.3. El indulto de la PJ.

Como ya se vio, una de las causas de extinción de la responsabilidad penal aplicables a la PF es el indulto, incluido como tal en el art. 130, apdo. 1, num. 4º CP.

La pregunta esta ocasión parece evidente: ¿Cabe también el indulto como causa de extinción de la RPPJ?

Interrogante al que da respuesta, en sentido positivo que comparto, la Profesora MAYORDOMO, V.[999], con base en los siguientes argumentos:

- A pesar de que tradicionalmente la institución del indulto[1000] fue siempre pensada en relación con la PF, único posible responsable penal hasta hoy, el Legislador, con motivo de la introducción del régimen de RPPJ no ha introducido norma alguna limitativa en este terreno.

- La doctrina y la propia Fiscalía coinciden en la obligación de no otorgar peor

[998] Art. 133.1 parr. 3º CP.
[999] MAYORDOMO, V., "El indulto de las personas jurídicas. Fundamento en "razones de equidad, justicia o utilidad pública"." En "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", José Luis de la Cuesta Arzamendi (Dir.) y Norberto J. de la mata Barranco (Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2013, pags. 267 y ss. En el mismo sentido DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Notas con ocasión de la Reforma de 2015." Revista del Ministerio Fiscal 0 (2015), pag. 254 que, por otra parte, excluye para la PJ la posibilidad de suspensión condicional, sólo previstas para las penas privativas de libertad (art. 80 CP) ni la sustitución de la pena (art. 88 CP).
[1000] Ley reguladora del ejercicio de la gracia de indulto de 18 de Junio de 1870, reformada por diversas Leyes, como el D. de 22 de Abril de 1938 y la última Ley 1/1988, de 14 de Enero.

tratamiento penal a la PJ respecto del que recibe la PF, realizando, en la medida de lo posible, interpretaciones "*in bonam partem*" favorables a la PJ.

- A idénticos gravámenes y cargas han de corresponderse los mismos derechos y garantías, entre los que cabe incluir también el indulto.

- También ha de respetarse en este ámbito los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la respuesta penal, en los que encuentra importante fundamento la existencia de la posibilidad de indulto.

- No existen impedimentos dogmáticos, en el CP ni en la Ley del indulto, para oponerse a su posible aplicación a la PJ.

- Puede darse el caso, como para la PF, de ausencia sobrevenida de necesidades preventivo-generales o especiales intimidatorias que justifiquen la medida de gracia.

- Podría incluso justificarse el indulto, no recomendable para la PF, en los casos de delitos relacionados con la corrupción, atendiendo a los perjuicios que pudieran sufrir terceros, como los trabajadores de la PJ.

- En semejante sentido, ante las gravísimas consecuencias que pudiere ocasionar la imposición de penas como la disolución, suspensión de actividades, cierre de locales, etc., podría resultar harto conveniente en más de un caso la concesión del indulto, por razones de "utilidad pública", en protección de los derechos de acreedores, proveedores, empleados, etc. de la PJ condenada.

3.9. ASPECTOS PROCESALES DE LA RPPJ.

Evidentemente, no podría tenerse por cerrado este examen del régimen de RPPJ en nuestro ordenamiento sin una mención, siquiera puntual, de los principales problemas que plantea su tratamiento procesal, partiendo, a estos efectos, de la afirmación de que *"La norma procesal no es un sistema instrumental en orden a la aplicación del ordenamiento jurídico ya sea civil, laboral, penal o contencioso-administrativo. Es el sistema de garantías procesales que actúa con autonomía y sustantividad propia. La norma procesal es una*

norma sustantiva."[1001]

Que la RPPJ requiere una regulación procesal, paralela a la que se denomina como sustantiva en sentido estricto, que contemple las especialidades de la presencia de la PJ en el procedimiento penal como parte pasiva del mismo, imputada, acusada y no mera responsable civil como hasta ahora, es algo que no ofrece duda y que ha sido recordado insistentemente por la totalidad de la doctrina desde el momento mismo en el que se introdujo el nuevo sistema de responsabilidad[1002], sobre todo a la vista de que nuestro Legislador en ese momento inicial, incomprensiblemente, o no advertía esa laguna o consideraba que carecía de importancia, muy probablemente pensando en que serían los propios Tribunales, como aconteció con la presencia de las consecuencias accesorias contenidas en el art. 129 CP, los que llevarían a cabo la tarea de adaptación de un procedimiento, diseñado en función de la PF, a los nuevos desafíos y conflictos que pudiera producir la presencia del nuevo sujeto procesal.[1003]

En este punto, no puedo sino compartir por completo la opinión de quienes piensan que una remisión semejante a los Jueces para la tarea de acomodación de la norma adjetiva a la nueva situación es absolutamente rechazable por elementales razones de seguridad

[1001] LORCA NAVARRETE, A.M., "La constitucionalización del proceso", Diario LA LEY, num. 8865, 17 de Noviembre de 2016, pag. 8.

[1002] Por ej., entre muchos otros, ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/10, de 22 de Junio", Diario La Ley num. 77, Dic. 2010, pag. 17, BACIGALUPO SAGESSE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)", Diario La Ley num. 7541, 5 Ene. 2011, pag. 13 o CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F., en "Comentarios a la Reforma Penal de 2010", dirigidos por ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pag. 84.

Y también ZUGALDÍA ESPINAR, J. M, que señala tanto la denuncia en este sentido del CGPJ ya en su Informe al Anteproyecto de LO de Reforma del CP de 2006 como otros sistemas que contemplan y regulan esta situación procesal novedosa, desde la parquedad del ordenamiento francés (*"Las personas jurídicas deben ser tratadas procesalmente, en la medida de lo posible, como si se tratase de personas físicas"*) hasta las detalladas regulaciones austríaca (Ley Federal de 1 de Enero de 2006) e italiana (Decreto Legislativo de 8 de Junio de 2001), en "Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de Junio)", La Ley, 5/2010, 22 de Junio, pag. 11.

A este respecto resulta también del máximo interés el análisis que lleva a cabo GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid 2016, pags. 33 y ss., donde, además de insistir en esta necesidad de una más completa regulación del estatuto procesal de la PJ, se lleva a cabo un prolijo examen y descripción, de Derecho comparado, en relación con la legislación estadounidense en la materia, tanto en el ordenamiento federal como en los estatales, junto con el régimen aplicable en otros países como Franca, Suiza, Holanda, Bélgica, Portugal o Chile y dentro de los regímenes de "common law", Inglaterra y Australia, e incluso en otros de responsabilidad esencialmente administrativa, como los casos de Italia o Alemania.

[1003] HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables", Diario La Ley num. 7427, 18 Jun. 2010, pag 4.

jurídica y de respeto al principio de legalidad.[1004]

Pues *"La posibilidad de exigencia penal de responsabilidad a las personas jurídicas no sólo constituye un factor con relevancia para dogmática para el derecho penal sustantivo sino que viene a suponer, también, una notable transformación de los mecanismos procesales mediante los cuales dicha responsabilidad puede hacerse efectiva."*[1005]

Es por tanto al Legislador, y sólo al Legislador, a quien competía esa misión y fue por lo que consciente al parecer de tales carencias, más de un año después de publicada la LO 5/2010, en el seno de la LO 37/2011 de medidas de agilización procesal, procede a modificar, o más bien a introducir, diversos preceptos en la LECrim con la pretensión de constituir un "corpus" normativo que atienda a esta cuestión[1006]. Objetivo que, en realidad, puede afirmarse que se ha cumplido sólo parcialmente, como se va a constatar seguidamente.[1007]

Y hay que tener en cuenta que *"…una ley que obvia la dimensión procesal de la imposición de consecuencias sancionatorias a las personas jurídicas no puede producir un cambio cultural como el supuestamente pretendido…"*[1008]

Como ya hemos dicho con insistencia[1009] difícil resultará cumplir las finalidades de Política Criminal que justifican la existencia de la RPPJ sin un instrumento procesal adecuado para ello, tanto en sus estructuras como en sus principios rectores.[1010]

[1004] HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables", Diario La Ley num. 7427, 18 Jun. 2010, pag 4.

[1005] HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables", Diario La Ley num. 7427, 18 Jun. 2010, pag 4.

[1006] Preámbulo de la LO 37/2011: *"En el orden penal, se introducen ciertas modificaciones inexcusables, exigidas por la nueva situación derivada de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y relativas a las implicaciones procesales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En particular, se regulan cuestiones relativas al régimen de la competencia de los tribunales, derecho de defensa de las personas jurídicas, intervención en el juicio oral y conformidad, así como su rebeldía."*

[1007] DEL MORAL GARCÍA, A., "Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", ZUGALDÍA ESPINAR, J.Mª y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., ed. Aranzadi, Pamplona 2013, pag. 310 y ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/10, de 22 de Junio", Diario La Ley num. 77, Dic. 2010, pag. 17.

[1008] SILVA SÁNCHEZ, J.Mª., "La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas", INDRET, Revista para el análisis del Derecho, num. 2, pag. 11.

[1009] Vid. apdo. 3.2., por ej.

[1010] CARRETERO SÁNCHEZ, S., "El papel de los Principios Generales del Derecho en la responsabilidad penal de las personas jurídicas", Diario La Ley num. 8751, de 28 de Abril de 2016.

Por ello, el contenido de las líneas que siguen no va a consistir en un pormenorizado comentario de todas las disposiciones contenidas en la Ley 37/2011 sino en la identificación, descripción y análisis de los problemas principales que, en mi opinión, suscita el enjuiciamiento de la PJ como eventual autora del hecho delictivo, hayan sido, o no, contemplados en la norma hoy vigente.

3.9.1. Los derechos procesales de la PJ.

La necesidad de diseñar un *"estatuto jurídico procesal"*[1011] específico para la PJ es algo indudable y se presenta como quizá el más importante de los aspectos del tratamiento procesal de la RPPJ, planteando un nutrido y complejo grupo de problemas de orden teórico, pero también y sobre todo práctico, de los que vamos a ocuparnos a continuación no sin antes ofrecer una serie de reflexiones introductorias, oportunas y convenientes para el desarrollo de nuestro análisis ulterior.[1012]

Así, la capacidad de la PJ para ser titular de derechos fundamentales es una cuestión previa a todo lo que posteriormente, en este apartado, se abordará.

En tal sentido parece ya claro, en el momento presente, que esa titularidad de derechos de semejante trascendencia no le puede ser negada a la PJ, a pesar de que nuestra Constitución no contenga un pronunciamiento expreso en ese sentido como el del art. 19.3 de la Constitución alemana[1013].

En todo caso el objeto de discusión habrá que centrarlo en la enumeración de los mismos, los que están incluidos o excluidos, y el alcance o la intensidad con que cada uno de ellos ha de actuar en el caso de la PJ.

Porque otra de las precisiones que conviene formular en este momento es la de la imposibilidad de una absoluta asimilación entre el régimen de derechos fundamentales que

[1011] HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables", Diario La Ley num. 7427, 18 Jun. 2010, pag 5.
[1012] Muy interesante resulta al respecto BAJO FERNÁNDEZ, M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas". Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pags. 277 y ss.
[1013] Art. 19.3 CA: Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, por la propia naturaleza de éstas, les sean aplicables."

asisten a la PF y el correspondiente de la PJ.[1014]

Así, resulta obvio que, visto en términos generales y no estrictamente procesales, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la libertad deambulatoria, etc. no pueden ser nunca atribuidos a la PJ, dada la carencia absoluta de ésta respecto de los elementos necesarios que fundamentan su existencia.[1015]

Por el contrario, otros como el derecho al honor, a la propia imagen, a la propiedad, de libertad de asociación, etc., se reconocen como plenamente aplicables a la PJ.[1016]

Se ha planteado en este terreno, con una lucidez y plasticidad encomiable[1017], la posibilidad de configurar tres categorías, clases o zonas de derechos concernientes a la PJ en función de la doctrina sentada por los Tribunales, en concreto por nuestro TC y el TS: derechos claros, en la penumbra y en la sombra.

- El primero de tales grupos, los derechos "claros", haría referencia a aquellos sobre los que no existe duda constitucional alguna acerca de su reconocimiento para la PJ e integraría los correspondientes a la libertad sindical, a la libertad de expresión, a transmitir información, al honor, a la libertad ideológica, de asociación, a la creación de fundaciones, a la igualdad, a la propiedad privada e, incluso, de naturaleza procesal, en atención a la posición de la PJ, como el de participación en el proceso, de defensa, para la proposición y práctica de pruebas o a conocer las razones de las Resoluciones de los Tribunales a través de una motivación suficiente de éstas.

- En cuanto a la segunda clase, los derechos en "penumbra", comprendería los

[1014] DEL MORAL GARCÍA, A., "Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", ZUGALDÍA ESPINAR, J.Mª y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., ed. Aranzadi, Pamplona 2013.

[1015] Así, se llega a sostener que *"...falta un debate mucho más desarrollado sobre qué principios y derechos constitucionales del justiciable son aplicables a las personas jurídicas, porque, en mi opnión, no es tan meridianamente claro que todos los que son aplicables a una persona física deban de ser, también, aplicables a las personas jurídicas, o al menos no de la misma forma. Por ejemplo, el Tribunal Supremo Federal de los EEUU no les reconoce a las corporaciones el derecho consagrado en la Quinta Enmienda a no declarar contra sí misma (United States v. Sourapas and Crest Beverage Company, United States Court of Appeals, Nineth Circuit, March 27, 1975)."* DEL ROSAL BLASCO, B., "Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y sobre la Circular num. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado", Diario La Ley nº 8732, 1 de Abril de 2016, pag. 16.

[1016] Con carácter excepcional la L 37/2011 introduce, respecto de la inviolabilidad domiciliaria, un apdo. 4º en el art. 554 LECr, que dice: *"4.º Tratándose de personas jurídicas imputadas, el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros."*

[1017] HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables", Diario La Ley num. 7427, 18 Jun. 2010, pag 7.

que la doctrina constitucional mantiene en una situación de indeterminación con pronunciamientos que incluso pueden llegar a ser contradictorios.

Ahí se situaría, por ejemplo, las discrepancias acerca del reconocimiento a la inviolabilidad domiciliaria, respecto del que cabe presagiar un verdadero "giro garantista"[1018] a propósito del nuevo modelo de RPPJ.[1019]

- Y, por último, los derechos en "sombra", respecto de los cuales aún no han tenido oportunidad de pronunciarse los Altos Tribunales.

En concreto aquellos sobre los que la doctrina constitucional no ha tenido aún oportunidad de pronunciarse como muchos de los que componen la garantía a un proceso justo y equitativo de todo aquel sometido a un proceso penal.

Es a éstos últimos de los que, lógicamente, nos vamos a ocupar a continuación, no sin antes dejar constancia de que *"El fundamento de dicha titularidad y de la correlativa protección constitucional reside en que siendo la persona jurídica diferente de las personas físicas que forman parte de ella, la primera sirve como instrumento y manifestación de las expectativas de realización, autonomía, libertad y dignificación de las segundas. Y es en esa y por esa medida por la que cabe la extensión de la titularidad respecto a determinados derechos. Esta razón de transferencia, elaborada en la doctrina y la jurisprudencia constitucional alemana, ha sido expresamente recibida por nuestro Tribunal Constitucional."*[1020]

3.9.1.1. El derecho de defensa de la PJ.

En este, como en todos los derechos procesales siguientes, es importante resaltar, de un lado la necesidad imperiosa del reconocimiento de derechos procesales a la PJ derivada de la decisión legislativa de equipararla a la PF en la asunción de responsabilidades

[1018] En línea con importantes Resoluciones que ya se pronuncian en este sentido como la STC 137/1985 o STEDH, "caso Stès Colas Est vs. Francia, de 16 de Abril de 2002.

[1019] HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables", Diario La Ley num. 7427, 18 Jun. 2010, pag 21.

[1020] HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables", Diario La Ley num. 7427, 18 Jun. 2010, pag. 6 con cita de las SSTC 64/1988, 241/1992 y especialmente la 139/1995. Y vid. también las SSTS 514/2015 y 154/2016 en su afirmación, ya reiterada, de la extensión del reconocimiento en la RPPJ de los mismos principios, garantías y derechos en el régimen de responsabilidad de la PF.

penales[1021] y de otro la diferenciación entre los planteamientos hasta ahora seguidos en esta materia en el campo del Derecho Administrativo sancionador y los que habrán de corresponder a la realidad del Proceso Penal.[1022]

Por lo que se refiere al derecho de defensa es necesario hacer referencia a todos los aspectos concretos que forman el haz de garantías constitucionales propio de ese derecho.

En concreto:

3.9.1.1.1. El derecho de acceso adecuado al proceso.

Las posibilidades de defensa de la PJ pasan, como en el caso de la PF, por una adecuada y completa información al sujeto pasivo procesal de cuantas decisiones, trámites y circunstancias que puedan tener alguna relevancia para el ejercicio pleno de aquella.[1023]

Y como para la PF, la Ley ha de prever el procedimiento de acceso a esa información por parte de la PJ, en forma de notificaciones u otra clase de comunicaciones de suficiente eficacia reveladora de los contenidos de las actuaciones.

El acceso a éstos resulta, por lo tanto, un aspecto esencial de las garantías que deben formar parte de un proceso justo y equitativo para cualquier persona a él sometido, con inclusión sin duda de la propia PJ.[1024]

Así lo ha entendido nuestro Legislador nacional cuando, mediante la citada LO

[1021] En este sentido, la Ley 37/2011 realiza un indudable esfuerzo para atribuir a la PJ y regular los derechos propios del imputado, tal como venía reclamado la doctrina, BANACLOCHE PALAO, J., "La imputación de la persona jurídica en la fase de instrucción", en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pags. 155 y ss. y PÉREZ, M.J., "La imputación a las personas jurídicas: cuestiones procesales", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", José Luis de la Cuesta Arzamendi (Dir.) y Norberto J. de la Mata Barranco (Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2013, pags. 363 y ss.

[1022] BAJO FERNÁNDEZ, M., "La responsabilidad penal colectiva", en "Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal", Dir, VIEIRA MORANTE, F.J., Cuadernos de Derecho Judicial, num. VII, CGPJ, Madrid 2006, pags. 44 y ss.

[1023] Con la excepción legal, en nuestro caso, de aquellas diligencias practicadas bajo la decisión del secreto sumarial para las partes, previsto en los arts. 302 parr. 2º y concordantes de la LECr .

[1024] Como recoge GÓMEZ-JARA de la STS 221/2016, de 16 de Marzo, en la fase de instrucción de un procedimiento dirigido contra una PJ existe, en cualquier caso, *"Necesidad de imputación formal y averiguación propia de los hechos del delito corporativo"* [Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura", Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pags. 123 y ss.].

37/2011, introduce una serie de disposiciones en la LECr [1025], precisamente dirigidas a

[1025] Artículo 119 LECr: *"1. Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 118 de esta Ley, haya de procederse a la imputación de una persona jurídica, se practicará con ésta la comparecencia prevista en el artículo 775, con las siguientes particularidades: a) La citación se hará en el domicilio social de la persona jurídica, requiriendo a la entidad que proceda a la designación de un representante, así como Abogado y Procurador para ese procedimiento, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo, se procederá a la designación de oficio de estos dos últimos. La falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el Abogado y Procurador designado. b) La comparecencia se practicará con el representante especialmente designado de la persona jurídica imputada acompañada del Abogado de la misma. La inasistencia al acto de dicho representante determinará la práctica del mismo con el Abogado de la entidad. c) El Juez informará al representante de la persona jurídica imputada o, en su caso, al Abogado, de los hechos que se imputan a ésta. Esta información se facilitará por escrito o mediante entrega de una copia de la denuncia o querella presentada. d) La designación del Procurador sustituirá a la indicación del domicilio a efectos de notificaciones, practicándose con el Procurador designado todos los actos de comunicación posteriores, incluidos aquellos a los que esta Ley asigna carácter personal. Si el Procurador ha sido nombrado de oficio se comunicará su identidad a la persona jurídica imputada.*

Art. 120 LECr: *"1. Las disposiciones de esta Ley que requieren o autorizan la presencia del imputado en la práctica de diligencias de investigación o de prueba anticipada se entenderán siempre referidas al representante especialmente designado por la entidad, que podrá asistir acompañado del letrado encargado de la defensa de ésta. 2. La incomparecencia de la persona especialmente designada no impedirá la celebración del acto de investigación o de prueba anticipada que se sustanciará con el Abogado defensor."*

Art. 409 bis LECr: *"Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su Abogado. La declaración irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización. A dicha declaración le será de aplicación lo dispuesto en los preceptos del presente capítulo en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluidos los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable. No obstante, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación determinará que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar."*

Art. 544 quáter LECr: *"1. Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente previstas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. 2. La medida se acordará previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas. El auto que decida sobre la medida cautelar será recurrible en apelación, cuya tramitación tendrá carácter preferente."*

Art. 746, parr. final, LECr: *"Cuando el procesado sea una persona jurídica, se estará a lo dispuesto en el artículo 786 bis de esta Ley.*"

Art. 786 bis LECr: *"1. Cuando el acusado sea una persona jurídica, ésta podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe, debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados. Dicha persona podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba, sin perjuicio del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio. No se podrá designar a estos efectos a quien haya de declarar en el juicio como testigo. 2. No obstante lo anterior, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación no impedirá en ningún caso la celebración de la vista, que se llevará a cabo con la presencia del Abogado y el Procurador de ésta."*

Art. 839 bis LECr: *"1. La persona jurídica imputada únicamente será llamada mediante requisitoria cuando no haya sido posible su citación para el acto de primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido. 2. En la requisitoria de la persona jurídica se harán constar los datos identificativos de la entidad, el delito que se le imputa y su obligación de comparecer en el plazo que se haya fijado, con Abogado y Procurador, ante el Juez que conoce de la causa. 3. La requisitoria de la persona jurídica se publicará en el*

regular la forma de notificar y comunicar los distintos actos procesales a la PJ y recíprocamente, a permitir a ésta su activa participación en el proceso.

Sin embargo, como se ha señalado en la doctrina más autorizada en este campo[1026], antes incluso de la publicación de dicha Ley, se advierte un problema esencial a resolver al respecto y que, por cierto la LO 37/2011 no soluciona, al menos de forma que pueda considerarse satisfactoria.

Se trata, obviamente, de lo relativo a la PF que ha de servir como interlocutor entre la PJ y los restantes participantes en el procedimiento, no sólo para la pasiva recepción de las informaciones sino también para la actuación comunicativa desde la PJ.

Y no nos estamos refiriendo, lógicamente, a la función, meramente instrumental, por mucho que la norma les otorgue en ciertos casos un protagonismo claramente cuestionable[1027], de Abogados y Procuradores en cuanto intermediarios entre la parte a la que asisten o representan y el Tribunal, sino a aquella PF llamada a encarnar, nunca mejor dicho, las posiciones e intereses de la PJ y que, por lo tanto, dispone la estrategia de defensa de ésta, desde la formulación de las declaraciones que han de ser tenidas como propias de su defendida hasta la dirección y control de la actuación del Letrado defensor pasando por el ejercicio de ciertas acciones, como las que dan lugar a efectos atenuatorios de la RPPJ, de interés para su representada.

Por su importancia decisiva, esta cuestión va a ser tratada específicamente en un apartado posterior.[1028]

También merece mención aquí, de otra parte, lo referente al derecho al intérprete, que constituye un aspecto decisivo para la adecuada defensa de quienes no conocen el idioma en el que diligencias y trámites se desenvuelven, es decir, la lengua del Tribunal.

En este caso la transferencia del régimen aplicable a la PF, en la forma y con los

---

«Boletín Oficial del Estado» y, en su caso, en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» o en cualquier otro periódico o diario oficial relacionado con la naturaleza, el objeto social o las actividades del ente imputado. 4. Transcurrido el plazo fijado sin haber comparecido la persona jurídica, se la declarará rebelde, continuando los trámites procesales hasta su conclusión."

[1026] HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables", Diario La Ley num. 7427, 18 Jun. 2010, pag 10.
[1027] Por ej. los arts. 120.2 o 786 bis 2 LECr.
[1028] Vid. apdo. 3.9.3. y LO 1/2015.

requisitos establecidos al efecto[1029], a la situación de la PJ no ofrece a mi juicio mayores problemas, aunque expresamente no lo contemple en este caso la Ley, teniendo en cuenta, obviamente, que es para ese representante de la PJ al que venimos refiriéndonos, y en su caso también su Defensor, respecto de quienes deben establecerse las concretas necesidades de traducción.

3.9.1.1.2. El derecho a la asistencia de Letrado.

Como tenemos oportunidad de comprobar, con la lectura de los preceptos incorporados con la LO 37/2011, el Legislador ha tenido, en todo momento, la suficiente sensibilidad para regular este derecho fundamental en orden a un ejercicio adecuado del derecho de defensa de la PJ[1030], si bien no aborda aspectos de la máxima actualidad e interés como por ejemplo el llamado *"privilegio de las comunicaciones entre abogado y cliente"*, lo que por otra parte no puede sorprender ya que esa omisión en gran parte se extiende también para el caso de la PF, si bien con respecto a la PJ la cuestión plantea problemas específicos como el del tratamiento, en esta cuestión, de los llamados "abogados de empresa", unidos por vínculos concretos al quehacer de aquella.[1031]

En este sentido se ha dicho: *"El derecho de defensa, sagrado en nuestro Derecho Penal, habrá de no ser conculcado, quién representará a esa perspna jurídica, es evidente que no podrá ser un letrado de laempresa, el cual pueda quedar también en responsabilidad penal, pero, a la vez, la persona jurídica tiene que ser atendida en sus derechos como cualquier ciudadano, y en el caso anterior es claro que puede haber un conflicto de interesescon los de la entidad, con lo que, a nuestro juicio, y por Deontología, la defensa letrada la debería ejercer siempre un Abogado que no tenga relación profesional ni laboral*

[1029] Vid. al respecto la importante STEDH, Caso Luedicke, Belkacem y Koçcontra vs. República Federal Alemana, de 28 de Noviembre de 1978.
[1030] Vid, Nota (870).
[1031] Para un amplio e interesante análisis de esta materia BAJO FERNÁNDEZ. M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas". Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2012, pags. 292 y ss. También GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "El secreto profesional del Abogado", en "Problemas actuales de la justicia penal", ed. Colex, Madrid 2013, pags. 9 y ss., así como GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid 2016, pags. 140 y ss, donde se ofrece un exhaustivo análisis de esta cuestión, incluido el de la importantísima STJUE de 14 de Septiembre de 2010, "caso AKZO", y remontándose en nuestro propio derecho histórico hasta las Partidas de Alfonso X el Sabio (1265) o la Novísima Recopilación de Carlos IV (1804), donde ya se trataba el secreto profesional del Abogado.

con la empresa enjuiciada o investigada.”[1032]

El mencionado texto legal[1033] sí que ha dado, por otra parte, cumplida y correcta respuesta, como no podía ser de otra manera, a la primera de las cuestiones señaladas por la doctrina[1034] acerca de la posibilidad de designación de Abogado de oficio en aquellos supuestos en los que la PJ no designe uno, por omisión o porque su situación no lo permita, cumpliendo así con la exigencia esencial de la obligatoria asistencia técnica para el sometido al proceso penal.

No obstante, no ha llegado a merecer semejante atención el segundo de los problemas anunciados, el relativo a la posibilidad de aplicación a la PJ del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

En este extremo, y al margen de situaciones de gran complejidad como aquellas en las que careciendo de medios económicos la propia PJ supuesta responsable penal sí que los tuvieran bien sus socios u otra PJ de la que aquella dependiera[1035], lo que sí que parece imperioso es una *“…armónica y sincrónica reforma de la L 1/1996, de asistencia jurídica, en la medida que su regulación parte de un principio general de exclusión de las personas jurídicas –salvo asociaciones de utilidad pública, de conformidad a las previsiones del art. 32 LO 1/2000, reguladora del Derecho de Asociación, y fundaciones inscritas en el registro correspondiente- del círculo de los potenciales beneficiarios”*[1036], principio de exclusión que aún se mantiene incluso en el art. 2 del último Proyecto para una nueva Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.[1037]

La referencia que en dicho texto legal se hace respecto de ciertas organizaciones dotadas también de personalidad jurídica, como las Asociaciones de Víctimas de delitos (violencia de género o terrorismo), incluso independientemente de su disponibilidad de

[1032] CARRETERO SÁNCHEZ, S., “El papel de los Principios Generales del Derecho en la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Diario La Ley num. 8751, de 28 de Abril de 2016, pag. 6. Y también PÉREZ MACHÍO, I., en “Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, coords. DE LA MATA BARRANCO, N.J. y DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., Zaragoza, 2013, pags. 21 y ss.

[1033] Art. 119.1 a) LECr.

[1034] HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables”, Diario La Ley num. 7427, 18 Jun. 2010, pag 12.

[1035] HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables”, Diario La Ley num. 7427, 18 Jun. 2010, pag 13.

[1036] HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables”, Diario La Ley num. 7427, 18 Jun. 2010, pag. 13.

[1037] Que ingresó en el Congreso de los Diputados el 7 de Marzo de 2014 y luego interrumpiéndose su tramitación por vencimiento de la Legislatura.

recursos económicos para litigar, sólo aluden a aquellos supuestos en los que esas PPJJ actúen como demandantes o acusadoras en un determinado proceso, sin mencionar, por tanto, las situaciones procesales de penalmente investigadas, imputadas o acusadas.[1038]

La crítica a esta situación, como decíamos, pensando en pequeñas empresas, carentes de los suficientes medios económicos, u otras sometidas a una eventual situación concursal, es planteada con insistencia por la doctrina, incluso haciendo referencia al tratamiento que la cuestión merece en otros ordenamientos, como el italiano o el chileno.[1039]

3.9.1.2. El derecho de la PJ a la no autoincriminación.

Nos enfrentamos en este momento a un interrogante de verdadera importancia, tanto para el adecuado ejercicio de los derechos procesales de la PJ como para la eficacia misma del procedimiento seguido contra ella.

En efecto, la posibilidad de traslado a la PJ de los contenidos de este derecho fundamental ampliamente reconocido a la PF en nuestro ordenamiento penal, tan distinto en este punto al Derecho Administrativo sancionador, plantea interrogantes de una enorme trascendencia práctica, toda vez que *"Tal derecho-marco implica, entre otros, los derechos de la persona acusada al silencio y a no responder a alguna (derecho al silencio parcial) o a todas las preguntas (derecho al silencio total) que se le formulen y a no declarase culpable. Su contenido se extiende, también, a la prohibición de toda coacción para que la persona acusada se vea obligada a aportar datos o materiales probatorios sobre los que pueda acreditarse su responsabilidad penal. En este punto, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha apostado fuerte por la mayor garantía de este contenido específico al calificar como contrarios al derecho a la no autoincriminación, reconocido en el Convenio –decantado de sus finalidades no de su expresa mención in lite-, los comportamientos de las autoridades estatales destinados a obtener declaraciones de voluntad o de conocimiento o de facilitación de documentos mediante el establecimiento de multas u otros mecanismos de astreintes, aunque aquellas puedan proceder de actuaciones no estrictamente penales pero con relevancia sancionatoria, por ejemplo, de orden fiscal o*

[1038] Apdo. i) del art. 2 de la Ley 1/1996, introducido por la reforma operada por la Ley 42/2015, de modificación de la LEC, de 5 de Octubre, Disp Final 3.2.
[1039] GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid 2016, pags. 167 y ss.

impositivo, o que puedan derivar o desembocar en un proceso penal.''[1040]

Ante semejante planteamiento resulta oportuno advertir las dificultades que, para la acreditación de un determinado hecho delictivo, puede acarrear el reconocimiento de tal derecho a la PJ[1041], especialmente cuando todos o parte de los materiales probatorios de la acusación procedan de un previo expediente administrativo en el que rigen, más allá de lógicas obligaciones de información y colaboración del expedientado, verdaderas compulsiones coercitivas previstas en la propia Ley.[1042]

En este sentido, se advierte cómo el Legislador no es totalmente ajeno a tales cuestiones, tanto contemplando expresamente el derecho de la PJ a no declarar ni autoincriminarse reconociendo su culpabilidad, ejercido por la PF de su representante de acuerdo con lo dispuesto en el art. 24 CE[1043], como impidiendo, por los problemas que pudiera causar este ejercicio[1044], el que sea propuesto como testigo, en el juicio[1045], aquella PF que ostente la representación de la PJ.[1046]

Amén de la clara inducción a la renuncia del ejercicio de este derecho mediante premios de contenido atenuatorio como la confesión o la colaboración mediante la aportación de elementos probatorios de incriminación que se contemplan en el Texto sustantivo.[1047]

Será, en definitiva, la Jurisprudencia, esencialmente la constitucional, la que tendrá

[1040] HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables", Diario La Ley num. 7427, 18 Jun. 2010, pag. 15, con cita de la fundamental STEDH, "caso J.B. vs. Suiza", de 3 de Mayo de 2001 y de la correspondiente al "caso Saunders vs. Reino Unido", de 17 de Diciembre de 1996, en la que se declaró la imposibilidad de utilizar en el proceso penal las declaraciones incriminatorias prestadas en un procedimiento administrativo. No debiendo soslayar , no obstante, cómo la doctrina del TJUE no es coincidente con la del TEDH al distinguir entre el derecho de la PJ a negarse a contestar a preguntas que la autoincriminen, que sin duda se le reconoce, y la negativa a portar documentación que se encuentre en su poder, que no se admite (por ej. las Sentencias del "caso Orkem", de 18 de Octubre de 1989, "caso Mannesmannröhren", de 20 de Octubre de 2001 o "caso Dalmine", de 25 de Enero de 2007).

[1041] GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor, Diario La Ley, num. 7501, 3 Nov. 2010, pag. 11.

[1042] Vid., por ej. y entre otras como las normas en materia fiscal (L 58/2003), la previsión de medidas sancionadoras contenidas en el RD 925/1995 por el que se aprobó el Reglamento sobre medidas para la prevención del blanqueo de capitales, modificado por el RD 54/2005.

[1043] Vid. art. 409 bis LECr.

[1044] PÉREZ, M.J., "La imputación a las personas jurídicas: cuestiones procesales", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", José Luis de la Cuesta Arzamendi (Dir.) y Norberto J. de la Mata Barranco (Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2013, pag. 374.

[1045] Adviértase el error del Legislador al remitir, tan sólo, a la declaración testifical en el acto del Juicio. ¿Qué tratamiento deberá otorgarse a esta cuestión en la fase previa de instrucción?

[1046] Vid. art. 786 bis LECr.

[1047] Vid. art. 31 quáter a) y b) CP.

la última palabra acerca del reconocimiento, requisitos y extensión de este derecho, derivado del principio *"nemo tenetur se ipsum laedere (o prodere)",* para el supuesto de la RPPJ[1048], si bien por nuestra parte podemos señalar el hecho de que la inclusión de la PJ como posible responsable de un ilícito penal debería llevar, en pura coherencia con semejante decisión y a pesar de las dificultades que de ello pudieran derivarse, a otorgar a esa PJ la titularidad de este derecho, en términos semejantes a aquellos con los que opera respecto de la PF.

Por otra parte en línea con la doctrina al respecto del TEDH[1049] aunque contra el criterio imperante al respecto en otros ordenamientos como el de los EEUU[1050] e incluso en el seno de la doctrina del TJUE[1051], decantándose en este extremo la mayor parte de la doctrina patria favorable a la mayor autoridad de los pronunciamientos del TEDH, como intérprete de los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH, lo que le otorgaría una jerarquía mayor (algo semejante a lo que sucede en la relación entre nuestro TS y el TC) a la hora de establecer principios sobre el ejercicio de tales derechos.[1052]

A pesar de todo, como sagazmente se ha advertido[1053], la posibilidad de acordar

[1048] SSTC 18/2005, 68/2006 y 142/2009, de 15 de Junio que, como se ha dicho, ofrecían una respuesta meramente formal de sus pronunciamientos, toda vez que se apoyaban, para declarar la constitucionalidad de la prueba obtenida en el procedimiento administrativo sancionador, en el hecho de que la coacción legal ejercida por la Inspección Tributaria se dirigía contra las entidades jurídicas correspondientes y no contra los Administradores de la misma ulteriormente condenados. La cuestión ahora es esperar la respuesta que a esta cuestión pueda dar nuestro TC cuando la PJ es el sujeto susceptible de la condena penal con base en las pruebas obtenidas de este modo.

[1049] Por ej., la ya citada STEDH del "caso Saunders vs. Reino Unido", de 17 de Diciembre de 1996, también la anterior del "caso Funke vs. Francia, de25 de Febrero de 1993, de las que sin embargo se apartó la STC 18/2005 al negar el amparo a un administrador de una Sociedad como autor de un delito contra la Hacienda Pública, condenado con base en la información facilitada en régimen de coerción sancionatoria legal por la propia Sociedad que representaba en las correspondientes actuaciones administrativas previas, al considerar que la coacción no se dirigió contra él y que, en cualquier caso, el no podía alegar la vulneración del derecho fundamental de un tercero como la Sociedad de referencia. Pronunciamiento muy criticado por la doctrina por su "extremo formalismo", críticas que comparto totalmente. HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables", Diario La Ley num. 7427, 18 Jun. 2010, pag. 15. Vid. también la STEDH de 4 de Octubre de 2005, caso "Shanon v. Reino Unido".

[1050] GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid 2016, pags. 155 y ss., con especial referencia a la importantísima Sentencia del TS estadounidense de 12 de Marzo de1906, en el caso "Hale v. Henkel". Y también DEL ROSAL BLASCO, B., "Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y sobre la Circular num. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado", Diario La Ley nº 8732, 1 de Abril de 2016, pag. 16.

[1051] SSTJUE de los casos Orkem, de 18 de Octubre de 1989, y Mannesmanröhren, de 20 de Octubre de 2001.

[1052] En este sentido por ej. NIETO MARTÍN, A. y BLUMENBERG, A., en "Nemo tenetur se ipsum acusare en el Derecho Penal económico europeo", en "Los derechos fundamentales en el Derecho Penal europeo, pag. 414, ed. Aranzadi, Cizur Menos (Pamplona), 2010 y GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid 2016, pag. 236.

[1053] ZARZALEJOS NIETO, J., "La participación de la persona jurídica imputada en la fase intermedia y de juicio oral", en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pag. 266.

como medida cautelar la intervención judicial de la persona jurídica podría convertirse en un mecanismo para eludir, en la práctica, la vigencia de este derecho, al poder tener acceso la investigación a todo el material probatorio que obre en poder de la PJ.

Por otra parte se ha señalado, con pleno acierto[1054], que otro problema de la máxima atención será el de determinar quiénes son las PPFF que, amparados por el derecho a no autoincriminarse de la PJ, pueden apelar a éste en sus declaraciones y comparecencias en el seno del procedimiento penal, por su condición de representantes de la misma.

La cuestión más compleja sigue siendo, sin embargo y como ya adelantábamos, la tacha de nulidad que pudieran tener, a la hora de su introducción en el procedimiento penal, aquellas pruebas obtenidas en un previo expediente sancionador administrativo (tributario, medioambiental, etc.) no sólo sin respeto por este principio básico sino, incluso, hasta con una amenaza de sanción específica por no colaborar con la autoridad investigadora.[1055]

3.9.1.3. El derecho a la presunción de inocencia de la PJ.

La presunción de inocencia, como derecho y garantía nuclear del procedimiento penal, ha de ser indudablemente aplicada a la PJ en los mismos términos que a la PF, una vez que el Legislador ha optado por su inclusión en el ámbito de los posibles acreedores de una responsabilidad penal.[1056]

[1054] DEL MORAL GARCÍA, A., "Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", VVAA, Coordinadores: José Miguel Zugaldía Espinar y Elena Blanca Marín de Espinosa Ceballos, Aranzadi, Pamplona 2013, pag. 290.

[1055] Vid. al respecto SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., "El derecho de las personas jurídicas a no autoinculparse por delito fiscal", Diario La Ley num. 8737, 8 de Abril de 2016.

[1056] Pues, aunque en otros sistemas, como el anglosajón, este derecho no le es reconocido a la PJ en los mismos términos que en el njuiciamiento de la PF (vid. por todos SHINER, R.A., "Corporatión and the Presumption of Innocence", Criminal Law and Philosophy, 2014, vol. 8,2, pags. 585 y ss.), en nuestro país *"Aún cuando el Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión todavía de pronunciarse expresamente en cuanto a si en el ámbito penal las personas jurídicas gozan de derecho a la presunción de inocencia, resulta poco cuestionable que eso es así. Por un lado, el Tribunal viene reconociendo ciertos derechos a aquellas. Así, tan sólo a título de ejemplo, el derecho a la inviolabilidad del domicilio (SSTC 137/1985 de 17 de octubre; 22/2003 de 10 de febrero; STC 54/2015 de 16 de Marzo) o el derecho a la tutela judicial efectiva (por ejemplo, STC 64/1988; 129/2001…), etc. Por otra parte, es posible encontrar numerosas muy numerosas resoluciones del Tribunal relativas a sanciones administrativas a personas jurídicas, en las cuales se ha reconocido, entre otros, dicho derecho (al respecto, vid. el resumen que efectúa la STC 54/2015 de 16 de Marzo)."* GÓMEZ TOMILLO, M., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y carga de la prueba de la idoneidad de los programas de cumplimiento", Diario La Ley num. 8861, 11 de Noviembre de 2016, pag. 3. Vid. OBSERVATORIO DERECHO PENAL Y DELITOS ECONÓMICOS 2011 DE LA CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS - KPMG, "La culpabilidad de la persona jurídica en su régimen de responsabilidad penal en aplicación de la eximente contemplada en el apartado dos

Máxime cuando, aún con matices, ya viene reconocida para el Derecho Administrativo sancionador en disposiciones como el art. 137 de la Ley 32/1992.[1057]

Con carácter esencial abarca, por consiguiente, este derecho la necesidad de existencia de prueba constitucionalmente lícita, procesalmente eficaz y suficiente, de acuerdo con una valoración racional, para acreditar la realidad de los hechos atribuidos a la PJ y de su culpabilidad.

Extremos en los que insiste categóricamente la STS 221/2016, de 16 de Febrero cuando proclama:

"Que la persona jurídica es titular del derecho a la presunción de inocencia está fuera de dudas. Así lo hemos proclamado en la STS 154/2016, 29 de febrero: "...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".

Esa afirmación no es sino consecuencia del nuevo estatuto de la persona jurídica en el proceso penal. Es importante, además, destacar que el conjunto de derechos invocables por la persona jurídica, derivado de su 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. Y es que la posición de los entes colectivos en el proceso, cuando son llamados a soportar la imputación penal, no debería hacerse depender del previo planteamiento dogmático que el intérprete suscriba acerca del fundamento de esa responsabilidad. En efecto, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere

---

del artículo 31 bis del Código Penal", Diario La Ley, n.o núm. 8915, de 6 de Febrero de 2017, pags. 2 y ss.Y también OBSERVATORIO DERECHO PENAL Y DELITOS ECONÓMICOS 2011 DE LA CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS - KPMG, "La culpabilidad de la persona jurídica en su régimen de responsabilidad penal en aplicación de la eximente contemplada en el apartado dos del artículo 31 bis del Código Penal", Diario La Ley, n.o núm. 8915, de 6 de Febrero de 2017, pags. 7 y ss.

[1057] GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor, Diario La Ley, num. 7501, 3 Nov. 2010, pag. 12.

el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015.

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.

No es discutible –frente a lo que acontece en otros sistemas, como en el italiano, en el que la dogmática llega a hablar de un verdadero fraude de etiquetas- que el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas instaurado en España por las reformas de 2010 y 2015 es el propio de una responsabilidad penal. La Sala no puede identificarse con la tesis de que en el sistema español puede hablarse de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no de un delito de las personas jurídicas. No hay responsabilidad penal sin delito precedente. Lo contrario abriría una peligrosísima vía con efectos irreversibles en los fundamentos mismos del sistema penal.

La imposición de penas a las personas jurídicas como la multa, la disolución y pérdida definitiva de su personalidad jurídica, la suspensión, la clausura de sus locales y

establecimientos, la inhabilitación y, en fin, la intervención judicial (art. 33.7 del CP), exige del Fiscal, como representante del ius puniendi del Estado, el mismo esfuerzo probatorio que le es requerido para justificar la procedencia de cualquier otra pena cuando ésta tenga como destinataria a una persona física. El proceso penal es incompatible con una doble vía probatoria, aquella por la que discurre la prueba de la acción de la persona física y aquella otra por la que transita la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica.

Y, desde luego, la reivindicación de un mismo contenido material para el derecho a la presunción de inocencia, ya se proclame respecto de una persona física, ya para una persona jurídica, no puede interpretarse como una puerta abierta al privilegio procesal de la persona colectiva. Antes al contrario, la atribución de un doble significado a lo que constituye, no ya un derecho constitucional, sino un principio estructural del proceso penal, es lo que lleva implícito el riesgo de desvirtuar uno de los pilares del enjuiciamiento penal. Sobre ese riesgo ya advirtió el dictamen del Consejo de Estado al proyecto de reforma de 2015, cuyas palabras cobran ahora un especial valor: "...entiende el Consejo de Estado que esta deficiente redacción podría tener consecuencias indeseadas desde el punto de vista de la carga de la prueba que, con carácter general y dentro de los procesos penales, pesa sobre la acusación y se proyecta sobre la totalidad de los elementos de la conducta delictiva. En la redacción propuesta por el Anteproyecto, el artículo 31 bis.2 del CP podría llevar a la conclusión de que, debido a que la existencia del programa de compliance se erige en una circunstancia obstativa de la responsabilidad penal de la persona jurídica, tan solo a ella le incumbe la carga material de la prueba de dicho hecho impeditivo, cuando en realidad la acreditación de tales extremos (la inexistencia del programa de compliance o su inaplicación) debería recaer sobre las partes acusadoras".

La Sala considera que el debate sobre quién ha de probar y qué ha de ser probado no puede ser abordado en el proceso penal con la metodología que es propia de otros órdenes jurisdiccionales. Los valores que convergen en el proceso penal obligan a modular el significado de algunos principios que, en otros órdenes, pueden llegar a ser determinantes. Piénsese, por ejemplo, en el principio de preclusión, que no es otra cosa que una pauta de ordenación de las distintas secuencias temporales del proceso. Lo mismo puede decirse respecto del entendimiento clásico de la teoría sobre la carga de la prueba. La lectura constitucional del proceso penal es incompatible con una división artificial de los papeles que han de asumir acusación y defensa para esclarecer la verdad del hecho imputado. Pero sin adentrarnos en debates que desbordarían el objeto del presente recurso,

lo que debería estar fuera de dudas es que el estatuto procesal de la persona jurídica, como venimos insistiendo, no puede dibujarse con distinto trazo en función del anticipado criterio que se suscriba respecto de la naturaleza de su responsabilidad penal o, incluso, en relación con las causas que harían excluir esa responsabilidad y a las que se refieren los apartados 2 y 3 del art. 31 bis. En efecto, ya se califiquen esas causas obstativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como subsistema de circunstancias eximentes, ya se predique de ellas la condición de excusas absolutorias, de causas de exclusión de la culpabilidad o, como ha llegado a sostenerse, elementos negativos del tipo, la controversia sobre la etiqueta dogmática no puede condicionar el estatuto procesal de las personas colectivas como sujeto singular y diferenciado de la imputación penal.

En efecto, de hacerlo así se estaría olvidando que, sea cual fuere el criterio doctrinal mediante el que pretenda explicarse la responsabilidad de los entes colectivos, ésta no puede afirmarse a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física. La persona jurídica no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas a que se refiere el art. 31 bis 1 b). Sólo responde cuando se hayan "...incumplido gravemente de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso". Los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos. La pregunta es obvia: ¿puede sostenerse que el desafío probatorio que asume el Fiscal no incluye la acreditación de que ese incumplimiento de los deberes de supervisión es grave?

En definitiva, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos –pericial, documental, testifical- para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad."[1058]

[1058] Cuestión que ha sido objeto de amplísimo debate en la doctrina, desde la publicación de la STS 154/2016, antecedente directo de la que aquí se cita aunque con la oposición de los 7 Magistrados que suscriben el Voto Particular concurrente. Favorables al criterio de la mayoría de la Sala se muestran autores como GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid

De donde se desprende la imposibilidad de aplicar, en este orden, reglas presuntivas, en especial de carácter "iuris et de iure", y con la consideración de límites razonables para la admisión de otras de naturaleza "iuris tantum".[1059]

A este respecto se ha afirmado, dentro de la teoría del "delito corporativo", que *"Puesto que el defecto estructural constituye el auténtico fundamento de la responsabilidad corporativa, el principio de presunción de inocencia obliga a que la acusación corra con la carga de la prueba"*.[1060] Criterio que comparto plenamente.[1061]

Nos alejamos así del tradicional tratamiento de la responsabilidad de la PJ como responsable civil, tan sólo, directa o subsidiaria en el que sí que se admite el juego de ciertas presunciones al tratarse de materia civil.

No obstante, la actual regulación de la RPPJ en nuestro ordenamiento presenta dos supuestos, a mi juicio anómalos, en este ámbito, con la presencia de verdaderas presunciones "contra reo" y de inversiones en la exigencia probatoria.

2016, pags. 290 y ss., con amplio análisis del Derecho comparado, y FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el Código Penal español", Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2016, pags. 97 y ss., o, con ciertos matices, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., en "El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora", Diario La Ley, num. 8724, 17 de Marzo de 2016.
En contra, entre otros, VELA MOURIZ, A., "Las claves de la primera condena penal de las personas jurídicas (STS 154/2016, de 29 de febrero)", Diario La Ley num. 8713, 2 de Marzo de 2016, o GÓMEZ TOMILLO, M., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín", Diario La Ley num. 8747, 22 de Abril de 2016.

[1059] SSTEDH, "caso Salabiaku vs. Francia", de 7 de Octubre de 1988, y "caso Radio France vs. Francia", de 30 de Marzo de 2004.

[1060] FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el Código Penal español", Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2016, pag. 127. Y en el mismo sentido, por ej. RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas (Al hilo de las SSTS 514/2015, 154 y 221/2016)", en Diario La Ley num. 8766, de 20 de Mayo de 2016, que también afirma que *"…las circunstancias eximentes de los apartados 2 y 4 del art. 31 bis son causas de exención de la culpabilidad, que destruyen la exigibilidad de una conducta distinta a la persona jurídica, extremo este a probar por la defensa de la entidad, de existir una apariencia en sentido contrario, pues de resultar ausente tal apariencia correspondería a las acusaciones acreditar esa no presencia de los fundamentos fácticos de la eximente aparentemente concurrentes"*, pag. 14.

[1061] Apartándome con ello en este punto de la posición tanto de quienes, defendiendo la tesis del "hecho de conexión", sostienen que, constatada la comisión de una infracción cometida por la PF, se deriva una presunción "iuris tantum" de que ha existido un defecto organizativo, como de planteamientos como el de GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., cuando distingue entre las medidas de vigilancia y control y los elementos que integran los modelos de organización y gestión, para dividir las obligaciones probatorias asignando a la acusación la acreditación de la inexistencia de las primeras y a la defensa la idoneidad de los segundos. Vid. "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2016, pags. 134 y 216 y ss.
En este sentido hay que recordar cómo, tras la crítica del Consejo de Estado señalando que ello suponía una ilegítima inversión de la carga de la prueba penal, se suprimió la referencia contenida en el Anteproyecto de la LO 1/2015 la exigencia de que la PJ estuviera obligada a probar la presencia de modelos de control adecuados.

En primer lugar, y procedente ya de la redacción originaria de la LO 5/2010, en el art. 130.2 parr. 2º inciso 2º CP leemos que *"Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos."*

Es la expresión "en todo caso" que contiene el precepto la que nos lleva a pensar que nos hallamos, más que ante un neutral criterio valorativo, frente una verdadera presunción "iuris et de iure", gravosa para el reo, y por ende de más que discutible constitucionalidad por vulneradora del derecho a la presunción de inocencia de la PJ.[1062]

Mientras que el segundo supuesto que, en mi opinión, también podría suponer una inaceptable, desde el punto de vista del mismo derecho a la presunción de inocencia, al conducir a una inversión de las obligaciones probatorias, en esta ocasión procedente de la reforma de la LO 1/2015, es el contenido en el art. 31 bis 2 cuando califica como causa de exención de responsabilidad para la PJ la acreditación de que se cumplen una serie de requisitos que integrarían las exigencias de un "debido control" en su actuación previa y coetánea a la comisión de su delito por la PF.[1063]

Como ya hemos tenido oportunidad de sostener en anterior ocasión[1064], esta conversión de lo que sería elemento central de la acción típica cometida por la PJ, el "descontrol" o "control inadecuado" de los comportamientos de las PPFF que forman parte de ella, en una verdadera circunstancia eximente, aunque de dudosa naturaleza, comporta el efecto perverso, por mucho que se incorpore al texto legal con la intención precisamente de evitar, o al menos minorar, "daños reputacionales" sufridos por la PJ propiciando su rápida exclusión del procedimiento, de convertir en materia propia de la acreditación por parte de la acusación en exigencia probatoria para la defensa de esa misma PJ.

Algo que, por otra parte, es más propio de los sistemas que siguen criterios de

[1062] Vid. apdo. 3.8.1.
[1063] "Debido control" que, en todo caso, ha de referirse, como delimitación del objeto de prueba, a los aspectos del cumplimiento en relación exclusiva con el delito cometido por la PF, pues *"No es precisa una "revisión total" de la organización o de toda la empresa y de sus cpolíticas de cumplimiento de la legalidad"*, FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el Código Penal español", Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2016, pag. 82.
[1064] Vid. apdos. 3.5.1.3 y 3.5.1.4.4.

vicarialidad tan diferentes de nuestras previsiones legales.[1065]

Contraviniendo con ello el que *"Para la valoración de la conducta criminal de la persona jurídica, y como consecuencia derivada también del principio de presunción de inocencia, se exige que las dudas fácticas no superadas por los resultados que arroje el cuadro probatorio deban ser resueltas a favor del acusado…"*[1066]

Nos hallamos en definitiva ante una nueva presunción, esta vez "iuris tantum" lo que supone inversión probatoria, contra la PJ, la presunción de que no ejerció ese "control debido" cuya existencia incumbe ahora a ella acreditar.

En este sentido ya antes de la LO 1/2015 se afirmaba que *"La carga de la prueba del hecho constitutivo de la responsabilidad penal consistente en el defecto de organización incumbe también a la acusación…"*[1067]

Mientras que en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013, con carácter general, se proclamaba que la carga de la prueba en el proceso penal *"…corresponde a la acusación y se proyecta sobre la totalidad de los elementos constitutivos del delito, tanto de carácter objetivo como subjetivo."*

Afirmaciones del tenor *"En la mayor parte de las ocasiones la verificación del delito será un síntoma de que el programa no estaba correctamente diseñado"* o *"Resulta artificial trasladar a la acusación la carga de probar lo que se encuentra fácilmente a disposición de la persona jurídica"*[1068], evidencian esa tendencia a desplazar hacia la PJ la exigencia probatoria por vía de presunción, concretamente en aquellos casos en los que ésta no opta por la alegación de la eximente pero insiste en su inocencia con base en la acreditación del establecimiento de formas de control al alcance de sus posibilidades, aunque distintos de los exigentes instrumentos contemplados expresamente en la norma penal ex art. 31 bis 2.

Lo que, por supuesto, no obsta a que, como se ha dicho, cuando se trate de optar por

[1065] FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el Código Penal español", Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2016, pag. 98.
[1066] HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables", Diario La Ley num. 7427, 18 Jun. 2010, pag. 16.
[1067] GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor, Diario La Ley, num. 7501, 3 Nov. 2010, pag. 12.
[1068] GÓMEZ TOMILLO, M., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y carga de la prueba de la idoneidad de los programas de cumplimiento", Diario La Ley num. 8861, 11 de Noviembre de 2016, pags. 4 y 5.

la estrategia defensiva, mera alternativa en busca de una rápida evitación del daño reputacional procedente del sometimiento al proceso por la PJ, de alegar la circunstancia de exención de responsabilidad contemplada en el apdo. 2 del actual art. 31 bis, la carga probatoria reside en la propia PJ, de acuerdo con lo que expresamente advierte la propia STS 154/2016.[1069]

3.9.2. Jurisdicción y competencia.

Antes de entrar en el análisis de los criterios para establecer la competencia para el enjuiciamiento penal de la PJ hay que señalar que con la LO 37/2011, ya citada, se introdujo un nuevo artículo 14 bis que dice: *"Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior el conocimiento y fallo de una causa por delito dependa de la gravedad de la pena señalada a éste por la ley se atenderá en todo caso a la pena legalmente prevista para la persona física, aun cuando el procedimiento se dirija exclusivamente contra una persona jurídica."*

Como vamos a ver a continuación, este precepto parece referirse tan sólo a la determinación de la competencia funcional del órgano encargado del conocimiento de la RPPJ, pero no para la competencia territorial que merece otras consideraciones.

Consideraciones que, a su vez, nos pueden ser de gran utilidad para responder a la pregunta acerca de la posibilidad, en estos casos, de extensión de la jurisdicción de los

[1069] Lo que parece que no ha sido suficientemente entendido por todos aquellos que, a partir del contenido del Voto Particular de dicha Resolución, aceptado en este punto de forma poco rigurosa sin contrastar con los pronunciamientos de la mayoría, afirman, por ej., que *"En esta interpretación judicial se otorgan más derechos penales a las personas jurídicas que a las físicas, ya que si una persona física comete un delito si la alega tiene que acreditar la concurrencia de una eximente de su responsabilidad penal mientras que si lo comete una persona jurídica la prueba de la eximente prevista en el art. 31 bis 2º y 4º CP no le corresponde a ella sino a quien le acusa. Es decir, la persona jurídica es una privilegiada penal frente a las personas físicas"*, DOLZ LAGO, M.J., "Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas versus Delito corporativo", Diario La Ley num. 8856, de 4 de Noviembre de 2016.
En un error semejante incurre también, entre otros, GÓMEZ TOMILLO, M., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y carga de la prueba de la idoneidad de los programas de cumplimiento", Diario La Ley num. 8861, 11 de Noviembre de 2016, que, aunque con todo acierto afirme que la acreditación de la concurrencia de la eximente corresponde a la defensa, no percibe que la STS 154/2016 cuando se refiere a la carga de la prueba de la acusación, a semejanza de lo que igualmente sostiene la STS 221/2016, está aludiendo a la acreditación, fuera de la búsqueda de la aplicación de aquella, del elemento de la ausencia del debido control, ejercido por una PJ que, por ej., al no disponer de medios suficientes para la implementación del "compliance" riguroso previsto en el CP, opta por establecer otros instrumentos de prevención que, no obstante, son reveladores de su predisposición y compromiso con el cumplimiento del objetivo de política criminal en el que se fundamenta este régimen de RPPJ.

Tribunales españoles.[1070]

En cuanto al procedimiento adecuado, en el caso de ser juzgada independientemente la PJ, éste será generalmente el Abreviado, en razón a la naturaleza y extensión de las penas que pueden serle aplicables[1071], pero cuando ese enjuiciamiento sea conjunto con el de la PF podrá darse el caso de tramitación por el procedimiento ordinario, en razón a la pena establecida para el delito cometido por ésta.[1072] Sin olvidar tampoco la posibilidad del procedimiento especial ante el Tribunal del Jurado.[1073]

Incluso, cabría que lo fuera el denominado "juicio rápido" si bien, como se ha dicho por algún autor[1074], en la práctica resultará esta hipótesis imposible para el enjuiciamiento de la PJ, teniendo en cuenta que se exige para ello que la instrucción sea "sencilla".[1075]

No existiría, sin embargo, ese problema respecto del "Procedimiento por Decreto", introducido por la LO 41/2015, de 5 de Octubre, siempre que nos hallemos ante uno de los supuestos contemplados al respecto en el art. 803 bis a) LECr, independientemente de que se trate de autores del ilícito PF o PJ.[1076]

3.9.2.1. Criterios territoriales de atribución de la jurisdicción y de la competencia.

El carácter transnacional del fenómeno empresarial, acrecentado por el fenómeno tan actual de la globalización económica, junto con la presencia, cada vez más frecuente, de estructuras "piramidales" con inclusión de diversas PPJJ con distintos grados de vinculación

[1070] Vid. a este respecto ÁLVAREZ TORNÉ, M., "El derecho internacional privado ante las vulneraciones de derechos humanos cometidas por empresas y respuestas en la UE", ID vLex 577782822 y MARTÍN ORTEGA, O., "Empresas multinacionales ante los tribunales", ID vLex 36853087.

[1071] Art. 757 LECr: *"Sin perjuicio de lo establecido para los procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración."*

[1072] ZARZALEJOS NIETO, J., "La competencia judicial y el procedimiento adecuado en los procesos penales contra personas jurídicas", en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pag.150.

[1073] GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid 2016, pags. 70.

[1074] GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid 2016, pags. 71.

[1075] Art. 795.3º LECr.

[1076] Procedimiento especial analizado con amplitud por LÓPEZ SIMÓ, F. y CAMPANER MUÑOZ, J., en "El Proceso por Aceptación de Decreto o Monitorio Penal" (en prensa).

y sometimiento entre ellas, plantea un problema indiscutible para el que nuestro Legislador penal no ofrece una respuesta general y satisfactoria: el alcance de la jurisdicción, en nuestro caso la de los Tribunales españoles, para conocer de posibles responsabilidades penales por hechos cometidos por una PJ radicada fuera de nuestro país o de la que, estando fijada la sede en España, extienda su actividad fuera de nuestras fronteras.[1077]

Existen, no obstante, fueros extraterritoriales reconocidos en nuestra legislación[1078] que, en relación con lo que aquí nos ocupa, se han concretado[1079] en los siguientes:

- Principio de territorialidad: cuando uno de los responsables, PF o PJ, tenga nacionalidad española, los Tribunales españoles tienen jurisdicción. Incluso cuando se trate de una Sociedad Anónima Europea que tenga su domicilio social en nuestro territorio.[1080]

- Principio real, o de interés nacional: aplicable para atribuir jurisdicción a la Justicia española en supuestos de RPPJ relacionados con delitos cometidos por organizaciones o grupos criminales, ya que el art. 570 quáter CP sólo exige que se lleven a cabo en nuestro país cualquier acto penalmente relevante y no el acto delictivo en sí.[1081]

- Principio de justicia universal: pues existen delitos contemplados en este supuesto en el art. 23.4 LOPJ, susceptibles de ser cometidos por una PF y dando origen como presupuesto a la RPPJ, tales como la prostitución y corrupción de menores, tráfico de drogas o la financiación del terrorismo que, si se cumplen el resto de requisitos establecidos en la Ley[1082], pueden otorgar jurisdicción para su enjuiciamiento a nuestros Tribunales nacionales.

[1077] Sobre este importante aspecto hay que señalar la inexistencia de normas supranacionales para la atribución de jurisdicciones, ya que la Decisión Marco 2009948/JAI del Consejo, de 30 de Noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales, en vez de dictar normas al respecto o establecer un órgano que pudier resolver las correspondientes contiendas en esta materia, se limita a evitar la vulneración del principio "ne bis in idem" y a establecer mecanismos de cooperación entre los Estados miembros de la UE. Caso aparte es el de los EEUU donde, a partir de la Ley "Sabarnes-Oxley" (SOX), de 30 de Junio de 20002 y con fundamento en la lucha contra la corrupción tras el denominado "caso Enron", se produce una extensión de la Jurisdicción de ese país respecto de las PPJJ extranjeras que cotizan en algún mercado de valores estadounidense, en especial en la Bolsa de Nueva York o en el índice NASDAQ. Vid. al respecto GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid 2016, pags. 46 y ss.

[1078] Art. 23 LOPJ.

[1079] GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid 2016, pag. 45.

[1080] Art. 312 de la Ley 19/2005, de 14 de Noviembre.

[1081] Postura sostenida por ZARZALEJOS NIETO, J., "La competencia judicial y el procedimiento adecuado en los procesos penales contra personas jurídicas", en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pag.144.

[1082] Vid. la Reforma de la LO 1/2014, de 13 de Marzo, que modifica esta materia.

Por otra parte, el criterio inicial y básico para la asignación de la competencia territorial dentro del territorio patrio, y sin perjuicio de las cuestiones derivadas de la conexidad delictiva, no puede ser otro que el del "fórum delicti comissi", del art. 14 LECr[1083], de modo que al consistir el hecho delictivo cometido por la PJ, en nuestra opinión ya ampliamente expuesta[1084], en la ausencia del debido control preventivo por parte de ésta y respecto de la actuación de las PPFF que la integran, será la ubicación de la sede de la misma, donde dicha obligación se incumple, la que determine esa competencia territorial.[1085]

En los supuestos en los que resulte identificada y enjuiciada la PF autora del delito/presupuesto de la RPPJ, cometido en lugar distinto, podrá plantearse la posibilidad de esta otra alternativa competencial, pero en todo caso no por la atracción automática e ineludible de la competencia para conocer del hecho cometido por la PJ por parte del ejecutado por la PF, sino de acuerdo con los criterios de conexión[1086], cuando corresponda, al tratarse, según mi criterio, de infracciones distintas.[1087]

Y ello salvo que también se considere que el delito cometido por la PF es, a su vez, el "resultado" del llevado a cabo por la PJ, de forma que, de acuerdo con el principio de "ubicuidad", hoy aplicado en gran número de Resoluciones del TS[1088], pueda entenderse como "forum delicti comissi" el de dicho "resultado".

Pues bien, una solución semejante la considero también como la más correcta para

---

[1083] GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor, Diario La Ley, num. 7501, 3 Nov. 2010, pag. 9.

[1084] Vid. apdo. 3.5.1.1.

[1085] Una razón más para reiterar la conveniencia de que la tipicidad de la RPPJ se aloja en el art. 31 bis CP, como hecho propio de ésta y constituido por su falta de adecuado control, en vez de la participación en el delito de la PF descrito en el Libro II CP, por las ventajas que aquel criterio proyecta así mismo sobre la determinación de la competencia territorial facilitando la solución de los problemas que suscita. De la misma opinión es GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid 2016, pag. 68, que además recuerda cómo en países como Francia o Bélgica alternativamente puede optarse por el fuero territorial del lugar de comisión del ilícito o del domicilio social de la PJ, mientras que en Austria si no puede determinarse ninguno de los dos anteriores esa competencia corresponderá a los Tribunales de Viena.

[1086] Vid. arts. 17 y 18 LECr. Criterio de conexidad que, por otra parte, ha sido sustancialmente modificado, y relajado, con la reforma de la LO 41/2015, para evitar los denominados "macroprocesos". Vid. MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015", ed. Castillo de Luna, Madrid, 2015.

[1087] ZARZALEJOS NIETO, J., "La competencia judicial y el procedimiento adecuado en los procesos penales contra personas jurídicas", en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pag.149.

[1088] Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del TS de 3 de Febrero de 2005: *"El delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa."*

despejar las dudas acerca del ejercicio de la jurisdicción ya que, al no existir hoy en día, norma explícita alguna que permita la extensión extraterritorial de la misma en el caso de la PJ[1089], a diferencia de lo que ocurre con la PF, tan sólo aquellos hechos cometidos por una PJ radicada en nuestra Nación, en cuanto a sus decisiones al respecto[1090] del debido control, podrían ser conocidos y enjuiciados por los Tribunales españoles.[1091]

Lo que por otra parte no debe ser objeto de especial preocupación teniendo en cuenta tanto las dificultades de ejecución de unas eventuales sanciones impuestas a PJ ausente de nuestro territorio y regida en el suyo por ordenamiento de contenido muy probablemente diferente, como la satisfacción que siempre podrá obtenerse con el castigo eficaz de la PF autora de su propio delito, éste sí cometido dentro de nuestras fronteras.[1092]

Es cierto que la LECr, en su redacción tras la reforma por la LO 37/2011 y como líneas atrás vimos, establece la competencia en relación con el delito cometido por la PF, pero obviamente se trata de la competencia funcional, como a continuación veremos, no sólo porque se habla en el art. 14 bis de la "gravedad de la pena" y no de aspectos espaciales relativos al delito, sino porque encabeza dicho precepto la expresión *"Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior…"*, en el que se regula, exclusivamente, la competencia funcional.

De esta forma, es criterio jurisprudencial ya acogido [1093] el que a la PJ que realiza su actividad en nuestro territorio le es de aplicación el régimen establecido en el ordenamiento nacional, correspondiendo a los Tribunales españoles su enjuiciamiento.

[1089] GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor, Diario La Ley, num. 7501, 3 Nov. 2010, pag. 9, aunque ZARZALEJOS NIETO, J. abre la posibilidad de considerar que *"…toda referencia a sujetos activos –españoles y extranjeros- contenida en los criterios de extraterritorialidad del art. 23 LOPJ comprende a empresas, fundaciones y asociaciones"*, "La competencia judicial y el procedimiento adecuado en los procesos penales contra personas jurídicas", en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pag.143.

[1090] ZARZALEJOS NIETO, J., "Lacompetencia judicial y el procedimiento adecuado en los procesos penales contra personas jurídicas", en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pag. 143.

[1091] Otra posibilidad distinta pasaría, entre otras cosas, por la imperiosa necesidad de los instrumentos de cooperación necesarios, por ejemplo a la hora de ejecución de sanciones, que hoy están ampliamente desarrollados en la UE (Ley 1/2008, de 4 de Diciembre, que transpone la Decisión Marco del Consejo 2005/214/JAI, de 24 de Febrero) pero con enormes carencias para otros ámbitos..

[1092] Vid. FJ 13º de la STS 451/2016.

[1093] STS 154/2016.

3.9.2.2. Criterios objetivos y funcionales de la atribución de la competencia.

En lo que se refiere a los criterios de atribución de la competencia objetiva en orden al enjuiciamiento de estos supuestos en mi opinión, distinta de la hoy consagrada legalmente[1094], la misma debería corresponder a las Audiencias, Provinciales o Nacional[1095], en todo caso.[1096]

En tales sedes, en concreto en las Provinciales, habría que tener también en cuenta que, aún cuando lo más común sin duda será que el enjuiciamiento correspondiera al Tribunal profesional integrante de las mismas, en ocasiones quien actuaría sería el Jurado, atendiendo a qué delitos, como por ejemplo el de cohecho, que entra dentro de su competencia[1097], y, simultáneamente, del ámbito inventariado de infracciones susceptibles de vincular la RPPJ.

Por consiguiente, como digo según mi criterio, debería ser en las Audiencias, con la importante ventaja en orden de posibilitar la creación de doctrina unificada dada la posibilidad de Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo de sus Resoluciones, donde debería juzgarse a la PJ, siguiendo el procedimiento que corresponda, que en la casi totalidad de los casos no es otro que el Abreviado, con su especialidad del trámite de "Juicio rápido" cuando proceda, en detrimento del Procedimiento ordinario, sólo aplicable en escasas ocasiones, como para los más graves delitos contra la salud pública, en razón a la entidad de las penas previstas para la práctica totalidad de los ilícitos contenidos en el catálogo de delitos incluidos en la RPPJ.

Aunque sin olvidar cómo, en la actualidad[1098], ya es posible también el acceso a la Casación, y por ende a la unificación jurisprudencial, de los pronunciamientos de las Audiencias, resolviendo Recursos de Apelación contra Sentencias dictadas por el Juzgado de lo Penal.

Otros criterios ya defendidos desde un primer momento por algunos autores como el

---

[1094] Vid. art. 14 bis LECr.

[1095] Por ej. los delitos de financiación del terrorismo (art. 576 bis CP), defraudaciones o narcotráfico pluriterritoriales (art. 65.1 c) y d) LOPJ).

[1096] Dejando al margen, por supuesto, las cuestiones que pudiera plantear la presencia en el procedimiento de una PF que ostente la condición de aforado. Vid. ZARZALEJOS NIETO, J., "La competencia judicial y el procedimiento adecuado en los procesos penales contra personas jurídicas", en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pag.147.

[1097] Arts. 1 y 5 LOTJ.

[1098] Vid. LO 41/2015, de 5 Octubre, que reforma el art. 847 LECrim..

de la determinación de la competencia en función de la que corresponda al enjuiciamiento del delito cometido por la PF[1099], en razón a la pena más grave de las aplicables a la PF o a la PJ[1100], o aquel que distingue entre competencia del Juzgado de lo Penal, en supuestos de aplicación a la PJ de la pena de multa, y de las Audiencias en el resto de ocasiones[1101], no me parecen adecuados pues, conforme al principio de *"quien puede lo más puede los menos"* y la eventualidad, siempre abierta, de que la acusación encuentre fundamento, al concretar su pretensión sancionadora definitiva en el curso del Juicio oral, de interesar alguna de las penas interdictivas de derechos por cumplimiento de los requisitos previstos para ello[1102], competencia en todo caso de las Audiencias, la evitación de nulidades de juicios orales, unida a la ventaja ya expuesta del acceso de los pronunciamientos a una doctrina casacional unificadora, son razones que recomendarían, sin lugar a la duda, establecer la repetida competencia a favor de la actuación de los órganos colegiados.[1103]

Sin embargo, como ya se dijo, el art. 14 bis LECr, incorporado por la LO 37/2011, resuelve esta cuestión de manera explícita y opta por la atribución de la competencia funcional, cuando ésta venga determinada por la gravedad de la pena, en relación con la correspondiente a la pena aplicable a la PF, incluso cuando sólo se enjuicie a la PJ, lo que supone esa diversificación de órganos llamados a enjuiciar esta clase de responsabilidades, pasando a hacer buena la tesis de quienes opinaban que lo más correcto sería la distribución de los enjuiciamientos entre los órganos unipersonales, Juzgados de lo Penal, y los colegiados, Audiencias.[1104]

En todo caso manteniendo la reserva especial atribuida, en los supuestos que corresponda, al Tribunal de Jueces legos del Jurado, lo que sin duda será ocasión de graves

[1099] BACIGALUPO SAGESSE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)", Diario La Ley num. 7541, 5 Ene. 2011, pag. 13.
[1100] ZARZALEJOS NIETO, J., "La competencia judicial y el procedimiento adecuado en los procesos penales contra personas jurídicas", en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pag.147.
[1101] ZUGALDÍA ESPINAR, J. M, "Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de Junio)", La Ley, 5/2010, 22 de Junio, pag.11.
[1102] Art. 66 bis CP.
[1103] En una línea semejante DEL MORAL GARCÍA, A., "Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas acusadas", en "El juicio oral en el proceso penal", MORENO VERDEJO, J. y otros, ed. Comares, Granada 2010, pag. 749.
[1104] GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid 2016, pag. 62, sostiene una amplia posibilidad de competencia de la AN con base en los apdos. c), d) y e) del art. 65 LOPJ.

dificultades para su enjuiciamiento, dada la dificultad técnica que esta materia ofrece.[1105]

Y por lo que se refiere, a su vez, a la competencia funcional, entendida ésta como *"…la que identifica los tribunales que intervienen en un proceso para asumir tareas jurisdiccionales distintas de la resolución del caso en primera instancia, como la instrucción, el conocimiento de los recursos y la ejecución…"*, lógicamente ha de venir determinada por la competencia objetiva, de modo que, salvo el caso de la presencia de aforados, mientras que la Instrucción corresponderá al Juez, central o no, correspondiente, los Recursos según de cuál sea el órgano de enjuiciamiento y la ejecución a quien ésta esté atribuida, dependiendo de la existencia de órganos especializados o no, sin intervención en ningún caso por supuesto, de cara a la condena sufrida por la PJ, del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

3.9.3. Representación y Defensa de la PJ.

Otra cuestión que ha de considerarse como "clave" en el régimen procesal de la RPPJ es ni más ni menos que la de la determinación de la PF que ha de representar a la PJ en el correspondiente procedimiento penal porque, como se ha dicho, como la misma *"…carece de condiciones intrínsecas para actuar en el proceso y para ejercer los derechos inculpatorios y cumplir determinadas cargas de sujeción o atender requerimientos…"* se hace necesario que su actuación *"…como sujeto del proceso, se humanice mediante la presencia de una persona física."*[1106]

No se trata aquí de establecer tan sólo quién ha de hacer acto de presencia físicamente en estrados, en nombre de la PJ, en el lugar designado para quien comparece ante el Tribunal como acusado[1107], ni quién habrá de encargarse de la recepción de las comunicaciones judiciales dirigidas a la PJ[1108], ni siquiera quién ha de representar y en qué

[1105] GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid 2016, pags. 64.
[1106] HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables", Diario La Ley num. 7427, 18 Jun. 2010, pag. 9.
[1107] Art. 786 bis 1 LECr: *"Cuando el acusado sea una persona jurídica, ésta podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe, debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados. Dicha persona podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba, sin perjuicio del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio."*
[1108] Art. 119 a) LECr: *"La citación se hará en el domicilio social de la persona jurídica, requiriendo a la entidad que proceda a la designación de un representante, así como Abogado y Procurador para ese*

forma a esa PJ en el supuesto de prestarse conformidad a las pretensiones de la Acusación[1109], cuestiones todas ellas abordadas por la reforma legal en varios de sus preceptos[1110] que aluden a la intervención del representante en las siguientes actuaciones:

• Para la comparecencia del imputado prevista en el art. 775 LECr. (art. 119 b) LECr).

• Para la práctica de las diligencias de investigación y prueba anticipada que requieran la presencia del imputado (art. 120.1 LECr).

• Para la declaración a la que se refiere el art. 409 bis LECr.

• Para la comparecencia previa a la adopción de medida cautelar, pues aunque el art.544 quáter no haga expresa mención a este extremo, el hecho de que se refiera a la necesidad de convocar a dicho acto a "las partes" hace que resulte obligada la presencia de la Persona Jurídica, que sólo podrá llevarse a cabo mediante el correspondiente representante.

• Para la conformidad de la PJ (art. 787.8 LECr).

Tres cuestiones pueden plantearse inicialmente, con carácter general, al respecto de esta regulación.

En primer lugar, la necesidad de una designación "especial" para cada uno de estos actos que requieren la presencia de la PJ en el proceso, lo que, en mi opinión no impediría que se incluyera, en una única designación y salvo para la conformidad por lo que luego diremos, la manifestación expresa de que la misma se efectúa conjuntamente para la representación en todos los actos mencionados.

Así mismo, queda claro que el representante no tiene por qué ser, al menos obligatoriamente, el que fuere representante legal de la PJ, de acuerdo con las normas

procedimiento, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo, se procederá a la designación de oficio de estos dos últimos. La falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el Abogado y Procurador designado."

[1109] Art. 787.8 LECr: *"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 con éstos."*

[1110] Vid. Nota 870.

mercantiles o societarias al respecto, puesto que se habla de un representante "*especialmente designado*" para esta función en el proceso penal.

Finalmente, aunque no se diga expresamente en la norma, la necesidad de acreditación ante el órgano jurisdiccional de la representación que se ostenta, hace necesaria la existencia de un poder, o al menos la exhibición del acuerdo adoptado por los órganos de la PJ capacitados para ello en el que tal representación se aprueba.

Pero, con todo, lo verdaderamente trascendente, lo que ahora en realidad más nos importa es la figura de la PF que, en nombre y exclusivo interés de la PJ, ha de dirigir la estrategia procesal de la misma adoptando decisiones de tanta importancia como la de la designación y revocación del Letrado defensor, el control de su actividad, la adopción de conductas tendentes a la obtención de circunstancias que atenúen la pena, tales como la confesión, la aportación de pruebas para la identificación de la PF autora del delito/presupuesto de la RPPJ, la reparación de los perjuicios causados por la infracción o la implementación, de cara al futuro de adecuados modelos de prevención de delitos.[1111]

Comportamientos atenuantes todos ellos que, según la propia dicción de la norma, han de ser en cualquier caso decididos y ejecutados por el "*representante*" de la PJ.[1112]

Una primera solución consistiría en entender que han de ser los órganos de representación normal de la PJ, según disposición legal o de los Estatutos que la rigen, los llamados a ocupar esa posición.

Pero tal respuesta resulta claramente deficiente, en especial para aquellos casos en los que existe, o pudiera existir, un conflicto claro de intereses procesales en la defensa de esas PPFF frente a los de la PJ, tanto porque alguna de las primeras se encuentre en situación de imputado o acusado en el mismo procedimiento como cuando, incluso, exista la posibilidad

[1111] Vid. OBSERVATORIO DERECHO PENAL Y DELITOS ECONÓMICOS 2011 DE LA CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS - KPMG, "La culpabilidad de la persona jurídica en su régimen de responsabilidad penal en aplicación de la eximente contemplada en el apartado dos del artículo 31 bis del Código Penal", Diario La Ley, n.o núm. 8915, de 6 de Febrero de 2017, pags. 9 y ss. También CARRETERO SÁNCHEZ, S., "El papelde los Principios Generales del Derecho en la responsabilidad penal de las personas jurídicas", Diario La Ley num. 8751, de 28 de Abril de 2016, pag. 6.

[1112] Vid. art. 31 quáter CP.

de una futura inculpación contra ella, situaciones expresamente prohibidas tanto en Francia como en Italia.[1113]

Porque en semejantes situaciones es evidente que algunas, varias o todas las actitudes y estrategias procesales posibles e idóneas para la defensa de la PJ, desde la búsqueda de atenuantes hasta una conformidad procesal, pudieran entrar en colisión con las actuaciones exculpatorias de la PF, en especial cuando fuere ésta, el representante legal de la RPPJ.

La respuesta adecuada para este dilema no resulta sencilla en absoluto porque será difícil en ocasiones encontrar un integrante de la PJ, perfecto conocedor de las interioridades de ésta, que, a su vez, esté claramente exento de toda posibilidad de relación con la comisión de aquel ilícito y que, por tanto, garantice unas decisiones que exclusivamente velen por los intereses propios de la PJ, que frecuentemente serán además los de sus trabajadores, acreedores, socios minoritarios, etc., también en situaciones de enfrentamiento con los que pudieran afectar a los directivos y responsables de la misma.[1114]

A tal efecto, junto a posiciones como las que atribuyen la facultad de designación de ese sujeto trascendental para la correcta defensa de la PJ a sus órganos directivos o a aquellos de amplia base representativa identificada con sus intereses concretos, como la Junta General de accionistas en las figuras societarias que cuenten con un órgano semejante u otros equivalentes en distintas clases de organizaciones, lo que debería ser contemplado también en la Ley mercantil, o las de quienes miran a ciertos ordenamientos extranjeros[1115] que encomiendan al Juez la designación del representante a modo de "defensor judicial" o "administrador" de los procesos concursales[1116], mi opinión se decanta sin duda por la opción que ofrecía el Borrador de Código Procesal de 2013 cuando señalaba para ocupar el lugar que nos ocupa al responsable del órgano de control, o "Compliance Officer" en la terminología anglosajona, al que alude el art. 31 bis 2 CP.[1117]

[1113] HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables", Diario La Ley num. 7427, 18 Jun. 2010, pag. 9 y 10.

[1114] Vid. en este extremo GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid 2016, pags. 109 y ss., donde también ofrece datos de Derecho comparado sobre las posibles soluciones para esta cuestión en países como Italia, Blegica, Francia, Holanda o Suiza.

[1115] Por ej. el *"mandataire de justice"* del Derecho francés (art. 706.43).

[1116] HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables", Diario La Ley num. 7427, 18 Jun. 2010, pag. 10.

[1117] Art. 31 bis 2 2ª CP: *"La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de*

Esta figura, en tanto que responsable de la correcta ejecución de los modelos de prevención en el seno de la PJ, es, a nuestro juicio, quien más identificada se encuentra, en supuestos de crisis procesal causada precisamente por el cuestionamiento de esos sistemas de control, con lo que en realidad son los verdaderos intereses de la PJ objeto de imputación.[1118]

Lo que también parece obvio es que esta PF no debería ser tratada *"…como inculpada en la medida que su designación, precisamente, trae causa de que no ha contraído ninguna responsabilidad penal presunta por los hechos justiciables, objeto del proceso inculpatorio."* [1119]

Lo que quizá no podría impedir tampoco el que se adopte, a semejanza de lo que ocurre con los testigos, alguna media sancionadora para evitar la elusión de sus obligaciones de comparecer ante el Tribunal, sin perjuicio de la continuación del procedimiento en su ausencia[1120], entender que la PJ se acoge a su derecho a no declarar[1121] o se la declare en rebeldía[1122], de acuerdo con las concretas previsiones hoty contempladas en nuestro norma procesal como efectos de dicha incomparecencia.

Creo que es de todo punto necesario e imperioso que, lo antes posible, el Legislador cubra esta importantísima laguna a fin de evitar situaciones absolutamente indeseables de manipulación del ejercicio del derecho de defensa que corresponde a la PJ que sólo persigan uno de los mayores peligros que la RPPJ puede producir, que no es otro que el de la generación de amplios sectores de impunidad para la PF que se encuentra al frente de la PJ utilizando a ésta como "chivo expiatorio" de las responsabilidades que a él realmente le incumben.[1123]

Mientras tanto, lo que ya parece incuestionable es la necesidad de impedir, al menos, que quien se encuentra imputado en un procedimiento penal pueda, simultáneamente, ocupar en el mismo el lugar del representante de la PJ.

---

control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica." Apoya este criterio también GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid 2016, pags. 115.

[1118] A UNA CONCLUSIÓN SEMEJANTE LLEGA Gimeno beviá, j., "Problemas del enjuiciamiento penal de los partidos políticos" (en prensa).

[1119] HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables", Diario La Ley num. 7427, 18 Jun. 2010, pag. 10.

[1120] Arts. 119 a) y b), 120.2, 409 bis parr. 2º y 786 bis 2 LECr.

[1121] Art. 409 bis parr. 2º LECr.

[1122] 839 bis 4 LECr.

[1123] Vid. apdo. 3.6.1.1.

A este respecto dice ya la STS 154/2016:

"*Se trata en concreto de responder al interrogante acerca de cuál habrá de ser el régimen para designar la persona física que deba actuar en representación de esa persona jurídica en el procedimiento en el que se enjuicie su posible responsabilidad penal, no sólo en el ejercicio de la estricta función representativa sino también a la hora de dirigir y adoptar las decisiones oportunas en orden a la estrategia de defensa a seguir como más adecuada para los intereses propios de la representada, lo que obviamente resulta de una importancia aún mayor.*

La cuestión lógicamente se suscita especialmente en aquellos supuestos en los que pudiera existir un conflicto de intereses procesales entre los de quienes, en principio, estarían legalmente llamados a llevar a cabo tales funciones representativas (representantes y administradores) y los propios e independientes de la persona jurídica, que a su vez pudieren incluso afectar a los derechos de terceros, como sus trabajadores, acreedores, accionistas minoritarios, etc.

Más en concreto aún, cuando aquel a quien se encomiende tal tarea fuere, a su vez, posible responsable de la infracción que da origen a la condena de la representada, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que su actuación se extiende también a las decisiones relativas a la estrategia de defensa a seguir, que incluirán la posibilidad de optar por un camino de colaboración con las autoridades encargadas de la persecución y castigo del delito cometido por la persona física en el seno de la colectiva, aportando datos y pruebas sobre la identidad de su autor y los hechos por él cometidos, con el fin de obtener para la persona jurídica los beneficios punitivos derivados de esa opción como consecuencia de la aplicación de la correspondiente atenuante (vid. art. 31 quáter b) CP).

En estos casos, dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya

satisfecho su derecho a la reparación.

Cuando además, de acuerdo con lo previsto en el art. 31 ter CP (anterior art. 31 bis. 2 CP), la persona jurídica responderá "…aún cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella" y, según apartado 3 del mismo precepto, incluso ante el "…hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia…".

Semejante cuestión, de tanta trascendencia procesal como puede advertirse y que es resuelta en otros ordenamientos con distintas fórmulas, como la designación a estos efectos por el órgano jurisdiccional correspondiente de una especie de "defensor judicial" de la persona jurídica, la asignación de tales responsabilidades a un órgano colegiado compuesto por personas independientes junto con otras en representación de los intereses de terceros afectados por las posibles consecuencias sancionadoras derivadas del ilícito de la persona jurídica, etc. o como lo era también en nuestro propio país en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 (art. 51.1) mediante la atribución de esas funciones de defensa, con carácter prioritario, al "director del sistema de control interno de la entidad" (el denominado también como "oficial de cumplimiento"), evidentemente no puede ser resuelta, con carácter general, por esta Sala.

Sin embargo nada impediría, sino todo lo contrario, el que, en un caso en el cual efectivamente se apreciase en concreto la posible conculcación efectiva del derecho de defensa de la persona jurídica al haber sido representada en juicio, y a lo largo de todo el procedimiento, por una persona física objeto ella misma de acusación y con intereses distintos y contrapuestos a los de aquella, se pudiera proceder a la estimación de un motivo en la línea del presente, disponiendo la repetición, cuando menos, del Juicio oral, en lo que al enjuiciamiento de la persona jurídica se refiere, a fin de que la misma fuera representada, con las amplias funciones ya descritas, por alguien ajeno a cualquier posible conflicto de intereses procesales con los de la entidad, que debería en este caso ser designado, si ello fuera posible, por los órganos de representación, sin intervención en tal decisión de quienes fueran a ser juzgados en las mismas actuaciones.

Y todo ello incluso siempre que, a esas alturas, resultase ya ineficaz la decisión óptima de retrotraer las actuaciones no al acto del Juicio oral sino a su momento inicial, a fin de que la presencia plena del derecho de defensa de la persona jurídica a lo largo de todo el procedimiento se cumpliera, en aras a seguir la estrategia más favorable para ella

en todas sus posibilidades, incluida la de la importante colaboración con las autoridades desde su inicio, para el completo esclarecimiento de los hechos o la reparación de los perjuicios ocasionados por el delito (vid. atenuantes del art. 31 quáter, antes 31 bis.4, CP), finalidad determinante, dentro de criterios de política criminal, para la existencia del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica.

No obstante, tras dejar constancia para ulteriores ocasiones de tales exigencias, a las que tanto Jueces Instructores como Juzgadores habrán de prestar en futuros casos la oportuna atención, en el presente supuesto un pronunciamiento de nulidad semejante no procede, toda vez que no se concreta el perjuicio para la recurrente, constitutivo de verdadera indefensión, que hubiera podido sufrir, resultando además excesivamente complejo, inadecuado y, sobre todo, de escasa utilidad práctica, incluso por las razones que acaban de exponerse en el párrafo anterior, de modo que lo que ha de concluirse, a la postre, es en la desestimación del motivo, a causa de esa inutilidad práctica y ausencia de lesión efectiva de su derecho, sin perjuicio de que, como queda dicho y para futuras ocasiones, se haya de prestar atención a las anteriores consideraciones dirigidas a Jueces y Tribunales para que, en la medida de sus posibilidades, intenten evitar, en el supuesto concreto que se aborde, que los referidos riesgos para el derecho de defensa de la persona jurídica sometida a un procedimiento penal lleguen a producirse, tratando de impedir el que su representante en las actuaciones seguidas contra ella sea, a su vez, una de las personas físicas también acusadas como posibles responsables del delito generador de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Por otro lado, unas admoniciones semejantes así mismo deberían de servir de advertencia al Legislador para que remedie normativamente la posibilidad de que se produzcan situaciones indeseables de esta clase, con una regulación adecuada de la materia.”

Cuestión a la que posteriormente también aludirá, con criterio similar, la ulterior STS 221/2016.

3.9.4. Las medidas cautelares aplicables a la PJ.

Según el parr. último del art. 33.7 CP *“La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán*

ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa."[1124]

Para comenzar quedan excluidas de esta posibilidad de adopción con carácter cautelar, como es lógico, algunas de las penas del inventario destinado a la PJ que se incluyen en ese precepto.

Unas por la imposibilidad de cumplimiento de la vocación preventiva, propia de lo cautelar, como sucede con la disolución o la multa.

Otras, la prohibición para la realización futura de ciertas actividades o la inhabilitación para la percepción de subvenciones o ayudas públicas, por su naturaleza poco proclive a esa misma finalidad de caución.

A partir de ahí, con la reforma operada por la LO 37/2011[1125] se establecen ciertos criterios acertados, lo que por otra parte era obligado hacer, en semejanza con el tratamiento procesal de la PF en esta materia, como la necesidad de audiencia previa y de solicitud por parte de alguna acusación para la imposición de cualquiera de tales medidas cautelares[1126], a diferencia de lo ocurría con el anterior y felizmente abortado Proyecto de Ley ingresado en el Congreso de los Diputados el 18 de Marzo de 2011 bajo el número 121/000117, que de forma sorprendente omitía toda referencia a esta cuestión capital.[1127]

Por otra parte, los criterios en orden a la existencia de "fumus boni iuris" y "periculum in mora", rectores genéricamente de esta institución, resultarán igualmente

[1124] Para un análisis completo y del máximo interés de esta materia consúltese GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid 2016, pags. 351 y ss.

[1125] Antes de ella, BANACLOCHE PALAO, J., "Las medidas cautelares aplicables a lapersona jurídica imputada", en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pags.227 y ss.

[1126] Art. 544 quáter 2 LECr: *"La medida se acordará previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas. El auto que decida sobre la medida cautelar será recurrible en apelación, cuya tramitación tendrá carácter preferente."*

[1127] Para una crítica más amplia de este Proyecto vid. MAZA MARTÍN, J.M., "Los delitos de carácter económico en la persona Jurídica", en "Responsabilidad penal de Personas Jurídicas en la Gestión económica de la Empresa", Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pags. 79 y ss.

aplicables para el caso de la PJ[1128], teniendo en cuenta para estos casos que el "fumus boni iuris" viene dado por la existencia de indicos suficientes de la actuación delictiva de la PJ (*"fumus delicti comissi"*), con independencia de la identificación de la PF autora del delito/presupuesto de la RPPJ, en tanto que el "periculum in mora" se centrará en la posibilidad de ocultamiento o destrucción de pruebas o, más aún, en el riesgo de reiteración delictiva, ya que el peligro de elusión de la acción de la Justicia respecto de la PJ resulta mucho más difícil[1129], en especial ante la posibilidad de Juicio en rebeldía que la LECr contempla.[1130]

Sin embargo, lo que olvida la reforma es algo tan esencial como la duración máxima de las medidas cautelares adoptadas. De modo que considerar tan sólo que ese plazo límite nunca podrá superar el previsto para la pena equivalente resulta una solución no por obvia menos ridícula e inaceptable.[1131]

Debiendo tener presente, además, la ausencia de la correspondiente norma que contemple, a semejanza de lo que ocurre para la PF[1132], el "abono" de las medidas cautelares impuestas al cumplimiento de las penas que, en un futuro, pudieran ser impuestas.

Lo que deberá ser corregido por la práctica judicial si no se quiere incurrir en causa de evidente inconstitucionalidad.

[1128] GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor, Diario La Ley, num. 7501, 3 Nov. 2010, pag. 11.

[1129] DE RIVAS VERDE-MONTENEGRO, C. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: problemas dogmáticos y soluciones legislativas", Diario La Ley num. 75, Oct. 2010, pag. 12.

[1130] Art. 786 bis 2 LECr.

[1131] En Italia, por ej., según el art. 51 del Dlgs. 231/2001, la medida cautelar no puede superar la mitad del plazo máximo previsto para la pena.

[1132] Arts. 58 y 59 CP:

"1. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa.

2. El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del ministerio fiscal.

3. Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar.

4. Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente."

"Cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada."

Finalmente, se ha señalado, con todo acierto, la importante omisión de la medida cautelar de embargo de los bienes de la PJ, como prevención para la ulterior satisfacción de la multa que eventualmente pudiera serle impuesta. Medida que, por otra parte, sí que se incluía en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 (art. 207).[1133]

3.9.5. La conformidad de la PJ.

3.9.5.1. El régimen de conformidad de la PJ.

La LO 37/2011, de agilización procesal, introduce un nuevo apartado final, el Octavo, en el art. 787, del siguiente tenor: *"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 con éstos."*[1134]

Como puede advertirse la anterior regulación, extraordinariamente escueta por otra parte, sólo incorpora los siguientes contenidos normativos, unos explícitos y otros implícitos:

a) Que la PJ puede conformarse con las pretensiones de la acusación.

b) Que tal conformidad ha de realizarse de acuerdo con los trámites y formalidades contemplados en ese mismo precepto para la PF.

[1133] DEL MORAL GARCÍA, A., "Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", ZUGALDÍA ESPINAR, J.Mª y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., ed. Aranzadi, Pamplona 2013, pag. 308.

[1134] Con anterioridad a este precepto ya se había interrogado la doctrina sobre la posibilidad de una conformidad de la PJ, contestando afirmativamente a tal interrogante. Vid. ZARZALEJOS NIETO, J., "La conformidad de la persona jurídica imputada", en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pags.271 y ss.

c) Que tendrán que cumplirse para ello los mismos requisitos que los exigidos para las restantes conformidades[1135], con dos especialidades:

1) Una positiva: que la conformidad ha de prestarla en nombre de la PJ un representante de la misma, especialmente designado a estos efectos y dotado de poder especial para tal actuación, si bien, a diferencia de la PF, no tiene por qué conocer personalmente los extremos sobre los que se conforma.[1136]

2) Otra negativa: que no es necesaria la unanimidad en la conformidad para excluir la celebración del Juicio oral, pues la PJ puede realizarla, con plenos efectos respecto de ella, *"con independencia de la posición que adopten los demás acusados"*.

d) Que las consecuencias iniciales de la conformidad de la PJ también serán semejantes a las de las que pudieren llevar a cabo la PF, con la importante salvedad de que el contenido de aquella no es vinculante en relación con el enjuiciamiento de los restantes acusados.

Un aspecto que destaca ya desde un primer momento es el de la inclusión de esta clase de conformidad, la de la PJ, exclusivamente en la norma que la contempla en el seno del Procedimiento Abreviado, sin alusión alguna en el Ordinario, en el de Enjuiciamiento Rápido ni en el del Jurado. Ni tampoco en el nuevo Procedimiento por aceptación de Decreto, introducido con la LO 41/2015, de 5 de Octubre.

Pero ello se explica fácilmente. Por un lado porque es poco concebible, en la práctica, un juicio relativo a la PJ que siguiera los trámites del Procedimiento Ordinario toda vez que, con escasas excepciones como la del delito contra la salud pública en sus supuestos de mayor agravación, las infracciones de la PF que puedan constituir el presupuesto para la RPPJ tienen en el Código una previsión punitiva inferior a los nueve años de prisión, por lo que en todos ellos, de acuerdo con el nuevo art. 14 bis LECr que establece: *"Cuando de*

[1135] Incluyendo, por supuesto, la constancia de *"...hechos y fundamentos referidos a la culpabilidad de la persona jurídica…"*, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica. El inicio de una larga andadura", ed. Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2017, pag. 39.
[1136] DEL MORAL GARCÍA, A., "Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", ZUGALDÍA ESPINAR, J.Mª y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., ed. Aranzadi, Pamplona 2013, pag. 303.

acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior el conocimiento y fallo de una causa por delito dependa de la gravedad de la pena señalada a éste por la ley se atenderá en todo caso a la pena legalmente prevista para la persona física, aun cuando el procedimiento se dirija exclusivamente contra una persona jurídica", el Procedimiento a seguir será casi siempre el correspondiente al Abreviado, es decir, al del art. 787 en lo que a la conformidad se refiere.

Y de otra parte, porque en el supuesto de los Juicios Rápidos existe una expresa remisión normativa en este punto a los contenidos de los preceptos referidos al Abreviado (art. 800.2 LECr), incluido por supuesto el art. 787 relativo a la conformidad.

En tanto que en el Procedimiento por aceptación de Decreto, al igual que en el anterior, la regulación del mismo entraña obligadamente una forma de "conformidad" o "aceptación" de las pretensiones acusadoras. Por lo que la cuestión versará acerca de la posibilidad de su aplicación a los supuestos de RPPJ..

No obstante, el régimen legal de esta conformidad prestada por la PJ deja mucho que desear por sus imperfecciones y, sobre todo, por sus silencios.

La ausencia por completo de criterios acerca de a quién corresponde la designación y apoderamiento del representante[1137], lo que plantea a su vez la previa cuestión de a quién corresponde la decisión sobre la conformidad de la PJ, es un buen ejemplo de lo que acabamos de afirmar, como claramente se va a comprender a continuación.[1138]

3.9.5.2. Cuestiones de interés práctico que plantea la conformidad de la PJ.

Como se acaba de decir, la escasez e imprecisión del único precepto incorporado a nuestra legislación procesal referente a la conformidad de la PJ (art. 787.8 LECr) provoca la

[1137] Las distintas alternativas al respecto ya fuerion analizadas, antes de la Ley 37/2011 por ZARZALEJOS NIETO, J., "La conformidad de la persona jurídica imputada", en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pag. 274.

[1138] Para un amplio conocimiento de esta materia, en relación con otros mecanismos de Derecho comparado, como los "plea bargaing" o "plea aagreements" estadounidenses, vid. GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid 2016, pags. 208 y ss.

necesidad de plantearnos una serie de interrogantes cuyas respuestas posibiliten la razonable aplicación de la norma procesal dentro del contexto general, significado y finalidad del régimen de RPPJ.

3.9.5.2.1. Aspectos de Política Criminal.

Si hemos de remontarnos a las razones de Política Criminal que pretenden avalar la existencia de la responsabilidad penal de la PJ es por una razón eminentemente práctica ya que sólo desde esa perspectiva puede comprenderse cabalmente la función que cumple la conformidad procesal en este concreto supuesto, teniendo en cuenta que tal instrumento, como vamos a ver, estaría llamado a ser pieza esencial de este novedoso sistema de responsabilidad.[1139]

Por ello, para satisfacer la pretensión de una correcta integración, interpretación y aplicación de la norma positiva que se acaba de exponer, se hace tan necesario abordar el análisis de las razones en las que se apoya la existencia de la responsabilidad penal de la PJ en su conjunto, de las que ya se dio cumplida cuenta al comienzo de este trabajo.[1140].

En efecto y recordando lo que en su momento ya se dijo, con la institución de este innovador régimen de la RPPJ el Legislador lo que busca es un doble efecto de política criminal.

En primer lugar, como es obvio, necesario y común a todo el sistema penal, la finalidad preventiva inspira a la norma, de manera que la obligación, bajo la amenaza legal de la pena, de que la PJ incorpore modelos tendentes a la evitación de delitos cumple esta función de prevención, tanto general como especial.

Pero no se agotan ahí las expectativas de este nuevo régimen legal, sino que las mismas se extienden a un segundo momento, una vez acaecido el delito atribuible a la PJ, en el que lo pretendido es la colaboración de ésta en el descubrimiento, acreditación y castigo de la infracción cometida por la PF que da origen a la responsabilidad penal de la Jurídica.

[1139] Vid. Nota 3.2.
[1140] Vid. Apdo. 3.2.

De hecho, es este extremo el que mayor interés proyecta sobre la institución de la conformidad procesal, toda vez que la misma sería el cauce más adecuado, dentro de nuestro ordenamiento procesal, para cumplir semejante finalidad de cooperación de la PJ con las autoridades encargadas de la represión de los ilícitos cometidos por los sujetos que forman parte de la empresa, con la correspondiente contraprestación en forma de reducción de la pena.

Pues no puede olvidarse que una institución como ésta, llamada desde sus inicios, en 1882, a satisfacer exclusivamente razones de economía procesal, evitando la necesidad de celebración del juicio oral mediante la aceptación, pura y simple, de las pretensiones de la más grave acusación, de un tiempo a esta parte se ha transformado, en la práctica, en la herramienta para la consecución de aquel mismo fin pero precedido de una verdadera "*negociación*" entre las partes, tendente a la obtención de ventajas punitivas para el acusado a cambio de la rebaja de las posiciones de las acusaciones, al menos hasta el límite que la legalidad pudiere soportar en el caso concreto de que se trate[1141], precisamente por la vigencia del principio de legalidad.

De esta forma puede resultar sorprendente que algo previsto como un complemento procesal respetuoso con el principio de legalidad, tradicionalmente rector de nuestro procedimiento penal, acabe convirtiéndose en mecanismo principal para el funcionamiento de un régimen, el de la RPPJ, nacido en el seno de sistemas regidos por la oportunidad y perseguidores de unos fines estrictamente oportunistas como el aporte de colaboración para el descubrimiento y acreditación del delito cometido por la persona física en el seno de la empresa a cambio de beneficios penales para ésta.

Tanta trascendencia le reconoce el propio Legislador a la conformidad prestada por la PJ que, contraviniendo completamente los axiomas de esta institución, según viene regulada para la PF, independiza esa decisión y sus consecuencias de la actitud procesal del resto de acusados, de manera que aunque éstos no se conformen, y haya de proseguir el Juicio respecto de ellos, por lo que se refiere a la PJ conformada su decisión surte todos los efectos.

[1141] Así lo reconocen expresamente los documentos de la Fiscalía relativos a la experiencia denominada *"conformidad según Protocolo"*.

Pero, con todo, se nos antoja algo escasa esta estrecha senda de la conformidad, que sigue estando sometida a la postre al principio de legalidad, para hacer cumplir al modelo de RPPJ las expectativas en él depositadas y los objetivos por él perseguidos.[1142]

Conclusión que a buen seguro es la misma que mueve a nuestro Legislador de 2015 a introducir en el art. 31 bis CP, con la reforma operada por la LO 1/2015, la causa de exoneración que supuestamente permitiría, una vez acreditada por la defensa de la persona jurídica la existencia de modelos de control con los requisitos exigidos en la norma, la finalización del procedimiento para la entidad acusada, con posible evitación por esta vía de los estragos que el seguimiento dilatado de los trámites procesales sin duda ocasionarían en la PJ.

Así, parece evidente que la presencia de la regulación de una RPPJ se añade, de manera protagonista, a los ya numerosos argumentos favorables a la necesidad de una modificación profunda de nuestro sistema procesal penal, con la introducción de ciertas cuotas de oportunidad, éste sería un magnífico ejemplo de ello, y por supuesto con la atribución de la dirección de la fase de investigación al Ministerio Fiscal que, como parte en el procedimiento, está en la posición más adecuada para obtener una actitud colaboradora de la PJ, tendente a la sanción del delito cometido en su seno, por la PF, mediante la herramienta que, en este momento, pone la Ley en sus manos y que facilita considerablemente las posibilidades de negociación, dentro de una razonable aplicación del principio de oportunidad.

Hay que insistir en que es muy de temer que, de no producirse ese trascendental cambio, ello sea la razón de que un régimen de responsabilidad que podría reportar, correctamente aplicado, considerables beneficios en la represión y evitación de conductas punibles, especialmente en el tan difícil ámbito del Derecho Penal económico y de la empresa, acabe fracasando seriamente o, lo que es aún peor, produciendo consecuencias injustamente dañosas, si ha de servirse tan sólo, para ver cumplidos los propósitos con los

[1142] ZARZALEJOS NIETO, J., "La conformidad de la persona jurídica imputada", en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pag.274.

que se introdujo en nuestro ordenamiento, del actual sistema de conformidad procesal que ahora analizamos.

3.9.5.2.2. La aplicación a la PJ del régimen de la conformidad del Procedimiento Ordinario y del correspondiente a los "Juicios rápidos".

Como hemos visto anteriormente, la regulación de la conformidad de la PJ, tras la reforma operada por la LO 37/2011, de agilización procesal, se concreta exclusivamente al contenido del apartado 8 añadido al art. 787 LECr que, como también se dijo ya, queda reducido a dos únicos aspectos (la exigencia de un representante, especialmente designado para ese acto y con el correspondiente poder para ello así como la posibilidad de conformidad aislada plenamente eficaz, con independencia de la decisión de los restantes acusados).[1143]

Esa escueta regulación se completa, por mandato expreso de la norma, con el resto de previsiones contenidas en los anteriores apartados del mismo art. 787 en referencia a la conformidad prestada por la PF, a pesar de algunas dificultades que pudieran presentarse al respecto al asimilar ambas figuras.

Y surge aquí un interrogante de indudable interés, en concreto acerca de la posible aplicación a la PJ de las reglas relativas a la conformidad en el Procedimiento Ordinario, habida cuenta de que, si bien con carácter subsidiario, al atender a las normas del Procedimiento Abreviado, dicha supletoriedad podría sostenerse, aunque sólo fuera por razones de una correcta interpretación sistemática de la norma, la cuestión es que, no existiendo referencia alguna a la PJ en los arts. 688 y ss. LECr, en aquellos supuestos, escasos pero existentes (arts. 369 bis y 370 CP, por ej.), en los que la pena aplicable a la PF autora del delito/presupuesto de la RPPJ supere los nueve años de prisión y toda vez que, de acuerdo con el art. 14 bis de la Ley procesal, el enjuiciamiento se acomodará al procedimiento correspondiente para conocer del hecho cometido por la PF, puede dudarse acerca de si las posibilidades abiertas en esa clase de procedimiento para esa PF resultan igualmente aplicables para la PJ cuando fuere juzgada de acuerdo con los mismos trámites y por idéntico órgano judicial que la PF.

[1143] Vid. apdo. 3.9.5.1.

Semejante duda se suscita igualmente a propósito de la posible conformidad de la PJ cuando se enjuicie a la PF de acuerdo con las previsiones del Procedimiento de los Juicios rápidos[1144], en cuya regulación tampoco se menciona la conformidad de aquella, con lo que tal omisión supone, entre otras cuestiones, de imposibilidad de conformidad inmediata ante el Juez de Guardia y de la reducción en un tercio de la pena interesada por la acusación, aspectos de tanto y tan evidente interés para la propia PJ, en aras de alcanzar su obsesivo y lógico objetivo de la evitación del "daño reputacional" causado por la dilación de su situación como sujeto sometido al proceso penal.

Pues bien, en ambos casos la respuesta adecuada parece ser la afirmativa, ya que no tendría sentido que se siguieran regímenes diferentes en un mismo procedimiento, en cuanto a las reglas y exigencias para la conformidad, dependiendo de que ésta se preste por la PF o la PJ.

Manteniendo, sin embargo, en los dos supuestos las especialidades propias de la PJ a las que hemos hecho referencia (art. 787.8 LECr) en cuanto a su adecuada representación y a la posibilidad de conformidad independiente.

3.9.5.2.3. La designación del representante de la PJ a efectos de conformidad.

La necesidad de que la PJ lleve a cabo los diferentes actos procesales a través de la figura de un representante es algo incuestionable y así lo establece expresamente la norma procesal en diversos preceptos.[1145]

En lo que a las concretas exigencias que para la representación en la conformidad se refiere, lo más significativo y expresamente exigido por la Ley como requisito inexcusable, es la existencia de un poder especial para llevar a cabo ese acto.

[1144] ZARZALEJOS NIETO, J., "La conformidad de la persona jurídica imputada", en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pag. 152.
[1145] Vid. Nota (870).

No obstante resulta cuando menos dudoso el que dicho poder exprese los extremos concretos en los que la conformidad ha de prestarse, lo que permitiría al representante gozar de un amplio margen de decisión a resultas de los ofrecimientos que las acusaciones pudieren hacerle con el objeto de alcanzar el fin perseguido por la conformidad.

Igualmente, deberíamos preguntarnos acerca de la posibilidad de que en los casos, previstos en la Ley, en los que ante la incomparecencia de representante alguno de la PJ esa representación la lleve a cabo el Procurador designado de oficio a tal efecto, con la asistencia de Letrado nombrado en los mismos términos, tendrían éstos capacidad también para alcanzar una conformidad.

Podría dudarse de una tal posibilidad, atendiendo a ese requerimiento de poder especial que la norma cita como requisito para conformarse y por lo que esta decisión supone de importante y definitiva vinculación para la PJ conformada.

Pero, en mi opinión, semejante hipótesis tendría que aceptarse, toda vez que, depositada una confianza plena en los profesionales designados de oficio para la representación de la PJ incompareciente en actos de una gran trascendencia procesal y en definitiva en determinar la estrategia defensiva toda, no resultaría lógico que en tales casos de incomparecencia de la PJ el Abogado designado de oficio, a quien le incumbe la dirección técnica de la defensa de ésta, si considerase lo más conveniente para ella alcanzar una conformidad favorable a sus intereses a la vista de la prueba obrante en las actuaciones, no pudiere hacer uso de esta herramienta procesal, a través de la representación que ostenta, por disposición legal, el Procurador.

Sin embargo, lo más delicado y conflictivo, a nuestro juicio, en esta materia, extremo al que la norma procesal no hace referencia alguna, es el de la forma de designación por la PJ de su representante a efectos de conformidad, e incluso del resto de actuaciones procesales en su nombre.[1146]

3.9.5.2.4. La conformidad "por separado" de la PJ.

[1146] ZARZALEJOS NIETO, J., "La conformidad de la persona jurídica imputada", en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pag. 274.

El hecho, sólo previsto en el caso de la PJ, de que pueda la acusada conformarse eficazmente sin necesidad de que el resto de acusados, sean PPFF o también PPJJ, presten también su conformidad[1147] es algo abocado a tener indudables consecuencias en orden a la correcta defensa de la conformada.

Así, no se establece ningún mecanismo corrector del pronunciamiento condenatorio fruto de la conformidad cuando, por ejemplo, tras el enjuiciamiento de las PPFF acusadas de la comisión del hecho del que se deriva la responsabilidad de la PJ resulten finalmente absueltas, con declaración de la inexistencia del referido hecho o de la ausencia de carácter punible del mismo.

Situación que, por otra parte, ya plantea conflictos en la actualidad en aquellos casos en los que diferentes PPFF son juzgadas (con posibilidad de conformidad) en juicios sucesivos, por la situación de rebeldía de algunos de ellos.

Probablemente no cabría otro cauce que el de forzar la relación de supuestos del art. 954 LECr, en referencia con el Recurso de revisión penal, para solventar esa evidente situación de injusticia material.

Lo que, por otro lado, no solventará problemas de gran complejidad derivados de la ejecución de la Sentencia de conformidad, como por ejemplo la reparación de perjuicios que hubiere podido ser ya llevada a cabo con anterioridad al pronunciamiento absolutorio de las PPFF.

A su vez, la existencia de una conformidad independiente de la PJ ofrece una razón más para pensar en la eventualidad de que ésta pueda ser convertida de nuevo en "*chivo expiatorio*" de las responsabilidades que incumben a los integrantes de la organización respecto de los cuales, una vez pronunciada la condena de la PJ y especialmente alcanzada con ella la satisfacción de las pretensiones indemnizatorias de los perjudicados, pudieren quedar seriamente mermados, como dijéramos líneas atrás, los ánimos para continuar con

[1147] Algo que ya se aceptada como posibilidad antes de la Ley 37/2011, ZARZALEJOS NIETO, J., "La conformidad de la persona jurídica imputada", en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pags.279 y ss.

los esfuerzos procesales que conduzcan a su identificación como autores físicos del delito, lo que, de otra parte, volvería a comprometer seriamente los fines de prevención que fundamentan la propia existencia del Derecho Penal, de la potestad sancionadora del Estado ("ius puniendi") y de la pena misma.

3.9.5.2.5. Las consecuencias de la conformidad de la PJ.

Una última cuestión de gran interés en la interpretación del régimen legal de la conformidad procesal respecto de la PJ es la de las consecuencias que para ésta comporta el conformarse, al margen de los efectos ordinarios de cualquier conformidad que pasan por la existencia de un pronunciamiento condenatorio, con decisivas limitaciones respecto de su recurribilidad[1148], y la posterior ejecución del mismo.

Pues no hay que olvidar que así como cualquier condena para una PF en relación con la comisión de un delito, además de la ejecución de los propios contenidos del pronunciamiento condenatorio conlleva la existencia, hasta su cancelación, del concreto antecedente penal capaz de fundamentar una ulterior agravante de reincidencia que influirá tan sólo en la entidad de la pena a aplicar, en el caso de la PJ la existencia de ese antecedente supone, ni más ni menos, que la posibilidad futura de que en una ulterior condena puedan serle impuestas las penas interdictivas o privativas de derechos, incluida la disolución, más allá de la pena pecuniaria, única posible en la mayor parte de los casos si no existe ese precedente condenatorio, de acuerdo con las reglas relativas a la determinación de la pena aplicable a la PJ.[1149]

De modo que, como vemos, los efectos propios de la reincidencia en el caso de la PJ claramente se agravan con respecto a lo que la existencia de un antecedente penal significa para la PF, pues no se trata ya de una modulación de la gravedad de la pena prevista sino de la posibilidad de imposición de penas distintas de contenido mucho más aflictivo.

[1148] ZARZALEJOS NIETO, J., "La conformidad de la persona jurídica imputada", en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pag. 283.
[1149] Art. 66 bis CP.

Incluso, si tenemos en cuenta la naturaleza de la infracción cometida por la PJ, con un componente más o menos vinculado según sostiene gran parte de la doctrina a la negligencia[1150], pues a la postre se aproxima mucho a la presencia de una "culpa in vigilando", infringiendo el deber de un debido control sobre las personas que la integran, se debilita considerablemente la posibilidad de evitación de la conducta reincidente, en especial en aquellas organizaciones que, por su gran número de integrantes, más se favorece la comisión en su seno de hechos delictivos.

Por lo que la posible utilización del instituto de la conformidad por parte de la PJ, buscando una rápida evitación del procedimiento y de sus consecuencias reputacionales, habrá de tomar siempre en consideración, a la hora de establecer una correcta estrategia de defensa, estas consecuencias a fin de adoptar la decisión más favorable para sus intereses no sólo presentes sino también futuros.

Al menos en tanto que nuestro Legislador no siga el ejemplo de otros ordenamientos[1151] en los que, precisamente para favorecer la conformidad de la persona Jurídica, abriendo además posibilidades para obtener su preciada colaboración en la represión del delito de la PF origen de su responsabilidad, establezca que la Sentencia condenatoria de conformidad, a diferencia de la producida tras la celebración del Juicio oral contradictorio, no supone antecedente para la consideración posterior de una reincidencia.

También podría pensarse en la alternativa de que el mero antecedente condenatorio para la PJ, sin más, no suponga una situación de reincidencia, sino que se exigieran otra serie de requisitos o condiciones para ello.[1152]

Lo que resultaría conforme, por otra parte, con lo que ya dijimos en su momento acerca de la necesidad de utilizar esta institución de la conformidad, con cierto espacio para

[1150] Vid. apdo. 3.5.1.2.
[1151] El de EEUU, por ej.
[1152] *"Ciertamente, el hecho de que en sentencia firme de conformidad se haya declarado previamente la inexistencia de sistema de cumplimiento penal y prevención de delitos limita las posibilidades de defensa de la persona jurídica en el nuevo procedimiento."*, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura", Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pag. 155.

la introducción razonable del principio de oportunidad, como instrumento necesario y eficaz en una aplicación de la RPPJ, fiel a su fundamento y objetivos.[1153]

Finalmente, hay que señalar también cómo el hecho de que la PJ se conforme, lo que implica necesariamente la afirmación de que se ha cometido el delito/presupuesto por la PF, en modo alguno implica la acreditación plena de éste[1154], si bien, a mi juicio, tal conformidad podría equivaler a la declaración incriminatoria del coimputado, susceptible de valoración con cumplimiento de los especiales requisitos establecidos al respecto.[1155]

[1153] Vid. apdo. 3.2.

[1154] ZARZALEJOS NIETO, J., "La conformidad de la persona jurídica imputada", en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pag. 277.

[1155] Por ej. SSTC 153/1997, 68/2001 y 57/2009 o SSTS 949/2006 y 812/2016, en relación con los requisitos necesarios para la eficacia probatoria de las declaraciones del coimputado.

-IV-

DELITOS ELECTORALES Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

4.1.- INTRODUCCIÓN.

Una vez analizadas las dos materias preliminares del presente estudio, a saber, las características y contenidos de la denominada "*delincuencia electoral*", incorporada a los arts. 135 a 153 de la LOREG, y la naturaleza de la RPPJ, en general, así como las interpretaciones de la norma para la aplicación de dicho régimen en nuestro ordenamiento nacional, hemos de pasar al examen de lo que constituye el núcleo de estas páginas que no es otro que el de la vinculación de los puntos en común de ambos aspectos: "*delincuencia electoral*" y "*responsabilidad penal del Ppol*" en tanto que ente dotado de personalidad jurídica.[1156]

Para ello vamos a seguir un criterio consistente en el repaso de cada una de las cuestiones individualizadas que dicho examen suscita, combinando ambas perspectivas y acudiendo tan sólo a las manifestaciones y aspectos de las mismas requeridos en esta ocasión para el fin propuesto, intentando evitar, en la medida de lo posible, ociosas reiteraciones.

Por este carácter, a la vez conclusivo y complementario de todo lo dicho hasta aquí, parece oportuno que la forma de exposición sea la interrogativa, ciñéndonos así de la mejor manera a los aspectos puntuales que la confrontación de los temas previos ofrece en relación con la especial situación penal del Ppol.

Dichos aspectos en los que puede suscitarse la polémica serían los siguientes:

[1156] Debiendo recordar que a esta responsabilidad penal también se suman las Fundaciones y otras PPJJ vinculadas al Ppol de acuerdo con lo previsto en la LO 8/2007, de Financiación de Partidos políticos, tras la Reforma operada en este sentido por la LO 3/2015.

4.2.- ¿RESULTA PROCEDENTE LA EXISTENCIA DE UN RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA LOS PPOLS?

La primera pregunta que hemos de plantearnos a la hora de analizar la incorporación del Ppol al régimen de RPPJ en general y, por ende, de cara a la "delincuencia electoral" en particular, no es otra que aquella que se sitúa en un momento anterior a la introducción de esta clase de PJ en las previsiones del art. 31 bis, y concordantes, del CP.[1157]

En efecto, como todos recordamos, en la redacción inicial de ese art. 31 bis contenida en la reforma de la LO 5/2010, que introdujo en nuestro ordenamiento la RPPJ, los Ppols, junto con los Sindicatos y diversas figuras de naturaleza claramente de Derecho público encabezadas por el propio Estado[1158], quedaban expresamente excluidos de esta novedosa clase de responsabilidad penal.[1159]

[1157] Hay que recordar que la exclusión inicial de responsabilidad de los Ppols, al igual que respecto de los Sindicatos, nunca alcanzó a las empresas participadas por ellos, como por ej. cuando se tratase de una cooperativa de viviendas para sus afiliados. Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos", en "Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., ed. Aranzadi, Pamplona 2013, pag. 126.

[1158] *"Es lógico y natural, se afirmaba, que mientras las personas jurídicas de Derecho privado puedan incurrir en responsabilidad criminal, no lo puedan hacer las personas jurídicas de Derecho público (bien porque el Estado no se puede castigar a sí mismo, bien por exigencia del principio de división de poderes o bien simplemente porque el funcionario que delinque en el seno de una persona jurídica de Derecho público lo suele hacer en su propio beneficio y no para ingresar las dádivas ilegalmente percibidas en las arcas del tesoro público)."* [Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos", en "Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., ed. Aranzadi, Pamplona 2013, pag. 124].

[1159] Según GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "Sujetos sometidos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid) 2011, pag. 53, *"Cierta extrañeza puede causar la exclusión de partidos políticos y sindicatos. La exclusión de los primeros pudiera estar basada en la ya existente Ley de Partidos en la que se regulan pormenorizadamente estas cuestiones. La de los sindicatos resulta de justificación más difícil. Sin embargo, como común denominador a ambas exclusiones pueden apuntarse quizás las siguientes circunstancias. En primer lugar, tanto partidos políticos como sindicatos vienen contemplados en la Constitución como instituciones que desempeñan una función pública quasi estatal, motivo por el cual, en cierto sentido, tan laxo probablemente como impropio, pueden considerarse Estado –con la correspondiente exclusión-. En segundo lugar, en el fondo, el legislador español, si bien formalmente ha introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tiene en mente la responsabilidad penal empresarial o corporativa, en la que los actores corporativos son el objetivo principal de su política criminal."*.

A su vez, para DEL MORAL GARCÍA, A., esa exclusión inicial de los Ppols respecto de la RPPJ *"…no solo era muy congruente con el papel que según la Constitución están llamados a desempeñar en un Estado democrático tanto los partidos políticos como los sindicatos equiparados a estos efectos (arts. 6 y 7 CE), sino que además era prudente: la posibilidad de exigirles responsabilidad penal es una fácil tentación para judicializar la vida política"*, "Responsabilidad penal de los Partidos Políticos", Ponencia elaborada para el

Como consecuencia de unas acervas y muy generalizadas[1160], prácticamente unánimes, críticas a esa exclusión[1161], que por otra parte no había sido explicada con suficiente rigor técnico en el Preámbulo (¿"*Exposición de motivos*"?)[1162] de la referida

curso "La Financiación ilegal de partidos políticos" celebrado los días 11 y 12 de julio de 2016 en Madrid dentro del plan de formación continuada para miembros de la Carrera Fiscal y dirigido por Myriam Segura Rodrigo, pag. 3.

"La razón para excluir del régimen de responsabilidad criminal a los partidos políticos había sido, sin duda, la conveniencia de otorgarles una cierta inviolabilidad o inmunidad para garantizar el adecuado cumplimiento de sus altas funciones constitucionales (socialización política, movilización de la opinión pública, representación y defensa de los intereses sociales, legitimación del sistema político, participación en elecciones y composición de los principales órganos del estado)." [Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos", en "Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., ed. Aranzadi, Pamplona 2013, pag. 124].

En este sentido, cita GIMENO BEVIÁ, J., en "Problemas que plantea el enjuiciamiento penal de los partidos políticos" (en prensa) NOTA (3), "*…el Diario Expansión "El PSOE logra la inmunidad penal para partidos políticos y sindicatos" que además de exponer la oposición del PP en una enmienda del 18 de marzo de 2010, contiene opiniones de reputados penalistas en contra de la exclusión. Así, entre otras voces, CASTRO MORENO, expuso que "no hay ninguna explicación posible salvo la protección de quien hace la ley y se quiere curar en salud, algo así como el refrán: el que hace la ley hace la trampa", asimismo, BURKHALTER TIEBAUT manifestó que "la experiencia nos demuestra que algunos de los delitos más graves para los que se establece la misma se cometen precisamente en nombre y en provecho de tales entidades. Por ejemplo, los delitos de corrupción en el ámbito de los partidos o los fraudes de subvenciones por lo que respecta a los sindicatos". La noticia está disponible en el siguiente enlace http://www.expansion.com/2010/09/01/juridico/1283375024.html. En otros artículos, con un carácter más doctrinal, ECHARRI CASI creyó lógica la exclusión del Estado "pero no así la de partidos políticos y sindicatos" en ECHARRI CASI, F. J "Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales", Diario La Ley nº 7632, 18 mayo 2011; también BURGOS LADRON DE GUEVARA consideró "criticable" la exclusión, si bien la justifica "quizás por la ratio de estado" en BURGOS LADRON DE GUEVARA, J. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos procesales", Diario La Ley nº 7625, 9 mayo 2011; por su parte, APARICIO DIAZ, consideraba que muy pocos entendían porque fueron excluidos en 2010 y saludó con optimismo que el legislador, en la LO 7/2012, eliminara estos "campos de sombra cuya justificación resultaba más que discutible" APARICIO DIAZ, L. "La nueva reforma de Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social" Diario La Ley nº 8081, 13 mayo 2013."*

[1160] *"En definitiva, según el nuevo texto introducido por la LO 5/2010, los partidos políticos quedaban fuera del listado de personas jurídicas susceptibles de ser responsables penalmente. Este hecho había sido objeto de numerosas críticas tanto por parte de la doctrina, que no encontraba una justificación técnica para la adopción de dicha medida, como por parte de la ciudadanía, que entendía que el legislador había procurado asegurar la impunidad de dichas organizaciones"* [Vid. CAMACHO VIZCAÍNO, A. y CORTÉS LABADÍA, J.P., "Partidos políticos y responsabilidad penal de los partidos políticos", Diario LA LEY num. 8586, 20 de Julio de 2015, pag. 2].

[1161] Entre otras cosas quizá por la posible presencia del Ppol en delitos comprendidos en el catálogo de los que generan RPPJ. Vid. a este respecto, por ej., GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid 2016, pag. 99.

[1162] Tan sólo se dice al respecto que *"El eje de los criterios que inspiran la presente reforma se corresponde con el reforzamiento de la transparencia de la actividad de la administración y del régimen de responsabilidad de partidos políticos y sindicatos, a los que se incluye dentro del régimen general de responsabilidad penal de las personas jurídicas del que, hasta ahora, estaban excluidos… …De este modo se supera la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación, y se extiende a ellos, en los supuestos previstos por la ley, la responsabilidad por las actuaciones ilícitas desarrolladas por su cuenta y en su beneficio, por sus representantes legales y administradores, o por los sometidos a la autoridad de los anteriores cuando no haya existido un control adecuado sobre los mismos."* [Vid. Exposición de Motivos LO 7/2012].

norma introductoria del régimen de la RPPJ[1163], críticas que me atrevo hoy a calificar en algunos casos al menos como claramente demagógicas e igualmente carentes de una suficiente reflexión justificativa[1164] y a las que tampoco me puedo considerar ajeno, se introdujo en la LO 7/2012, de 27 de Diciembre, mediante una enmienda de última hora (la núm. 21), el 5 de Noviembre de 2012, a iniciativa del Partido UPyD apoyado en este caso por el PP e IU y con la única, si bien algo limitada, oposición del Grupo parlamentario socialista[1165], la modificación legal consistente en la supresión de la referida cita excluyente para ambos tipos de PPJJ por igual, tanto para los Ppols como para los Sindicatos.[1166]

[1163] *"…se discutió hasta qué punto los partidos políticos y los sindicatos –a los que se visualiza, en muchas ocasiones, como ilegítimos grupos de presión, como focos de corrupción o como entes con cierta inclinación a la financiación ilegal y a las irregularidades electorales- debían quedar al margen de las posibilidades sancionadoras que establece el art. 31 bis CP"* [Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos", en "Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., ed. Aranzadi, Pamplona 2013, pag. 124].

[1164] Con alguna excepción, por supuesto, como en el caso de ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos", en "Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., ed. Aranzadi, Pamplona 2013, cuando dice que *"En efecto, la responsabilidad criminal de las personas jurídicas está pensada para que opere en el ámbito del Derecho Penal económico y afecte a los agentes de la vida económica y los partidos políticos y los sindicatos, ni tienen en la económica su espacio natural de juego, ni son agentes de la vida económica sino de la vida política. Sin embargo, cuando adoptan este roll (de agentes de la vida económica) tienen que hacerlo con todas las consecuencias y al margen de cualquier privilegio. No debe olvidarse que es difícil encontrar un caso de corrupciób política en el que no esté por medio, directa o indirectamente un partido político y que el hecho de otorgarle un privilegio en este ámbito –ajeno a sus fines constitucionales- carece totalmente de justificación"* (pag. 134).

[1165] Así, la Sra. Valero Cordero, por el Grupo Socialista, concluyó su intervención en el debate sobre la enmienda con estas palabras: *"…nosotros vamos a votar en contra porque consideramos que se está intentando criminalizar a partidos políticos y sindicatos que son instituciones fundamentales previstas en la Constitución española, artículos 6 y 7, que son vertebradores de la participación política y social y que son fundamentales para nuestro sistema democrático. Así que consideramos que es un caso evidente de populismo punitivo y no una medida en absoluto para la regeneración de la vida política."* Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Cortes Generales, Comisiones, Año 2012, X Legislatura, num. 207. Justicia. Sesión del 7 de Noviembre de 2012, pag. 23.

[1166] Enmienda que se sustentaba en los siguientes argumentos:

"La exclusión de exigencia de responsabilidad penal a organismo públicos resulta lógica habida cuenta su naturaleza y fines. Pero no ocurre lo mismo con la exención de los partidos políticos y las asociaciones sindicales del régimen de responsabilidad penal previsto en el Código Penal para las personas jurídicas, que constituye un privilegio injustificado que no colabora en absoluto a la regeneración democrática ni a combatir la corrupción política de nuestro país, que lejos de disminuir sigue aumentando día a día. En este sentido, conviene recordar que, por más que realicen funciones constitucionales, los partidos políticos y los sindicatos son entidades de naturaleza asociativa privada con personalidad jurídica propia, por lo que carece de justificación que estén exentos de cualquier tipo de responsabilidad penal, máxime cuando las fundaciones, organizaciones no gubernamentales, la Iglesia, las distintas confesiones religiosas y otros entes privados sin ánimo de lucro están sujetos a dicha responsabilidad. La inclusión de los partidos políticos y sindicatos en el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas colaborará sin duda para que los mismos empiecen a cumplir los deberes que objetivamente les competen de persecución de la lacra de la corrupción, tales como el establecimiento de filtros y medidas necesarias para erradicar a los corruptos de sus listas electorales, la creación de protocolos de minimización de riesgos delictivos y códigos de ética y conducta de sus cargos públicos y de sus responsables orgánicos (extendiendo la responsabilidad social corporativa a sus propias organizaciones) y la denuncia y persecución activa de tales conductas en el caso de producirse, en vez de ocultar, silenciar o justificar su existencia.

Modificación legal que quedó *"...reflejada en el Preámbulo de la LO 7/2012 como uno de los ejes de los criterios inspiradores de la reforma, destinada al <reforzamiento de la transparencia de la actividad de la administración y del régimen de responsabilidad de partidos políticos y sindicatos>"* pues con ella *"...El legislador pretendía superar la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación, y extender a ellos, en los supuestos previstos por la ley, la responsabilidad por las actuaciones ilícitas desarrolladas por su cuenta y en su beneficio, por sus representantes legales y administradores, o por los sometidos a la autoridad de los anteriores cuando no haya existido un control adecuado sobre los mismos."*[1167]

Dejando al margen la cuestión relativa a los Sindicatos, que presenta unos perfiles específicos fuera de nuestro objeto de análisis en la presente ocasión[1168], conviene en este punto que nos preguntemos, con la exigente reflexión de la que carecieron los antitéticos planteamientos precedentes, sobre la procedencia y la conveniencia de haber abierto la

---

Así, los partidos políticos estarían sometidos a idénticas normas que los mismos, a través de sus cargos públicos, han considerado convenientes para el resto de la ciudadanía y de las distintas, empresas y organizaciones de la sociedad civil, inclusive por supuesto las correspondientes circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, como son el haber confesado la infracción, el haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas nuevas y decisivas, el haber reparado o disminuido el daño causado por el delito y el haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de los mismos. Lógicamente, la responsabilidad penal de los partidos no implicará la desaparición de la responsabilidad de las personas individuales responsables, pero sería también útil para que aquellos delitos en los que no es posible identificar a la persona o cargo público concreto implicado que ha actuado en el seno de los partidos no quedaran impunes.

En definitiva, la inclusión de los partidos políticos y sindicatos en el régimen general de responsabilidad penal previsto en el Código Penal, colaboraría de forma importantísima a la persecución y erradicación de la corrupción política, prestigiando la política y, por ende, la calidad de nuestra democracia»" (Boletín Oficial de las Cortes Generales,, Congreso de los Diputados, X legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 5 de noviembre de 2012, págs. 15 y 16).

Texto citado y transcrito por DEL MORAL GARCÍA, A. en "Responsabilidad penal de Partidos Políticos", Ponencia elaborada para el curso "La Financiación ilegal de partidos políticos" celebrado los días 11 y 12 de julio de 2016 en Madrid dentro del plan de formación continuada para miembros de la Carrera Fiscal y dirigido por Myriam Segura Rodrigo, pag. 4, que a su vez se remite a ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos", en "Revista de Derecho Penal y Criminología" 3ª época, nº 11 (enero de 2014) pp.365 a 384.

Vid. también el estudio sobre los debates parlamentarios acerca de esta reforma en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos", en "Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., ed. Aranzadi, Pamplona 2013, pags. 126 y ss.

[1167] CAMACHO VIZCAÍNO, A. y CORTÉS LABADÍA, J.P., "Partidos políticos y responsabilidad penal de los partidos políticos", Diario LA LEY num. 8586, 20 de Julio de 2015, pag. 2.

[1168] *"También los sindicatos ostentan una posición de relevancia constitucional (arts. 7 y 28 CE). Pero, a diferencia de los partidos políticos, el art. 2.2 c de la LO 11/1985, de libertad sindical, permite su suspensión o disolución "mediante resolución firme de la Autoridad Judicial, fundada en incumplimiento grave de las Leyes", reconociendo expresamente su art. 5 la responsabilidad de los sindicatos por los actos o acuerdos adoptados por sus órganos estatutarios. No existe, por tanto, impedimento alguno a que el legislador pudiera, como así ha hecho, disponer la responsabilidad penal de estas personas jurídicas"* [Vid. GIMENO SENDRA, V., "Corrupción y propuestas de reforma", Diario La Ley num. 7990, 26 de Diciembre de 2012].

posibilidad a la eventual incriminación de los Ppols en nuestro sistema penal, con las importantísimas consecuencias que de ello podrían derivarse en la práctica.[1169]

Para lo que habría que comenzar dilucidando si la doble finalidad de Política Criminal, que se aloja en el origen del sistema de RPPJ desde sus inicios en el ámbito de las legislaciones anglosajonas y que da explicación, sentido y coherencia al mismo, se cumple también en el caso de los Ppols.[1170]

Ya indicábamos páginas atrás el error, evidente a nuestro juicio, en el que incurría el Legislador español, siguiendo una determinada corriente también presente en muchos otros países, de construir este nuevo régimen en torno a la figura de la PJ, sin distinción de la naturaleza ni el tamaño de la misma, provocando con ello lo que, con carácter general, puede ser fuente futura de grandes disfunciones e, incluso, de un claro riesgo de fracaso del propio sistema en su aplicación práctica.

Pues bien, lo dicho en aquel momento[1171] es de reproducción íntegra para el caso de la responsabilidad penal del Ppol, no sólo en cuanto a las cuestiones que pueden suscitar las organizaciones políticas de escasas dimensiones sino, lo que es mucho más importante, las planteadas por todas ellas, grandes o pequeñas, en función de sus especiales características y de los importantes fines que están llamadas a cumplir.[1172]

En cuanto al primer grupo, los Ppols de pequeño tamaño, aquellos que, en ocasiones por su carácter local o, en otras, por su escasa presencia en las Instituciones, pues recordemos que en nuestra Nación, junto a los grandes Partidos de todos conocidos, son más de 4600 los actualmente inscritos como tales en el Registro correspondiente[1173], se

[1169] Aunque el debate acerca de las consecuencias del régimen de RPPJ sobre los Ppols ya comenzó con la reforma de 2010, antes de su inclusión en 2012. Vid. en este punto MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pag. 367.

[1170] Vid. apdo. 3.2.

[1171] Vid. apdo. 3.5.1.4.1.

[1172] Resulta muy interesante, en este punto, la tesis de una posible interpretación restrictiva del inicial régimen de exclusión de la responsabilidad penal del Ppol, que podría haber sido la solución acogida posteriormente por nuestro Legislador al incorporar esa responsabilidad con la LO 7/2012, en el sentido de que el Ppol respondiera penalmente cuando actúa "hacia el interior", es decir, cuando lo hace para su propio funcionamiento y financiación, como responde en el ámbito laboral respecto de sus obligaciones con los trabajadores (en el caso de un despido improcedente, por ej.), y manteniendo la exclusión de responsabilidad en el caso de la actuación "hacia el exterior", cumpliendo sus fine constitucionales. Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos", en "Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", ZUGALDÍA ESPINAR, J.Mª y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., ed. Aranzadi, Pamplona 2013, pag. 125.

[1173] Distribuidos en 1122 de ámbito nacional, 1101 autonómicos, 295 provinciales, 2074 locales y 54 de otros ámbitos, según datos del Ministerio del Interior, procedentes del Registro de Partidos Políticos a fecha de

reproduce la ausencia de interés político criminal que su inclusión en la RPPJ reporta.

Evidentemente, y dando por reproducido lo ya dicho con anterioridad al respecto[1174], a la práctica imposibilidad, por carencia de medios para ello, para implementar instrumentos de control de verdadero interés en orden a la prevención de la comisión de delitos en su seno, estas pequeñas organizaciones políticas, por su reducido tamaño y escasa estructura, no ven tampoco justificada la intervención del Derecho Penal desde el punto de vista de los intereses político criminales del Estado dirigidos a obtener la alianza necesaria de la PJ en la evitación, y ulterior represión, de los ilícitos cometidos en escenarios cuya complejidad dificulta gravemente tanto la efectividad de los objetivos de prevención delictiva como los de ulterior respuesta al fenómeno criminal.

Por si esto fuera poco, siguiendo con nuestro pensamiento puesto en estas pequeñas organizaciones, que hay que resaltar que representan mucho más del 99% de nuestra realidad nacional respecto de los Ppols, la exigencia ineludible, a la que más adelante haremos referencia, de incorporación de modelos de prevención complejos ("compliances"), por el mero hecho de tratarse de Ppols[1175], supone una agravación muy superior en relación con los problemas que se plantean para la aplicación del sistema en otras PPJJ de escasas dimensiones y medios, sobre las que no existe una imposición legal semejante, con la grave consecuencia añadida de que ello pudiera significar una dificultad insalvable para la constitución de un Ppol que no disponga de los medios necesarios para cumplir con tal requisito y el posible empobrecimiento democrático que, en algún caso, esto pudiera suponer.[1176]

Ahora bien, si ese fracaso de las razones político criminales que sirven de justificación y fundamento a la RPPJ es patente de cara a estos Ppols, incluidos como unos más dentro de las PPJJ de pequeñas dimensiones, no lo es menos respecto del resto, ahora particularmente en atención a la naturaleza y fines que constitucionalmente tiene

---

Mayo de 2015, con una evolución de aproximadamente un 10% crecimiento anual en su número, si bien en ese listado se incluyen también Agrupaciones electorales.

[1174] Vid. apdo. 3.5.1.4.1

[1175] Vid. apdo. 4.4.

[1176] Pues, aunque el extraordinariamente excesivo número de estas organizaciones políticas pudiera hacer pensar que inicialmente la medida incluso resultaría saludable, pensemos, por ej., en el problema que la obligatoriedad de la existencia de estos modelos de control en todo Ppol puede suponer para la existencia de organizaciones de ámbito local con presencia exclusiva en pequeñas poblaciones.

atribuidos.[1177]

En efecto, los Ppols ostentan un reconocimiento literal en nuestra Carta Magna cuando dice respecto de ellos que *"...expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política."*[1178]

"Por otra parte, aunque los partidos políticos no son órganos constitucionales sino entes privados de base asociativa, forman parte esencial de la arquitectura constitucional, realizan funciones de una importancia constitucional primaria y disponen de una segunda naturaleza que la doctrina suele resumir con referencias reiteradas a su relevancia constitucional y a la garantía institucional de los mismos por parte de la Constitución."[1179]

Se trata de *"...asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones, las cuales se resumen en la voluntad de integrar, mediata o inmediatamente, los órganos titulares del poder público."*[1180]

En semejante sentido también puede añadirse que *"...el status privilegiado de los partidos políticos que demanda un régimen jurídico propio o específico, en relación con el general aplicable a las asociaciones, encuentra su justificación, única y exclusivamente, en las funciones que son específicas a los mismos, en función de su instrumentalidad al servicio de la participación política. Con el fin de proteger y fomentar la participación política – valor de rango constitucional- los partidos políticos demandan ciertas peculiaridades normativas que diferencian su régimen del régimen jurídico ordinario de cualquier otra asociación no constituida como partido político."*[1181]

En definitiva, ese carácter constitucional de los Ppols *"...parece significar que una lesión a éstos es tanto como una lesión a la Constitución, de modo que, en términos*

[1177] Sin embargo, también se ha afirmado que *"...plantear la posibilidad de la responsabilidad penal de los partidos políticos sobre todo nos permite una cosa: reformular el eterno debate acerca de la responsabilidad política de los partidos desde el punto de vista de sus deberes de autorregulación, y hacer esos deberes de responsabilidad política es parte fundamental de un régimen de "autorregulación regulada""* [Vid. MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pag. 333].

[1178] Según el art. 6 CE. Regulados en las LLOO 6/2002, de 27 de Junio, de Partidos Políticos y 8/2007, de 4 de Julio, de Financiación de Partidos Políticos, teniendo en cuenta que el "pluralismo político" de los que son expresión se considera como un valor superior de todo nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE).

[1179] Exposición de motivos de la LO 6/2002, de 27 de Junio, de Partidos Políticos.

[1180] STC 48/2003, de 12 de Marzo.

[1181] GARCÍA-PANDO MOSQUERA, J.J., "Las cuentas de la Democracia", en "Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos", Dtores: Adán Nieto y Manuel Maroto Calatayud, Univ. Castilla-La Mancha, Cuenca 2014, pag. 140.

generales que habrá que precisar en cada caso, parecen protegidos no sólo por las garantías propias de un derecho fundamental, sino también por la garantía constitucional."[1182]

"La protección constitucional contenida en el art. 6 CE, por tanto, permite considerar que la responsabilidad penal de los partidos políticos resulta desproporcionada, pues dicha protección queda menoscabada por el excesivo catálogo de actividades que le generan responsabilidad penal."[1183]

Estas podrían haber sido, al parecer, las razones inicial por las que, a semejanza de otros organismos de carácter público aunque también dotados de personalidad jurídica propia, como el Estado, las Administraciones públicas territoriales e institucionales, los Organismos Reguladores, etc.[1184], fueran los Ppols igualmente excluidos del ámbito de la RPPJ.[1185]

Y es que, en efecto, la esencial vocación política y trascendencia para el sistema democrático en su entraña misma, del que los Ppols son principales protagonistas[1186], induce a poner en cuestión, al menos inicialmente y tras una seria reflexión, la procedencia de que tales instrumentos de la vida democrática puedan ser puestos en cuestión a lo largo del correspondiente procedimiento judicial, con la adopción posible de medidas cautelares como la suspensión de actividades por ejemplo, y, más aún, como resultado de las penas que, eventualmente, pudieran serles al fin impuestas y las graves consecuencias de las mismas, en algún caso incluso irreversibles, como tendremos oportunidad de explicar cuándo, líneas más adelante, abordemos esta cuestión capital.[1187]

[1182] GARCÍA PELAYO, M., "El Estado de Partidos", Alianza Editorial, 1986, pag. 51.

[1183] GIMENO BEVIÁ, J., en "Problemas que plantea el enjuiciamiento penal de los partidos políticos" (en prensa).

[1184] Art. 31 quinquies.1 CP.

[1185] La propia Exposición de Motivos de la LOPP recuerda que: *"…aunque los partidos políticos no son órganos constitucionales sino entes privados de base asociativa, forman parte esencial de la arquitectura constitucional, realizan funciones de una importancia constitucional primaria y disponen de una segunda naturaleza que la doctrina suele resumir con referencias reiteradas a su relevancia constitucional y a la garantía institucional de los mismos por parte de la Constitución."*

[1186] *"Frente a una construcción irreal de los partidos como entidades puramente voluntarias y privadas, se forman así al menos dos perspectivas de análisis de los partidos como entidades cuasi públicas: la del partido como organización privada que* de iure *ejerce o participa en el ejercicio de funciones públicas, y la del partido como organización que* de facto *ejerce un dominio no formal sobre la acción pública y administrativa"*, MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pag. 195.

[1187] *"Sin embargo, el legislador no ha tenido en cuenta en España esa importancia institucional que en toda democracia tiene la estructura de los partidos políticos. De forma que la mera imputación de un partido político como presunto responsable penal de la comisión de un delito puede suponer que el juez de instrucción*

Debe señalarse de nuevo, llegados a este momento y en relación concreta ahora con la responsabilidad penal del Ppol, cómo las repetidas finalidades del régimen que aquí contemplamos, tienen su destinatario natural y propio en aquellas organizaciones de estructura compleja, dado su tamaño, y que persigan objetivos empresariales de carácter mercantil.

Pues, aunque algún autor pueda sostener que la responsabilidad del Ppol podría restringirse exclusivamente a los delitos que cometan como *"agentes de la vida económica"*[1188], hemos de coincidir con quienes sostienen que "*Es necesario precisar, en primer lugar, que la actuación de los partidos en la vida económica es imprescindible para su desarrollo, tal y como sucede con cualquier organización privada y es obvio que, como tales, podrían responder penalmente pero, si el Derecho penal debe ser la última ratio y existe asimismo una protección constitucional contenida en el art. 6CE, que las diferencia de otras personas jurídico-privadas, con base en el principio de proporcionalidad sería más razonable que la sanción fuese de carácter administrativa, civil o, en su caso, laboral."*[1189]

Así, extender a los Ppols por el hecho de tratarse de PPJJ, como acontece igualmente de manera de todo punto exorbitante con el caso de las Confesiones religiosas por ej., un régimen de responsabilidad penal que en ningún momento tuvo en sus orígenes fundacionales la vista puesta en entes de esta naturaleza y que los compromisos y exigencias internacionales tampoco contemplan de manera clara y contundente[1190], parece una extralimitación de nuestro Legislador nacional, carente de toda razón de ser, conocida al menos.[1191]

---

que lleve a cabo la investigación de los hechos adopte como medida cautelar la suspensión de actividades del partido político, e incluso ordene la intervención judicial del mismo." CAMACHO VIZCAÍNO, A. y CORTÉS LABADÍA, J.P., "Partidos políticos y responsabilidad penal de los partidos políticos", Diario LA LEY num. 8586, 20 de Julio de 2015, pag. 7.

[1188] ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de los partidos políticos y sindicatos", Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª época num. 11, Enero 2014, pag. 376.

[1189] GIMENO BEVIÁ, J., "Problemas que plantea el enjuiciamiento penal de los partidos políticos" (en prensa).

[1190] Aún cuando hay que reconocer, en este punto, las referencias que, en algún momento, sí que hacen a ello tanto la OCEDE como el GRECO, especialmente este último en los años 2011 y 2013. Vid. al respecto MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pag. 339.

De hecho, tampoco se prevé expresamente esta exclusión de los Ppols del régimen de RPPJ en la normativa comunitaria, como señala VALLS PRIETO, en "Las exenciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ¿Son responsables los partidos políticos y sindicatos?", Cuadernos de Política Criminal, Segunda Época, II, num. 104, 2011, pags. 109 y ss.

[1191] Téngase en cuenta también la opinión de quienes sí que defienden este régimen de responsabilidad aplicado a los Ppols, toda vez *"En el contexto de un marco de autorregulación tan deficiente como es el de los partidos políticos, el papel de la responsabilidad penal corporativa consistiría en promover la elaboración e*

Ya que si atendemos al factor determinante para la introducción de este novedoso régimen penal en nuestro ordenamiento patrio, al igual que en otros muchos, que, como pusimos de relieve en su momento, no fue otro que la influencia ejercida al respecto por diversas organizaciones internacionales, de modo más significativo la OCDE, advertiremos cómo aquellas exigencias en modo alguno se dirigían en sus inicios, esencialmente, a hacer objetivo de sus intenciones a los Ppols de los distintos Estados que acogieran tales indicaciones.[1192]

Extralimitación además abocada a la generación de graves riesgos relativos a la propia estabilidad del sistema político en su conjunto, a pesar de que se haya sostenido que precisamente la RPPJ aplicada a los Ppols puede dar centralidad a la idea de democracia interna dentro de estas organizaciones.[1193].

Un problema añadido a todo lo que llevamos dicho sería también el de la complejidad derivada de la correcta identificación de qué habría de entenderse como Ppol a los efectos que aquí nos interesan, habida cuenta de la existencia, en nuestro ordenamiento, de las denominadas "agrupaciones electorales", a las que hacen referencia el art. 44 y concordantes LOREG, entendidas éstas como las formaciones políticas que se constituyen única y exclusivamente para poder presentar una candidatura en un proceso electoral concreto y determinado.

Y otro tanto cabría preguntarse acerca de las conocidas como *"coaliciones de partidos y federaciones"*, contempladas en los arts. 44 y ss. LOREG, igualmente vinculadas a unas determinadas elecciones.

Si bien, en ambos casos, la carencia de personalidad jurídica propia de ambas figuras invita a considerar que no son susceptibles de ser asimiladas al Ppol en relación con una posible responsabilidad penal, aun cuando, a pesar de su interinidad, gocen de una estructura y de la integración de directivos y subordinados jerárquicos a aquellos.

---

implementación adecuada de programas de cumplimiento normativo que dieran verdadera relevancia jurídica a las disposiciones de los hoy puramente cosméticos códigos éticos", MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pag. 345.

[1192] No obstante, importantes autores sí que justifican este alcance de la RPPJ con base en finalidades de regeneración democrática, combatiendo la corrupción en su seno y la financiación ilegal. Por ej., vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el Código Penal español", Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2016, pag. 75.

[1193] MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pag. 332.

A ello se unen, además, una serie de incoherencias y paradojas de carácter procesal, en el régimen jurídico general dedicado a los Ppols, que han sido puestas de relieve por algún sector doctrinal.[1194]

Por otra parte, si echamos un vistazo general a otros ordenamientos jurídicos distintos del nuestro, comprobamos que aunque, en general, la exclusión del Ppol del ámbito de la RPPJ no se contempla expresamente en las normas legales, ello no excluye que, "de facto" y esencialmente a través de la aplicación judicial de esas normas, la posibilidad de dirigir la acción penal contra las organizaciones políticas resulte teóricamente ilusoria e insólita en la práctica.[1195]

Dejando a un lado los sistemas italiano[1196] y alemán[1197], con las conocidas especialidades que presentan en esta materia y que, en cualquier caso, no conciben la

---

[1194] Vid, por ej., GIMENO BEVIÁ, J., "Problemas que plantea el enjuiciamiento penal de los partidos políticos" (en prensa), cuando acertadamente refiere que *"En el plano jurisdiccional, los partidos políticos se han visto, ante los procedimientos de declaración de ilegalidad y consiguiente disolución, sometidos hasta la fecha a la Sala Especial del art. 61 LOPJ, pero actualmente el juez penal puede, "ex" remisión del art.10 2 a) y 4 LOPP, declarar su disolución cuando incurra en supuestos tipificados como asociación ilícita en el Código Penal, así como acordar la suspensión de actividades, incluso en sede cautelar. También tiene potestad, dada la incorporación de los partidos políticos a la categoría de meras personas jurídico-privadas del art. 31 bis, consistente en imponer la pena de multa y, si concurren las circunstancias del art. 66 bis CP, el resto de sanciones interdictivas contempladas en el art. 33.7 CP. Esta doble regulación resulta paradójica en tanto que, como se puede apreciar, en la vía administrativa los partidos políticos se encuentran "aforados" –o especialmente protegidos- ante una sala especial del TS, mientras que, en la vía penal, a la postre, última ratio, se pueden imponer las mismas e incluso un catálogo más amplio de sanciones por el juez ordinario predeterminado por la Ley.*
Por consiguiente, en la actualidad se produce una cierta contradicción legal entre el CP y las leyes que tradicionalmente han regulado la actividad y financiación de los partidos políticos. Resulta llamativo que, tanto la LOPP como la LOFPP, junto a la LOTCu, han tenido que ser reformadas por la LO 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económica de los partidos políticos, para hacer efectiva –de un modo un tanto incoherente- la referida LO 7/2012 de reforma de Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. El propio título de dichas Leyes Orgánicas, lejano a la responsabilidad penal de los partidos políticos, que es en realidad el leitmotiv de la reforma, sirve como botón de muestra de la precipitación del legislador y de la incorporación "con calzador" de la responsabilidad penal en la normativa administrativa tradicional."

[1195] Vid. al respecto el excelente análisis de Derecho comparado incluído en GIMENO BEVIÁ, J., "Problemas que plantea el enjuiciamiento penal de los partidos políticos" (en prensa), donde leemos: *"La responsabilidad penal de los partidos políticos es, sin lugar a dudas, una original ocurrencia del legislador español. A diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad de las personas jurídicas –ya sea administrativa o penal- no ha habido ninguna influencia de la Unión Europea en la toma de tal decisión. Tampoco se trata de una cuestión estudiada o planteada por la doctrina científica extranjera, dado que, fuera de nuestras fronteras, el debate no se produce en cuanto prevalece la consideración de que los partidos políticos cumplen una imprescindible función constitucional."*.

[1196] En su régimen, en el que el Juez penal puede aplicar sanciones administrativas a las PPJJ ("frode delle etichette"), el art. 3 del Dlgs. 231/2001, junto al Estado y a los entes de naturaleza pública, excluye también a *"aquellos entes que desarrollan funciones de relevancia constitucional"*, entre los que pacíficamente, como es lógico, se consideran los Ppols,

[1197] En este país expresamente exceptúa la aplicación de sanciones penales previstas para las organizaciones criminales *"…cuando la organización sea un partido político que el Tribunal Constitucional no haya declarado inconstitucional"* (parágrafo 129 (2) 1 del Strafgesetzbuch, StGB), lo que se denomina precisamente el "Parteinprivileg" ("privilegio de los partidos).

posibilidad de una condena de naturaleza penal para el Ppol, ha de admitirse que existe una gran mayoría de países en los que no se contempla expresamente en las listas de exclusión de la responsabilidad penal a estas organizaciones, a pesar de que sí que se exceptúen diversas PPJJ de Derecho público, como en los casos de Bélgica, Portugal o Rumania.

En Bélgica, por ejemplo, no aparece esa exclusión legal de la responsabilidad penal de los Ppols, ya que los mismos no se encuentran mencionados en el art. 54 de su CP según el cual semejante excepción se refiere tan sólo al Estado federal, las regiones, las comunidades, las provincias, las "prézones", la aglomeración de Bruselas, las comunas, las zonas pluricomunales, los órganos territoriales intracomunales, la Comisión comunitaria francesa, la Comisión comunitaria flamenca, la Comisión comunitaria común y los Centros públicos de ayuda social. Pero así mismo ha de señalarse que no se ha dado ningún caso en el que llegase a plantearse la posible responsabilidad penal de un Ppol.

Portugal excluye, a su vez, según el art. 11.2 y 3 CP, tras la reforma de la Ley num. 59/2007, tan sólo al Estado y otras personas colectivas públicas, tales como las entidades públicas empresariales, las concesionarias de servicios públicos independientemente de su titularidad o las que ejerzan prerrogativas de poder público, y las organizaciones internacionales de Derecho público. Aunque de nuevo no ha existido ninguna experiencia en materia de responsabilidad penal de los Ppols, no sólo porque se considera al Ppol incluido en la categoría de los entes que ejercen prerrogativas de poder público sino también porquesu régimen se encuentra contemplado en una específica Ley de Partidos, correspondiendo la aplicación de sanciones exclusivamente al Tribunal Constitucional.

En Rumania, por su parte, se excluye tan sólo al Estado y a las entidades de Derecho público en el art. 19 CP. Sin ningún supuesto tampoco de exigencia de responsabilidad penal a Ppol alguno.

Existe ciertamente otro grupo de ordenamientos en los que se polemiza acerca de la posible responsabilidad penal del Estado.

Así sucede en Holanda, donde el CP (art. 51) no excluye la responsabilidad penal de las PPJJ de Derecho público, llegando al punto de que el propio Estado y las "*Autoridades descentralizadas*" han sido objeto de persecución penal por hechos delictivos cometidos por sus funcionarios, si bien la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en una importante Resolución de 25 de Enero de 1994, contra el criterio del órgano de instancia y a pesar de las

numerosas críticas que aludían a la vulneración del principio de igualdad, declaró que resultaban inadmisibles las acciones del Ministerio Fiscal en este sentido.[1198]

Por lo que se refiere a Francia, la única exclusión respecto de la posible RPPJ la constituye el Estado, de conformidad con el art. 121.1 CP, por lo que los Ppols pueden ser declarados penalmente responsables, si bien la sanción de este carácter a ellos aplicable sería tan sólo la pecuniaria (art. 131.19 CP), excluyéndose expresamente la posibilidad de cualquier otra pena (art. 131-39 CP).

Austria, según el art. 1 de la AORC[1199], sí que admite la responsabilidad penal de los Ppols.

Pero el único caso de enjuiciamiento penal de un Ppol del que tengamos noticia se produjo en Croacia, en 2012, cuando se impuso una multa a la Unión Demócrata Croata (HDZ), por un delito de financiación ilegal cometido por su Presidente Ivo Sanander, al amparo del art. 89 86) CP. El proceso se calificó por la doctrina como "experimento" y fue objeto de fuertes críticas.[1200]

En EEUU, por otra parte, la situación es muy compleja, vinculada a las peculiaridades de su sistema Federal y las relaciones entre los órganos de la Federación y de los distintos Estados federados, ya que, aunque para los entes públicos en general, como los "county" "city", "town", "village", etc., incluyéndose las empresas ("corporations") de titularidad estatal, rige el principio de la "sovereign immunity", lo cierto es que en algunas ocasiones y con determinados requisitos, hasta esos entes de Derecho público pueden ser sometidos a un régimen de responsabilidad, asimilándose a ello la posición de los Sindicatos ("Labor Unions"), a pesar de su carácter no lucrativo ("non profit associations").

Mientras que por lo que se refiere a los Ppols en ese país, si bien no existe una exclusión explícita de su posible responsabilidad penal y a pesar incluso del hecho de que genéricamente se hable de responsabilidad penal con un ámbito tan amplio como el de las

[1198] VERVAELE, J. "Societas/Universitas delinquere ed puniri potest, ¿La experiencia holandesa como modelo para España?", en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario". Pag. 27. Estudios de Derecho Judicial. 115/2007, CGPJ, pags. 44 y ss.
[1199] "Verbandsverantwortlichkeitsgesetz" o "Código de Responsabilidad Organizacional" de Austria.
[1200] Vid. Al respect MARSAVELSKI, A. "Responsability of political parties for criminal offences: preliminary observations, challenges and controversies"en Mapping the criminological landscape of the Balkans (GETHOS, ALBRECHT, KILCHLING, eds.), Duncker & Humboldt, Berlin, 2015, pág. 503 [citado por GIMENO BEVIÁ, J., "Problemas que plantea el enjuiciamiento penal de los partidos políticos" (en prensa), NOTA (18)].

"organizaciones"[1201], lo cierto es que, en la práctica, a pesar de la existencia de experiencias tan relevantes como la relativa al conocido "caso Watergate", no se encuentra supuesto alguno en el que se haya exigido esta clase de responsabilidad a una organización de tal clase.

En el caso español, sin embargo, hemos de concluir, retomando el hilo de nuestro discurso, en las dificultades de todo tipo que pueden derivarse de la consideración de los Ppols como posibles responsables penales, por lo que, según venimos afirmando, lo idóneo sería regresar al sistema de exclusión de estas PPJJ del régimen de RPPJ.[1202]

No obstante, como posibilidad alternativa, sería recomendable, al menos, que se le otorgue al Ppol el mismo trato que a las *"Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general"* que, tras la reforma de la LO 1/2015, son susceptibles de ser declaradas responsables penales, pero limitando las sanciones aplicables a la multa o la intervención judicial[1203], e incluso pudiendo poner en cuestión seriamente esta segunda posibilidad por las nocivas consecuencias que para la existencia misma de la formación podría también suponer.

No parece tener sentido, ni guardar la más mínima coherencia, el que si estas PPJJ reciben semejante trato singular[1204], sin duda porque *"El fundamento de dicha responsabilidad limitada a las dos sanciones estaría en que el órgano jurisdiccional no puede restringir una actividad de una sociedad que, por cumplir una función pública o de interés general, resulta esencial para la ciudadanía"*[1205], los Ppols, que como hemos visto son identificados por la propia norma constitucional como valedores del pluralismo político, concurriendo a la formación y manifestación de la voluntad popular y siendo instrumentos fundamentales para la participación política, sin embargo no merezcan un tratamiento similar al de aquellas Sociedades que ejecutan políticas públicas o prestan servicios de

[1201] Para un conocimiento exhaustivo y preciso de esta materia de nuevo ha de recurrirse a VILLEGAS GARCÍA, M.A., "La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas. La experiencia de EEUU", Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pags. 39 y ss.

[1202] En sentido contrario diversos autores como MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, cuando sostiene a lo largo de su texto la tesis de que se trata de un instrumento esencial para el reforzamiento de la propia democratización interna de los Ppols.

[1203] Art. 31 quinquies.2 CP.

[1204] Incluso frente al criterio contrario de la OCDE, según la CFGE 1/2016, pag. 33.

[1205] GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid 2016, pag. 99.

interés económico general[1206], abocándole a las consecuencias de penas interdictivas tan traumáticas finalmente como tendremos oportunidad de comprobar más adelante.[1207]

Y todo ello más aún si consideramos la convivencia en nuestro ordenamiento de este tipo de responsabilidad con el contenido de la Ley de Partidos políticos[1208], que ya prevé la posibilidad de imposición de severas sanciones, disolución incluida, para aquellas organizaciones que en su propia esencia y finalidad, no por los hechos delictivos concretos de cualquiera clase cometidos por sus integrantes, merezca la reprobación más enérgica y eficaz.[1209]

Así puede afirmarse que *"La regeneración democrática no debe ir ligada a una expansión precipitada del ius puniendi."*[1210]

Por último, y para concluir este apartado, no puedo sino sumarme a las brillantes reflexiones de DEL MORAL GARCÍA, A., al afirmar[1211]:

[1206] Para FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2016, p.63, *"...el criterio decisivo de exclusión ya no es el desempeño de políticas públicas o de interés general, como parecía en la versión original de 2010 y se defendió en la primera edición de este Tratado, sino la titularidad pública y el ejercicio de potestades públicas."*

[1207] Máxime cuando como dice DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español" en "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", De la Cuesta Azamendi, J.L. (Dtor.) y De la Mata Barranco, N.J., (Coord.), ED. Aranzadi,Cizur Menor (Navarra), 2013, pag. 78, "Las razones comúnmente aludidas para la exclusión de las entidades públicas del ámbito de la responsabilidad penal suelen reconducirse a la relevancia de su papel constitucional o de sus funciones públicas, que podrían verse muy negativamente afectadas en caso de procesamiento de la persona jurídica o por la imposición de sanciones penales, cuya aplicación resulta en algunos supuestos (vgr. Disolución o suspensión) hasta difícilmente imaginable."

[1208] Vid. Nota (1007).

[1209] Aunque también se haya sostenido, "sensu contrario", a propósito de la inicial exclusión de la responsabilidad penal del Ppol que *"Resulta hasta cierto punto paradójico que tal decisión político-criminal conviva con la vigencia de la Ley de Partidos políticos, donde se prevén auténticas penas –con independencia de matices nominalistas de escasa significación real- y que, en cierta manera, ha sido precursora directa de la introducción en nuestro ordenamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas"* [Vid. CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F., en "Comentarios a la Reforma Penal de 2010", dirigidos por ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pag. 78].

Y todo ello al margen de quienes critican enérgicamente el régimen sancionador derivado de la LOPP como, por ej., MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pags. 353 y ss., donde, entre otras cosas, dice que *"...la remisión a la normativa penal para regular los procedimientos internos de los partidos políticos denota una falta de imaginación por parte del regulador, y exceso de confianza en una rama del ordenamiento que debería ser la ultima ratio"*, pag. 161.

[1210] GIMENO BEVIÁ, J., "Problemas que plantea el enjuiciamiento penal de los partidos políticos" (en prensa).

[1211] DEL MORAL GARCÍA, A. en "Responsabilidad penal de Partidos Políticos", Ponencia elaborada para el curso "La Financiación ilegal de partidos políticos" celebrado los días 11 y 12 de julio de 2016 en Madrid dentro del plan de formación continuada para miembros de la Carrera Fiscal y dirigido por Myriam Segura Rodrigo, pag. 3.

"Es más que presumible que el buen criterio de nuestros órganos judiciales se impondrá y las sanciones (salvo casos patológicos: apariencias de partidos políticos creados con fines espurios como la obtención del censo) se limitarán a la multa. Pero la mera posibilidad de que legalmente un Juez de lo Penal pueda disolver o suspender la actividad de un arraigado partido político ajustándose a la legalidad ya es de por sí distorsionadora. No me agrada ni que exista la posibilidad que además puede convertirse en una irresistible tentación para que un partido político rival azuce, directa o indirectamente, a través de acusaciones populares. No diré que supone un atentado a la división de poderes: es obvio que no. Pero sí que genera unas formas de interferencias entre administración de justicia y vida política que no me parecen saludables[1212]*. No dudo de la necesidad de regeneración de la vida pública. Y no dudo de que uno de los caldos de cultivo de prácticas corruptas vienen constituidas por los problemas (o aparentes problemas) de financiación de los partidos políticos y la praxis tan mejorable que se ha extendido en ese campo. Pero no creo que la respuesta adecuada y proporcionada venga de la mano de esa exigencia generalizada e inmatizada de responsabilidad penal del partido político en los mismos términos que a una empresa. No obstante, pese a que no me parezca plausible, sin duda traerá beneficios: la amenaza de sanción penal debe erigirse en un fuerte mecanismo disuasorio para esas prácticas indeseables en las organizaciones políticas.*

Ahí está desde 2012 esa posibilidad que ya ha empezado a generar casos concretos con un gran partido político imputado (investigado según la renovada terminología legal). Es previsible que paulatinamente se vayan multiplicando los casos."[1213]

[1212] En sentido semejante también CAMACHO VIZCAÍNO Y CORTÉS LABADÍA, Partidos políticos y responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Revista "La Ley", n 8586, 20 de julio de 2015, pp. 1 y ss.

[1213] Por el contrario, según ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos", en "Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", ZUGALDÍA ESPINAR, J.Mª y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., ed. Aranzadi, Pamplona 2013, pag. 135, *"De un modo un poco enfermizo y obsesivo, determinados sectores doctrinales poco informados han creído ver siempre en la exigencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en general, un mecanismo que podía ser utilizado para la persecución y eliminación del "enemigo" político organizado. Y ahora, tras la reforma, la inclusión de los partidos políticos y los sindicatos en el círculo de posibles personas jurídicas criminalmente responsables, podía tener, por fin, la inconfesable finalidad de hacer posible la persecución política y la criminalización de los "grupos políticos de izquierda". Esta teoría conspirativa olvida que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas va referida a la prevención de la criminalidad económica, que es una criminalidad organizada que pertenece al ámbito del derecho Penal económico o Derecho Penal de los negocios y tiene como protagonista a la persona jurídica que "eventualmente delinque" ('¡aunque se trate de un partido político o sindicato!) realizando, en el transcurso de su actividad, en principio lícita, alguna actividad delictiva (v. gr.: fraudes fiscales o delitos contables)."* Tesis que, en mi opinión, la realidad ha venido a desautorizar toda vez que, en efecto, como sostiene DEL MORAL, en la práctica comprobamos diariamente cómo la judicialización de la vida política, en el sentido de la mera contienda política, viene fomentada por la presencia de los Ppols, de cualquier orientación, en causas seguidas contra otra formación de signo adverso.

Dicho todo lo cual, y manteniendo por consiguiente las serias dudas iniciales que suscita, desde el punto de vista estrictamente técnico, la previsión de una RPPJ aplicable al Ppol, tan sólo podría contemplarse la utilidad de la misma, siempre restringida a una sanción de carácter pecuniario exclusivamente, en orden a aquellos delitos relacionados con la corrupción, económica o política, en la que miembros de la organización política podrían tener un importante protagonismo, de modo que en estos casos, al menos, el control interno dirigido a la prevención de tal clase de infracciones cumpliría un claro objetivo de Política Criminal restringido a dicho ámbito.

4.3.- ¿ES OPORTUNA LA INTRODUCCIÓN DE LA "DELINCUENCIA ELECTORAL" EN EL INVENTARIO DE LAS INFRACCIONES SUSCEPTIBLES DE ACTUAR COMO REQUISITO PARA LA RPPJ, EN ESPECIAL EN REFERENCIA A LOS PPOLS Y, CASO DE SERLO, CUÁL DEBERÍA SER SU ALCANCE?

Como ya tuvimos oportunidad de exponer en otro lugar[1214], el sistema de RPPJ requiere, como exigencia necesaria para deducir esta clase de responsabilidad contra una PJ determinada, la comisión de un concreto delito por parte de alguna de las PPFF integrantes de la organización.

Pero ello no se produce con cualquier clase de infracción delictiva, sino que el Legislador español, con criterio más o menos acertado, ha establecido una serie cerrada de ilícitos como ámbito para la referida responsabilidad, de manera que sólo respecto de ellos y de ellos exclusivamente puede llegar a sostenerse la hipótesis de una condena para la PJ.

Carecemos de información, puesto que los Preámbulos legales no hacen alusión alguna a ellas, de cuáles pudieran ser los criterios selectivos aplicados para la elección de las figuras que se incorporan, o no, a ese elenco, inventario, de infracciones que delimitan el ámbito de la RPPJ, habiendo dado lugar a numerosas críticas que vienen a concluir en que *"ni están todas las que son, ni son todas las que están"*[1215] y que, en cualquier caso, dicho catálogo, basado en la actividad empresarial, resulta aún menos comprensible trasladado a

[1214] Vid. apdo. 3.3.
[1215] Vid. apdo. 3.4.1.

los partidos políticos.[1216]

Como ya se han analizado estas cuestiones con la suficiente extensión en un momento anterior, corresponde ahora detenernos en el extremo relativo a la conveniencia, o utilidad, de que la "*delincuencia electoral*" se incorpore también al mencionado catálogo de tipos penales propio de la RPPJ.

Sin perjuicio de las reflexiones contenidas en el apartado anterior, acerca de nuestra posición contraria a la existencia de una responsabilidad penal aplicable al Ppol,desde el punto de vista estrictamente técnico, hemos de afirmar ahora que, de existir semejante clase de responsabilidad, no se comprende el por qué la misma no haya de alcanzar al Ppol, cuando se den los siguientes requisitos establecidos para ello, en el ámbito de la "delincuencia electoral", que ha de encuadrarse dentro de la corrupción de carácter político.

Y si resultaba justificada, al menos en parte, la ausencia de mención de este extremo en la inicial regulación de la LO 5/2010[1217] puesto que, como ya vimos, en aquella redacción originaria se excluía expresamente al Ppol de toda posibilidad de responsabilidad penal, lo que no es comprensible es que en la actualidad, tras cuatro años después de su inclusión, ni en la Ley en que ésta se produce, la LO 7/2012, ni en posteriores reformas del CP, como la amplísima de la LO 1/2015, nuestro Legislador haya caído en la cuenta de llevar a cabo esa inclusión de los tipos penales especiales de contenido electoral, que puedan guardar relación con la actividad del Ppol, o de otras PPJJ, en el régimen de RPPJ.[1218]

El proceso electoral es, sin duda, el terreno, o uno de los terrenos al menos, más propios de la actividad de los Ppols y es obvio que, en él, pueden producirse conductas delictivas directamente vinculadas con las organizaciones en liza, como seguidamente comprobaremos.[1219]

No parece tener sentido, por ej., la previsión legal de una eventual responsabilidad

[1216] QUINTERO OLIVARES, G., "La responsabilidad penal de los partidos políticos como personas jurídicas", Actualidad Jurídica Aranzadi num. 849/2013-

[1217] Al igual que ocurrió con la LO 2/2011, que reforma la LOREG pero en un momento en el que aún no tenía cabida la responsabilidad penal de los P pols.

[1218] Ya se refirió expresamente a ello, en relación con los delitos de falsedades documentales, emisión irregular de votos, propaganda y encuestas electorales, alteraciones del orden y apropiaciones indebidas de fondos electorales, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos", en "Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", ZUGALDÍA ESPINAR, J.Mª y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., ed. Aranzadi, Pamplona 2013, pag. 139.

[1219] Un amplio análisis de la originaria vinculación entre la delincuencia electoral y la corrupción política en nuestro país en MESTRE, E., "Los delitos electorales en España (1812-1836)", Madrid 1976.

del Ppol por la comisión, en su seno y al margen del difícil concurso de otros requisitos legales como la exigencia de un beneficio para la PJ, de un delito de obtención o tráfico ilegal de órganos humanos[1220] y, sin embargo, que no entre en ese mismo círculo el falseamiento de las cuentas electorales[1221]

Por ello, es clara y tajante nuestra opinión de que, de seguir manteniéndose en el ordenamiento nacional la responsabilidad penal del Ppol, el Legislador debería proceder, en la primera oportunidad que se le ofrezca para ello, a incorporar al inventario de delitos que pueden actuar como precedente, o requisito, para la RPPJ, a los denominados "delitos electorales".[1222]

Pero ¿a todos ellos? ¿a todos los descritos en los arts. 139 a 150 LOREG? ¿sólo a algunos de ellos? Veremos.

Vamos pues seguidamente, para completar y definir adecuadamente nuestra propuesta en esta materia, a repasar cuáles de los tipos penales contemplados en la Ley especial merecerían cabalmente ese destino.

A tal fin, los criterios que hemos de manejar serán los siguientes:

* La posibilidad de que la infracción sea cometida por alguno de los sujetos, PPFF, que dentro del Ppol tenga la condición necesaria para cumplir las exigencias establecidas al respecto en el art. 31 bis CP. Aunque sin olvidar tampoco, dado el carácter de delitos especiales propios que, como ya vimos[1223], tan reiterativamente se presenta en la formulación de esta clase de infracciones electorales, las posibilidades de comisión por el "extraneus", extremo también analizado en su lugar.

* El que la conducta delictiva de esa PF pueda ser llevada a cabo con motivo de actos de representación o en el curso de actividades del Ppol de referencia.

[1220] Art. 156 bis.3 CP.
[1221] Art. 149 LOREG.
[1222] En este mismo sentido, por ej., ZUGALDÍA ESPINAR, "La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos", en "Revista de Derecho Penal y Criminología" 3ª época, nº 11 (enero de 2014) pag. 139, cuando hace referencia a los distintos tipos delictivos cuya presencia se echa en falta en el catálogo de figuras generadoras de RPPJ, *"...posiblemente esto mismo ha ocurrido respecto de los delitos previstos en la LO 5/1985, de 19 de Junio, del Régimen Electoral General. Debería tenerse en cuenta, en este sentido el Título I, Capítulo VIII, Sección Segunda de la Ley (Delitos electorales, arts. 140 a 150) relativos, entre otros, a las falsedades documentales, a la emisión irregular de votos, a la propaganda y encuestas electorales, a las alteraciones del orden o a las apropiaciones indebidas de fondos electorales."*
[1223] Vid. apdo. 2.2.2.1.

* Que fuere posible, al menos en algún supuesto, que el delito reporte cierta clase de beneficio al Ppol, en los términos y con el contenido que la Jurisprudencia ya ha comenzado a precisar acerca de esta cuestión.[1224]

En definitiva, se tratará de comprobar qué delitos, dentro del ámbito de lo electoral, guardan alguna vinculación, o relación, con el Ppol, sus integrantes y sus actividades, y que, por ende, son susceptibles de generar supuestos en los que se cumplan los requisitos exigidos por la norma para la RPPJ en general.

En este sentido estaríamos hablando de las siguientes figuras:

- Delitos susceptibles de ser cometidos, como autores, por los integrantes de los Ppols:

De entre los distintos delitos tipificados en la LOREG, un grupo amplio de los mismos, por su naturaleza de delitos especiales propios, como ya hemos dicho pocas líneas atrás, sólo pueden ser cometidos por determinadas personas que reúnen una serie de características (por ej. la de funcionario público), por lo que no es posible su autoría por parte de los integrantes del Ppol que no ostentan esa condición especial requerida para ello, sin perjuicio de otras formas de participación que más adelante se analizarán.

Sin embargo, otra serie de tales infracciones ofrecen una identificación del posible autor de carácter abierto, de manera que pueden ser autores de las mismas cualquier sujeto, incluidos aquellos que forman parte de la organización política como directivos de ella o subordinados a éstos.

Esas figuras delictivas son las siguientes:

* Propaganda electoral (art. 144.1 LOREG).

Obviamente la realización de actos de propaganda electoral una vez finalizado el plazo previsto para ello o la vulneración de las normas establecidas respecto de los carteles, reuniones u otros actos públicos de propaganda electoral, a los que se refiere la descripción del tipo penal del art. 144.1 LOREG, son conductas que pueden ser llevadas a cabo por cualquier sujeto, independientemente de otro requisito.

Por lo que la posibilidad de que se realicen también por las PPFF del Ppol que

[1224] STS 154/2016.

cumplan las condiciones del art. 31 bis CP es evidente e, incluso altamente probable pues, en definitiva, éstos tendrán un claro interés en favorecer al Ppol del que forman parte con la práctica de estas actividades irregulares, generalmente en más medida que la mayor parte del resto de ciudadanos.

A su vez, el posible beneficio para el Ppol en este caso parece lógico, en la práctica totalidad de las ocasiones, si atendemos al significado que en materia electoral cabe atribuir a ese requisito legal, de acuerdo con lo que más adelante se explicará.[1225]

* Delitos en materia de encuestas electorales (art. 145 LOREG).

Algo semejante al supuesto anterior sucede con el delito relativo a la infracción de la normativa en materia de encuestas electorales, si bien en este caso lo más habitual será que la comisión corresponda a los responsables o empleados de las empresas de demoscopia, ocupadas de estas cuestiones, o, en su caso, de los propios medios de comunicación que publican los resultados de las encuestas electorales.[1226]

No tendría sentido, por otra parte, la ejecución de estos actos infractores si no pretenden beneficiar, de alguna forma, al Ppol concreto de que se trate.

* Delitos tendentes a alterar el sentido del voto (art. 146.1 LOREG).

De nuevo, en la mayor parte de los casos lo más frecuente serán las PPFF relacionadas con los Pols, sus dirigentes o subordinados, quienes aparezcan como autores de las figuras contempladas en el art.146.1 LOREG, que tienden a alterar el sentido de los sufragios emitidos por los electores, bien en las formas de cohecho electoral, solicitando el voto para un determinado Ppol o induciendo a la abstención, mediante dádivas, remuneraciones o promesas, bien usando para los mismos fines o para descubrir el contenido secreto del voto violencia o intimidación, o también para alterar los controles de los emitidos, impidiendo o dificultando la entrada salida o permanencia en los locales del proceso electoral de los electores, candidatos, interventores o notarios.[1227]

Aquí sí que puede afirmarse la existencia de un claro beneficio, en la práctica totalidad de las ocasiones, para un Ppol determinado.

[1225] Vid. al respecto apdo. 4.5.4.
[1226] Lo que, por otro lado, supone un dato añadido más para la conveniencia de incorporar este tipo penal al inventario de aquellos que pueden generar una RPPJ, en general.
[1227] Cuando el autor de estas conductas fue un funcionario público el apdo. 2 del precepto prevé, además, una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a tres años de duración.

* Alteración del orden del acto electoral (art. 147 LOREG).

La grave perturbación del orden de un acto electoral o el penetrar en los locales portando armas o instrumentos capaces de un uso semejante a ellas, es otra de las conductas delictivas de posible comisión tanto por cualquier PF, en general, como por alguna de aquellas, en el seno del Ppol, a las que alude el art. 31 bis CP.

Aunque algo más difícil sería encontrar un beneficio para cualquiera de los Ppols en liza, toda vez que se trataría de conductas dirigidas a alterar el propio sistema electoral, no debe desecharse casuísticamente la posibilidad de beneficio para algún Ppol como consecuencia de hechos semejantes.

* Calumnias e injurias en campaña electoral (art. 148 LOREG).

En cuanto a las calumnias e injurias proferidas en la campaña electoral podría incluso sostenerse que serían delitos especiales, sólo susceptibles de ser cometidos con la condición de autor por los candidatos, sean considerados o no propiamente integrantes de los Ppols en la forma requerida por el art. 31 bis CP, a la vista de la expresión circunstancial de que tales infracciones han de cometerse en la campaña electoral, pero dada la referencia que el propio art. 148 LOREG hace al hecho de que se produzcan *"en el período"* de dicha campaña, lleva a entender que cualquier PF puede cometerlos, siempre que lo sea en ese espacio temporal, independientemente de quien los lleve a cabo.[1228]

Lo que, como es obvio, no excluye en modo alguno su perpetración también por aquellas PPFF cuya actuación puede ser requisito para la responsabilidad penal ulterior del Ppol.

Nuevamente será el examen de cada caso en concreto el que permitirá comprobar la existencia de algún beneficio para un Ppol con esta clase de imprecaciones, pero no es posible descartarlo completamente.

- Delitos que pueden cometer, como "extraneus" (inductores o cooperadores necesarios), las PPFF que forman parte de los Ppols:

Como ya se ha venido repitiendo, existen en la LOREG una serie de tipos penales que no admiten, por su carácter de figuras especiales propias, una autoría por parte de las PPFF, directivos o subordinados del Ppol, a las que el CP se refiere en su art. 31 bis.

[1228] Vid. apdo. 2.2.2.10.

Ello, no obstante, no es impedimento para la posibilidad de atribuirles, si se diera el caso, una participación a título de inductores o de cooperadores necesarios de conformidad con lo previsto en el art. 65.3 CP o, incluso y con carácter general, mediante la complicidad, figuras todas ellas susceptibles, en nuestra opinión, de cumplir el requisito exigido en el art. 31 bis CP respecto de la necesidad de que los delitos precedentes de la RPPJ sean "cometidos" por las PPFF a las que ese mismo precepto alude.

Esas infracciones para las que, con semejante tesis, también podría acabar originándose una ulterior responsabilidad penal del Ppol de referencia, serían:

* Delitos propios de los funcionarios públicos en materia electoral[1229], con abuso de su oficio (art. 140 LOREG) o sin él (art. 139 LOREG).

* Delitos cometidos por los votantes con infracción de los trámites para el Voto por correo (art. 141 LOREG), emitiendo varios votos o votando sin capacidad para ello (art. 142 LOREG).

* Delitos cometidos por los miembros de las Mesas Electorales, abandonando o incumpliendo sus funciones como tales (art. 143 LOREG).

* Actos de propaganda electoral por parte de ciertas personas, en concreto los miembros en activo de las Fuerzas armadas y Seguridad del Estado, de los Policías de las Comunidades Autónomas y Locales, los Jueces, Magistrados y Fiscales y los miembros de las Juntas electorales que difundan propaganda electoral o lleven a cabo otras actividades de campaña electoral (art. 144.2 LOREG).

Todos estos delitos, respecto de los que, como queda dicho, pueden participar las PPFF del Pol que reúnan las condiciones establecidas en el art. 31 bis CP, no como autores pero sí como inductores, cooperadores necesarios o cómplices de los hechos realizados por los funcionarios, votantes, miembros de las Mesas electorales, etc., ofrecen, según cada uno de los tipos penales citados y cada supuesto, una mayor o menor posibilidad de producir el efecto beneficioso, directa o indirectamente, para el Ppol al que pertenezcan los referidos partícipes, pero en todos ellos esa posibilidad impide excluir, "a priori" y de forma absoluta, la eventual existencia del meritado beneficio.

[1229] Entendida esta condición funcionarial con el amplio contenido que, en materia electoral, le asigna el art. 135.1 LOREG. Vid. apdo. 2.2.1.1.1.

- Delitos que, por su carácter especial propio, sólo pueden cometerse como autores por PPFF integrantes de los Ppols:

Finalmente, dos delitos de entre los examinados presentan la peculiaridad de que, tratándose como los anteriores, de tipos penales especiales propios, la condición de posible autor de los mismos recae en sujetos que integran la propia formación política y su estructura.

Se trata de:

* El falseamiento de la contabilidad electoral (art. 149 LOREG).

La referencia expresa a los *"administradores generales y de las candidaturas"* como únicos autores posibles de este delito le convierte, como venimos repitiendo, en un infracción de clara naturaleza "especial propia", restringida a dichos sujetos del proceso electoral.

Y aunque la LOREG no establezca la obligatoriedad de que se trate de un miembro del Ppol[1230], ya que únicamente se dispone a este respecto que: *"Puede ser designado administrador electoral cualquier ciudadano, mayor de edad, en pleno uso de sus derechos civiles y políticos"* y, tan sólo, que además *"No podrán ser designados administradores electorales las personas en quienes concurra la circunstancia a la que se refiere el párrafo b) del apartado 2 del artículo 6 de la presente ley"*[1231], excluyendo también de esa posibilidad a los propios candidatos[1232], añadiendo incluso que *"Los representantes de las candidaturas y los representantes generales de los partidos, federaciones o coaliciones pueden acumular la condición de administrador electoral"*[1233], lo más lógico, y habitual en la práctica, es que esa persona designada forme parte del Ppol cuyas cuentas administra con plena responsabilidad propia[1234], máxime cuando respecto de los representantes nos dice la Ley: *"Los administradores de las candidaturas son designados por escrito ante la Junta Electoral Provincial correspondiente por sus respectivos representantes en el acto de presentación de dichas candidaturas"*[1235], siendo por otra parte los representantes,

[1230] En su caso también de las federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores que concurran a un determinado proceso.
[1231] Art. 123.1 LOREG.
[1232] Art. 123.3 LOREG.
[1233] Art. 123.2 LOREG.
[1234] Art. 122.2 LOREG.
[1235] Arts. 174.2 y 192.2 LOREG.

designados por el propio Ppol ante la Junta Electoral correspondiente[1236], quienes *"actúan en nombre de los partidos, federaciones y coaliciones concurrentes"*[1237], es decir, quienes cumplen con el requisito subjetivo de la PF autora del delito susceptible de desencadenar la responsabilidad penal de la organización, a la que se refiere el apdo. 1 a) del art. 31 bis CP.

De modo que puede afirmarse que dicho requisito subjetivo inicial quedaría incluido, en tanto que, por lo que se refiere al beneficio derivado para el Ppol como consecuencia de la comisión del delito por el Administrador o, en su caso, el Representante/Administrador del Ppol, su presencia será casi inevitable habida cuenta de que el aumento o disminución, por cualquier medio, de las partidas contables que gestionan o el incorrecto reflejo en las mismas de aportaciones o gastos, no perseguirá otra finalidad que alguna clase de beneficio para la organización que les había designado.

* La apropiación indebida de fondos electorales (art. 150 LOREG).

Dos problemas plantea, no obstante, esta infracción a los efectos que aquí nos interesan, es decir, para su inclusión en el elenco de tipos penales vinculados con la responsabilidad penal del Ppol.

En primer lugar, porque su equivalente, la apropiación indebida genérica, prevista en el art. 252 CP, no forma parte del inventario de delitos vinculado a la RPPJ, a pesar de las numerosas críticas que tal omisión ha merecido por buena parte de la doctrina.[1238]

Y, por otro lado, porque será muy difícil, por no decir imposible, encontrarnos con un supuesto en el que se cumpla el requisito del beneficio, directo o indirecto, para el Ppol, como consecuencia de la comisión de este ilícito, toda vez que, precisamente, si de la apropiación por la PF de los fondos electorales se trata, lo lógico es que sea el propio Ppol, titular del contenido económico de esas cuentas, el perjudicado, antes que beneficiado, por la conducta típica.

[1236] Arts. 43.1, 168.1 y 186.1 LOREG.
[1237] Art. 43.2 LOREG.
[1238] En este sentido, por ej., DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de personas jurídicas: notas con ocasión de la reforma de 2015", Revista del Ministerio Fiscal 0 (2015), No obstante algunos autores, como MAZA MARTÍN, J.M., en "Los delitos de carácter económico en la persona Jurídica", en "Responsabilidad penal de Personas Jurídicas en la Gestión económica de la Empresa", Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pag. 83, se justifica esta situación con base en *"…la proximidad de relación entre ciertos supuestos de apropiaciones indebidas y el delito de administración desleal, que por razones obvias no puede ser fuente de responsabilidad para la persona jurídica a semejanza de cualesquiera de las figuras incluidas en los delitos societarios"*. Argumento que, en mi opinión, se ve aún más reforzado tras la reforma de la LO 1/2015 y la nueva redacción del art. 252 CP.

Quizá, por todo ello, podríamos prescindir de este delito, pero, no obstante, el que se trate de un caso excepcional entre todos los supuestos analizados y que la prudencia aconseja la no exclusión aislada de un único supuesto, dentro de la delincuencia electoral, cuando la realidad pudiera en algún caso, ahora es cierto que difícilmente previsible, en el que concurran todas las exigencias normativas para declarar la responsabilidad del Ppol, nos lleva a concluir en la conveniencia de incluir también esta figura delictiva en el conjunto de los delitos electorales de cara a complementar el catálogo correspondiente.

Por consiguiente, como acaba de advertirse, en realidad existe una posibilidad, más o menos remota pero en cualquier caso cierta, de que concurran todos los requisitos establecidos para configurar un supuesto de RPPJ respecto de la totalidad de los denominados "*delitos electorales*".

Bien porque se trata de tipos penales que exclusivamente pueden ser cometidos por PPFF relacionadas con el Ppol en la forma exigida en el art. 31 bis, bien porque éstas puedan cometerlos como cualquier otro ciudadano o, en cualquier caso, siendo posible su participación en otros supuestos a través de la figura del "extraneus", este inicial requisito subjetivo es susceptible de concurrir en todas las infracciones delictivas de carácter electoral.

Mientras que la estrecha relación entre los Ppols y el proceso electoral conduce, con facilidad, a la eventual concurrencia tanto de la clase de actividad, la propia del Ppol, en la que la infracción se produce, como la hipótesis de un resultado beneficioso para la organización consecuente a la conducta delictiva de las PPFF en los referidos delitos, de acuerdo con las conclusiones, respecto de ambos requisitos legales y de sus peculiares características en materia electoral, que más adelante se alcanzarán.[1239]

Por ello, llegamos a la conclusión de que lo más acertado sería una remisión global a todo el contenido de la Sección Segunda, del Capítulo VIII del Libro I, es decir, a la integridad de las figuras delictivas que en esos preceptos se contemplan, desde un art. 150 bis LOREG, con el siguiente contenido encabezándolo: *"Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en esta Sección, se le impondrán las siguientes penas: …"*

[1239] Vid. apdos. 4.5.3 y 4.5.4.

4.4.-¿EXISTE ALGUNA ESPECIALIDAD EN MATERIA DE CULPABILIDAD PARA LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL PPOL?

En un principio podría afirmarse que en materia de culpabilidad vale para el Ppol todo lo dicho ya en su momento[1240] a propósito de la RPPJ en general.

Por consiguiente, resulta igual de aplicable al Ppol la tesis de que la responsabilidad penal de estas organizaciones ha de basarse, por obligación legal y constitucional, en criterios de reproche apoyados en la comisión de un hecho propio (auto-responsabilidad) no, por transferencia, del tipo penal ejecutado por un tercero PF (hetero-responsabilidad)[1241] y, dando un paso más, que el fundamento de esa culpabilidad, en el caso de la PJ, se aloja en la evidencia de una cultura, ínsita en la misma, de no conformidad con el Derecho, que se concreta y pone de relieve, a efectos de su cabal acreditación y valoración, en la ausencia de modelos de gestión tendentes a la evitación de los delitos e, incluso, de la colaboración con las Autoridades, cuando el ilícito se hubiera producido, para la constatación de los hechos delictivos y la identificación de sus autores, aplicando instrumentos, eficaces y suficientes "a priori", para dar cumplimiento a las referidas exigencias legales, en la forma y con los medios disponibles en cada caso. De modo que la vía de la eximente prevista en los apartados 2 y 5 del art. 31 bis no debe agotar las posibilidades de defensa de la PJ, especialmente la de aquella que por su tamaño o escasez de recursos se vea incapaz de cumplir con los exigentes requisitos enumerados en ese precepto.

En consecuencia, como decimos, una primera aproximación a la cuestión que ahora nos ocupa ha de partir de esos principios generales que acaban de exponerse con la mayor concisión posible.

No obstante, todo este esquema general, en el supuesto concreto de la responsabilidad penal del Ppol se ve seriamente alterado por un dato añadido: la obligación que para las organizaciones políticas impone el nuevo art. 9 bis de la LO 6/2002, de Partidos Políticos[1242], acerca de la necesidad ineludible de que deban contar con protocolos de

[1240] Vid. apdo. 3.1.5.4.

[1241] *"Es decir, no basta con que uno de sus afiliados o empleados delinca en su seno. También para el delito de la persona jurídica es necesaria la realización por la misma de un hecho ilícito de forma culpable"*, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos", en "Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", ZUGALDÍA ESPINAR, J.Mª y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., ed. Aranzadi, Pamplona 2013, pag. 137.

[1242] Texto incorporado con el apartado ocho del artículo segundo de la L.O. 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos, por la que se modifican la L.O. 8/2007, de 4 de

cumplimiento penal ("compliance").

Dice así el citado preepto: *"Los Partidos Políticos deberán adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión, a los efectos previstos en el art. 31 bis del Código Penal."*

De modo que son precisamente los PPpols las únicas PPJJ que, no como una opción más para el cumplimiento de las obligaciones legales derivadas del nuevo régimen de RPPJ y de sus finalidades de Política Criminal con la mirada puesta en la aplicación futura de una eximente que facilite la pronta exclusión del procedimiento penal sino por imposición legal inevitable y en todos los supuestos, deben de disponer de un "*sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión",* en la propia expresión de la norma, "compliance" en la terminología anglosajona universalmente utilizada.[1243]

El impacto de una exigencia semejante en el tratamiento de la responsabilidad penal de los PPpols es considerable y, en mi opinión, gravemente perjudicial, al fracturar claramente cl esquema general del régimen de RPPJ antes descrito, toda vez que incorpora un elemento objetivo con clara repercusión en la valoración subjetiva de la culpabilidad de la organización.

No se trata de un requisito más de esa responsabilidad penal, a semejanza de los generales establecidos en el art. 31 bis CP (delito del catálogo correspondiente, cometido por PF integrada en la PJ en los términos normativamente establecidos y en representación o dentro de la actividad propia de la PJ y beneficio, directo o indirecto, de la misma como consecuencia de esa infracción penal) sino de un nuevo elemento, expresivo de la ausencia de cultura jurídicamente ortodoxa, cuya omisión evidencia, por sí sola la presencia de un comportamiento culpable y, por ende, la procedencia del castigo.

En efecto, a partir de tal momento, el 1 de Abril de 2015, fecha de entrada en vigor de la obligación, aquel Ppol en cuyo seno se cometa uno de los tipos penales de referencia y carezca de los mencionados "sistemas de prevención y supervisión" podría ser condenado, por flagrante incumplimiento de la legalidad establecida, independientemente de la

julio, sobre financiación de los Partidos Políticos, la L.O. 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos y la L.O. 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas («B.O.E.» 31 marzo), vigente desde el 1 de Abril de 2015.

[1243] Curiosamente las otras PPJJ sobre las que pende una obligación semejante en nuestro país son los equipos de fútbol profesional, si bien en su caso no se trata de imposición legal sino de la normativa interna para poder participar en las correspondientes competiciones deportivas organizadas por la Liga, a partir de la temporada 2016/17.

existencia de otras alternativas posibles que pudieran evidenciar aquella "cultura de fidelidad al Derecho", distintas de la "compliance", en relación con las posibilidades y capacidades reales de la organización.

Y es que, en un primer momento, se han de volver a plantear las razones, de verdadera justicia material, por las cuales resultaba obligado introducir alternativas más "suaves" en orden a la exigencia de acreditación de una correcta voluntad de acatamiento a la norma, en el ámbito de la RPPJ, razones que no son otras que las de la evidencia de PPJJ, PPpols en esta ocasión, que por su tamaño y medios disponibles no son capaces, independientemente de sus deseos, de implantar complejos sistemas de control, al menos en la forma y con las características establecidas en los apdos. 2 y 5 del repetido art. 31 bis CP.

Estamos pensando en la inmensa mayoría de esos más de 4600 Ppols existentes en nuestra Nación[1244], de acuerdo con el dato que ya ofrecimos líneas atrás, cuyas dimensiones ni posibilitan ni justifican la existencia de complejos "sistemas" de prevención penal.

De aceptar tales planteamientos, a los que al parecer nos conduce la existencia de la norma y la obligación que en ella se establece, se produciría el indeseable efecto de coartar la posibilidad de creación de esas pequeñas organizaciones políticas, con la evidente repercusión en las mismas libertades públicas de nuestra ciudadanía, ante su incapacidad para cumplir la Ley en este extremo.

Incluso cabría preguntarse si no sería coherente con dicha exigencia legal la comprobación, como un requisito más para autorizar la inscripción del Ppol, de la real existencia de los instrumentos de control de obligado cumplimiento.

Evidentemente unas consecuencias tales no pueden permitirse. Y, por ello, en búsqueda de una solución razonable al problema planteado, deberíamos comenzar reflexionando sobre qué interpretación habrá de hacerse del meritado precepto, especialmente con la vista puesta en los Ppols de pequeño tamaño a los que nos venimos refiriendo.

Porque la Ley habla de "sistemas de prevención y supervisión" y automáticamente el pensamiento se dirige al contenido del art. 31 bis CP y lo que en él se dice acerca de las características y requerimientos de los "modelos de organización y gestión" allí contemplados.

[1244] Vid. apdo. 4.2.

Pero, de nuevo, eso no puede aceptarse con carácter de generalidad. Y al igual que hacíamos a la hora de sostener que el referido precepto del Código Penal tan sólo señalaba un camino para la rápida aplicación de la circunstancia exoneradora, a disposición, tan sólo, de aquellas PPJJ que pudieran permitírselo, pero sin agotar con ello las posibilidades de acreditación de una verdadera "cultura de cumplimiento" o "de fidelidad al Derecho", como fundamento de la inculpabilidad de la PJ, ahora, en relación con los Ppols, y a pesar de la aparente claridad de la obligación legal de la que venimos hablando, habrá también que extender esa amplia posibilidad entendiendo que pudieran existir distintos grados en función de las características, propias y específicas, de cada organización sometida a escrutinio en cada concreto enjuiciamiento.

Es decir, que el grado de exigencia de los contenidos del "sistema" deberá valorarse en consideración a las circunstancias del caso, y por consiguiente de forma casuística y sin pensar en un único "modelo" aplicable a todas las organizaciones.

Así considero superado el primero de los graves problemas que el art. 9 bis LOPP, nos plantea y quedaría resuelta la cuestión, en línea con la estructura general de la RPPJ también para los Ppols de pequeñas dimensiones, manteniendo la idea de que lo importante, en materia de culpabilidad, es la comprobación de la existencia de mecanismos de control que permitan afirmar la clara voluntad de una "cultura de cumplimiento", adaptada a cada circunstancia.

Pero no es ésta la única cuestión que aquí se suscita, en orden al tratamiento de la culpabilidad de los PPpols en general, pues nos queda aún por examinar qué repercusiones se proyectan, en este caso, sobre los de mayor tamaño y capacidades.

El problema en este momento se plantea, por consiguiente, en relación con la incidencia que pudiera tener la inclusión de la obligación legal de incorporación de sistemas de prevención penal y supervisión a la que venimos refiriendo en la construcción de la culpabilidad propia del Ppol en general.

Y es que esa influencia acaba siendo una realidad, ya que si partíamos de que el fundamento de la referida culpabilidad de la PJ, según nuestra interpretación del escenario que dibuja en esta materia el Código Penal, no era otro que el de la inexistencia de una adecuada "cultura de cumplimiento", incorporada a la estructura propia del ente colectivo, distinta de la de cada una de las PPFF que la integran y de todas ellas en su conjunto, lo que

va más allá de las específicas previsiones y exigencias legales para la aplicación de la causa de "*exención de la responsabilidad*" a la que se refieren expresamente los apartados 2 y 5 del vigente art. 31 bis CP, de modo que lo importante es la plasmación que esa "cultura" ofrece en las diferentes alternativas de instrumentos de control preventivo de la comisión de infracciones penales en su seno, el hecho de que se introduzca, como un elemento objetivo más del injusto del Ppol, la ausencia de los "sistemas de prevención penal y supervisión", obligadamente nos remite a la toma en consideración, a efectos de determinar la concurrencia o no de la conducta culpable, de ese importante aspecto de la concurrencia o no de los meritados "sistemas", independientemente o, mejor, como paso previo, pero imprescindible, para el ulterior examen de la solvencia y eficacia del contenido y la aplicación de los mismos.

En suma, se trata de un requisito legal más, aplicable en exclusiva a los Ppols, tendente a configurar la existencia de culpabilidad, y en definitiva de responsabilidad, de estas organizaciones, ante la comisión del delito en su seno por la PF correspondiente.

Ahora bien, dicho lo anterior, creemos que tampoco en este caso nos obliga la norma a abdicar de nuestros criterios en esta cuestión, llegando a soluciones distintas a las alcanzadas en el régimen general de la RPPJ.[1245]

Y ello puesto que, en línea con lo que anteriormente decíamos, a propósito de los específicos problemas que la exigencia legal provoca en relación con los Ppols de pequeñas dimensiones y medios reducidos, no deberíamos caer en el error de considerar que la referencia normativa a los "*sistemas de prevención penal y supervisión*", del art. 9 bis LOPP debe entenderse, y extenderse, a un tipo de "modelos de organización y control" con las características propias de la circunstancia exonerante del art. 31 bis CP.

Es más, contemplado atentamente, puede resultar significativo el que la Ley Orgánica de Partidos Políticos, en su versión actual, no utilice, para identificar a esos instrumentos, la misma denominación legal que la utilizada en el Código Penal.

Lo que nos permite considerar que la tan repetida obligación legal se reduce a algo en plena coherencia con nuestras tesis, como lo es el hecho de apoyar el que la culpabilidad propia del Ppol guarda relación con la existencia de mecanismos de control preventivo y de supervisión, habida cuenta de que, sin ellos, se produce un incumplimiento de la norma

[1245] Vid. apdo. 3.5.1.4.

suficiente para afirmar la consecuencia condenatoria, inviable como sabemos, en nuestro ordenamiento, si no la precede una constatación de culpabilidad concurrente.

De hecho, si el Código Penal se hubiera servido de un enunciado semejante, a la hora de hacer referencia al régimen general de RPPJ, y no convirtiera la existencia de tales mecanismos en una causa de "*exención de la responsabilidad*", sino en obligación reveladora, en todo caso, de la existencia de una preocupación por ajustarse al mandato legal que, guiado por las razones de Política Criminal reiteradamente aludidas que no son otras que precisamente la existencia de tales controles[1246], ello habría dado el positivo resultado de identificar, correctamente, dónde se encuentra la obligación cuyo cumplimiento es requerido a la PJ, directa y significativamente, con la contrapartida de la afirmación de su culpabilidad en caso de incumplimiento de semejante mandato.

Porque, en definitiva, la existencia de herramientas de control constituye siempre, e independientemente de sus características concretas adaptadas a la PJ de que se trate, la base misma del sistema y nuestro objetivo no es otro, precisamente, que el poner de relieve y en primer plano que esa es precisamente la finalidad de la norma, el fundamento de su existencia y que, por lo tanto, la presencia o no de conducta culpable que hace a la PJ acreedora al castigo depende de este elemento nuclear de la culpabilidad propia de la organización para cualquier PJ, en general, o para el Ppol en particular.[1247]

A partir de ahí y considerando, como ya hicimos antes, que la inconcreción del contenido y requisitos de los "*sistemas*" a los que alude la Ley Orgánica de Partidos Políticos, invita a entender que estamos ante una exigencia de sentido abierto y adaptable a la circunstancias concretas de cada PJ, que lo único que busca es la constatación de la actitud de la estructura de la organización respecto de lo que la Ley espera de ella, que no es sino la contribución en la evitación de conductas infractoras de las PPFF mediante la existencia y aplicación de medidas preventivas, en primer lugar, y de colaboración con la represión de los ilícitos si el delito cometido no llegó a prevenirse adecuadamente, toda vez que a prevenir y a supervisar es a lo que se refiere la norma.

Y todo esto máxime cuando evidente y lógico es afirmar que los Ppols no se encuentran tampoco excluidos de la apelación a la circunstancia de exención de la

[1246] Vid. apdo. 3.2.
[1247] Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos", en "Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., ed. Aranzadi, Pamplona 2013, pag. 137.

responsabilidad, para el concreto caso en el que se dé cumplimiento a los estrictos requisitos del art. 31 bis.2 y 5 CP, lo que obliga a entender que "sistemas de prevención penal y supervisión" no se identifican, en sus exigencias y contenidos, con los denominados "modelos de organización y gestión", acogiendo los primeros, en definitiva, una mayor amplitud de alternativas, con la única referencia de su capacidad para evidenciar, en cada caso concreto, esa "fidelidad al Derecho" que se exige a la PJ, en este momento al Ppol, no tanto como eventual causa de "exención de responsabilidad" sino como ausencia de culpabilidad por su parte en relación con el hecho delictivo cometido por la PF en su seno.

De esta manera, lejos de configurar una peculiaridad distorsionante, propia del régimen específico de la responsabilidad penal del Ppol, el art. 9 bis LOPP, su presencia en nuestro ordenamiento, entendida conforme acabamos de explicar, vendría ser otra muestra más, en este caso quizá definitiva, de que el régimen de RPPJ, en su conjunto, responde a criterios de auto-responsabilidad, cifrada en la existencia o no de mecanismos preventivos y de control, como manifestación de una "cultura de cumplimiento".

4.5.- ¿QUÉ PECULIARIDADES SUSCITAN LOS REQUISITOS LEGALES EXIGIDOS PARA LA EXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL PPOL EN MATERIA ELECTORAL?

Hemos de proseguir nuestro examen pasando ahora al análisis de las posibles especialidades que, en materia de responsabilidad penal del Ppol, presentan los requisitos generales para declarar la RPPJ contemplados en el art. 31 bis CP:

4.5.1.- En orden al delito precedente. El caso especial del delito de financiación ilegal de los Ppols.

En relación con las distintas PPJJ existen una serie de delitos, dentro del inventario de referencia[1248], que son de posible aplicación prácticamente en todos los supuestos, otros especialmente para esa o esas concretas PPJJ de las que se trate y, finalmente, un tercer

[1248] Vid. apdo. 3.4.1.

grupo de infracciones cuya presencia en la actividad de la PJ es remota o prácticamente imposible.

Otro tanto ocurre, como es lógico, con los Ppols.

Delitos como los relacionados con la prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis CP), el medio ambiente (art. 328 CP), los relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 343.3 CP), la salud pública (art. 366 CP), el tráfico de drogas (art. 369 bis CP), falsificación de moneda (art. 386.5 CP) o de tarjetas de crédito (art. 399 bis CP), contrabando (art. 2.6 LRC), etc., son de muy difícil aparición en la responsabilidad penal del Ppol, esencialmente por la dificultad para vincularlos con la posible producción de un beneficio para tal organización, en los términos que más adelante vamos a ver.[1249]

Frente a los anteriores, otros tipos penales son de fácil aparición en el Ppol, como en el resto de las PPJJ con carácter general. Nos referimos, por ej., al descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 quinquies CP), la estafa (art.251 bis CP), los daños informáticos (art. 264 quáter CP), el delito fiscal (art. 310 bis CP), etc.[1250]

Y entre aquellos más específicos para el ámbito que nos ocupa, además de los electorales a los que nos hemos referido anteriormente y hoy aún sin incorporarse al catálogo legal al efecto[1251], nos encontraríamos con otros muy significativos como el blanqueo de capitales (art. 302.2 CP), cohechos (art. 427 bis CP), tráfico de influencias (art. 430 CP), provocación al odio, discriminación o violencia (art. 510 bis CP)[1252], etc.[1253]

[1249] Vid. apdo. 4.5.4.

[1250] Se trata de aquel "bloque" que *"... vendría constituido por por los delitos económicos vinculados al ámbito empresarial en relación a la actividad de esa naturaleza (no estrictamente política) de un partido (alquiler de locales, pagos debidos, condición de empleador..."* DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de los Partidos Políticos", Ponencia elaborada para el curso "La Financiación ilegal de partidos políticos" celebrado los días 11 y 12 de julio de 2016 en Madrid dentro del plan de formación continuada para miembros de la Carrera Fiscal y dirigido por Myriam Segura Rodrigo, pag. 14.

[1251] *"...llama la atención que hayan quedado al margen los delitos electorales"* [Vid. DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de los Partidos Políticos", Ponencia elaborada para el curso "La Financiación ilegal de partidos políticos" celebrado los días 11 y 12 de julio de 2016 en Madrid dentro del plan de formación continuada para miembros de la Carrera Fiscal y dirigido por Myriam Segura Rodrigo, pag. 14] y ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos", en "Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", ZUGALDÍA ESPINAR, J.Mª y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., ed. Aranzadi, Pamplona 2013, pag. 139.

[1252] *"Mención específica precisan los delitos de odio (art. 510 CP): su amplitud y la posibilidad de que no se acote bien en la forma que antes se ha sugerido el círculo de sujetos capaces de arrastrar al partido político al ámbito penal con su actuación, puede dar pábulo a un campo bien abonado para la proliferación de querellas y la judicialización del debate político",* Infracciones calificadas en relación con el Ppol como *"más connaturales con sus características específicas"* [Vid. DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de los Partidos Políticos", Ponencia elaborada para el curso "La Financiación ilegal de partidos políticos"

Se trata, en todos estos últimos tipos delictivos y algún otro más, de conductas muy vinculadas con la actividad propia del Ppol.[1254]

Con todo, la infracción que de forma más específica e importante puede relacionarse con la responsabilidad penal del Ppol, incluso en relación con las actividades electorales de la organización, es la de su financiación ilegal[1255] (art. 304 bis CP, puesto que respecto del supuesto del 304 ter no cabe la RPPJ).[1256]

Este delito de financiación ilegal del Ppol, introducido en el Código con la reforma operada por la LO 1/2015 mediante la configuración de un nuevo Título XIII bis, dentro de su Libro II bajo el epígrafe *"De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos"* (arts. 304 bis y 304 ter)[1257], sanciona, por primera vez en nuestro ordenamiento[1258], tanto a

---

celebrado los días 11 y 12 de julio de 2016 en Madrid dentro del plan de formación continuada para miembros de la Carrera Fiscal y dirigido por Myriam Segura Rodrigo, pag. 14].

[1253] Infracciones calificadas, en relación con el Ppol, como *"más connaturales con sus características específicas"*, por DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de los Partidos Políticos", Ponencia elaborada para el curso "La financiación ilegal de partidos políticos" celebrado los días 11 y 12 de julio de 2016 en Madrid dentro del plan de formación continuada para miembros de la Carrera Fiscal y dirigido por Myriam Segura Rodrigo, pag. 14.

[1254] *"Nótese en todo caso que el primer caso de imputación de un partido político versa sobre un delito de daños informáticos que a priori pudiera parecer que no es de los más propicios para tener virtualidad alguna en este campo",* Infracciones calificadas en relación con el Ppol como *"más connaturales con sus características específicas"* [Vid. DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de los Partidos Políticos", Ponencia elaborada para el curso "La financiación ilegal de partidos políticos" celebrado los días 11 y 12 de julio de 2016 en Madrid dentro del plan de formación continuada para miembros de la Carrera Fiscal y dirigido por Myriam Segura Rodrigo, pag. 14].

[1255] Como ya puso de relieve la doctrina, como ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos", en "Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., ed. Aranzadi, Pamplona 2013, pag. 139.

[1256] Sobre las razones sociopolíticas que promovieron esta incriminación se citan: la aparición de casos de financiación ilegal en los medios de comunicación, la indignación social por tales casos de corrupción, la presión internacional al respecto (Informe GRECO de 2013, por ej.) o el cuestionamiento por diversas razones, políticas y de funcionamiento, del Tribunal de Cuentas encargado de la supervisión y control de la actividad económica de los Ppols. BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., "Corrupción y política: el delito de financiación ilegal de partidos políticos", en "The social science post", "Derecho", 7 de Septiembre de 2016, pag. 3.

De otro lado también se alude a *"la preocupante cuestión de la corrupción "*, como justificación suficiente la incriminación de estas conductas, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., "Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos", en "Estudios sobre el Código Penal reformado", Ed. Dykinson, Madrid 2015, pag. 677.

Para un examen detallado de la evolución de esta figura penal a lo largo de la Historia en Derecho comparado vid. MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pags. 21 y ss.

[1257] Se critica esta ubicación legal por considerar inadecuada su posición tras los delitos contra el patrimonio y orden socio económico y antes de las infracciones contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social ya que ello parece no estar en consonancia con el bien jurídico protegido, que le remitiría más a los tipos relacionados con la Administración pública, en el Título XIX, o con la Constitución, con lo que el Legislador parece revelar que para él la naturaleza de estos ilícitos se corresponde con la de los "delitos socioeconómicos". Así SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., "Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos", en "Estudios sobre el Código Penal reformado", Ed. Dykinson, Madrid 2015, pag. 660.

quienes entreguen, por sí o por persona interpuesta, o acepten o reciban donaciones ilegales destinadas a un Ppol, federación coalición o agrupación de electores o que participen en estructuras u organizaciones cuyo principal objeto sea el de financiar ilegalmente a un Ppol, federación, coalición o agrupación de electores.[1259]

Delito, por consiguiente, claramente enmarcado en la actividad propia del Ppol[1260], del que son serios candidatos para su comisión, al menos especialmente en algunas de las distintas figuras que lo componen, precisamente las PPFF integrantes de esa organización y reportando un indudable beneficio económico para la misma, por lo que se ubica, de modo muy evidente, en la tipicidad delictiva precursora de la responsabilidad penal de estas formaciones[1261], razón que nos lleva, dada también su vinculación con las posibilidades electorales derivadas de la existencia, si bien ilegal, de mayores fondos con posible destino a

---

MAROTO CALATAYUD, M., por su parte, como evidencia de la ausencia de claridad en esta materia, lo que afecta incluso a la identificación del bien jurídico protegido, nos recuerda las diferentes propuestas legislativas de los diferentes grupos parlamentarios en cuanto a la ubicación del tipo de financiación ilegal del Ppol y ante la indefinición en la que, respecto de este concreto extremo, incurría el Proyecto de Ley propuesto por el Gobierno del PP. Tales propuestas eran las siguientes: UPyD (que en 2011 había propuesto la tipificación autónoma como una forma del delito de corrupción entre particulares en el art. 286 bis) como art. 445 bis, después de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales; PSOE en los arts. 304 bis a 304 quinquies; COMPROMIS en 422 bis y 422 ter; y EAJ-PNV, entre los delitos relativos al mercado y a los consumidores, como art. 286 bis.
A su vez, OLAIZOLA NOGALES, "La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción. Una propuesta de regulación penal" Ed. Tiranto lo Blanch, Valencia 2014, pags. 203 y ss., proponía su propia configuración de este delito, que se fraccionaría en distintos subtipos aplicados a los delitos de cohecho, tráfico de influencias y malversación (arts. 432 y 433 CP).
Por otro lado, también NIETO MARTÍN, A., "Financiación ilegal de partidos políticos (arts. 10-13", en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., "Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo: eurodelito de corrupción y fraude", Ed. Universidad de Castilla-LA Mancha, Cuenca 2006, pags. 117 y ss., ofreció su propuesta de tipificación, esencialmente como norma penal en blanco.

[1258] Tan sólo los delitos de falsedad de cuentas electorales y de apropiación indebida de fondos electorales (arts. 149 y 150 LOREG, vid. apdos. 2.2.2.11 y 2.2.2.12) cubrían mínimamente este ámbito delictivo, según MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pag. 230.

[1259] Incluso ya antes de la introducción de esta figura delictiva en nuestro ordenamiento, ya decía al respecto, comentando la previsión exclusiva de las infracciones de financiación irregular en la norma administrativa (LOFPP), ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos", en "Revista de Derecho Penal y Criminología" 3ª época, nº 11 (enero de 2014) pag. 140*: "Esta situación legislativa/sancionadora, que desde luego no evita las eventuales responsabilidades criminales en las que puedan incurrir las personas físicas que actúen en el ámbito del partido para lograr su financiación ilegal, podría tener sentido en la medida de que una persona jurídica (y el partido político lo es) no podía incurrir en responsabilidad criminal. Pero ahora que la reforma ha abierto esta posibilidad, resulta de todo punto obligado que los partidos políticos (y también los sindicatos) asuman también su responsabilidad criminal en los casos de financiación ilegal. Y ello mediante un procedimiento que es normal en nuestro Derecho: reservando la responsabilidad (y la sanción) administrativa para los casos de ilícitos menos graves y estableciendo responsabilidades (y sanciones) penales para los casos de ilícitos más graves."*

[1260] También, por supuesto, la de las PPJJ que realicen donaciones ilegales al Ppol.

[1261] Si bien excluyendo de este ámbito la financiación de federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores que, como en su momento ya adelantábamos (vid. apdo.4.2.), carecen de personalidad jurídica propia. Respondiendo por lo tanto, en ese caso, tan sólo las PPFF autores del los ilícitos.

las correspondientes campañas[1262], a dedicarle unas líneas, porque la financiación de los Ppols *"…no es sino la obtención de recursos para el desarrollo de su actividad y el cumplimiento de sus funciones, de forma que es un elemento cualificado que puede condicionar la actuación de tan importantes instrumentos del sistema democrático."*[1263]

De modo que *"…la libertad de los partidos políticos en el ejercicio de sus atribuciones quedaría perjudicada si se partiese como fórmula de financiación de un modelo de liberalización total ya que de ser así, siempre resultaría cuestionable la influencia que en una determinada decisión política hubieran podido ejercer las aportaciones procedentes de una determinada fuente de financiación y romper la función de los partidos políticos como instituciones que vehiculan la formación de la voluntad popular."*[1264]

Aún cuando, *"Más allá de las razones políticas, más allá de las posibles lagunas de punición, que o serán en la medida en que se considere que tales conductas deben estar tipificadas, independientemente de que haya delitos que se puedan aplicar o no a los supuestos de financiación ilegal, la razón que me parece importante para valorar si la tipificación penal autónoma del delito de financiación ilegal de los partidos políticos es o no necesaria será la verificación de si hay o no uno o varios bienes jurídicos específicos merecedores de protección penal."*[1265]

Interrogante que se responde en sentido afirmativo toda vez que, al exigir la Democracia "objetividad"[1266], no resulta tolerable que otros factores, como la corrupción inscrita en la aportación descontrolada e ilegal de fondos a los Ppols, puedan afectar a la necesaria igualdad de la concurrencia ideológica y quebrantar el interés máximo de la fidelidad de la organización a los programas políticos ofertados a los electores, favoreciendo, precisamente, los objetivos particulares perseguidos por quienes se ganan, de

[1262] Recordemos, no obstante, que en la actualidad los Ppols se nutren de subvenciones públicas en un porcentaje en torno al 80%, según DE LA NUEZ, E., "Partidos políticos y transparencia", en "Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos", Dtores: Adán Nieto y Manuel Maroto Calatayud, Univ. Castilla-La Mancha, Cuenca 2014, pag. 163.
[1263] SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., "Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos", en "Estudios sobre el Código Penal reformado", Ed. Dykinson, Madrid 2015, pag. 664.
[1264] De la Exposición de Motivos de la LO 8/2007, de 4 de Julio, sobre financiación de partidos políticos.
[1265] OLAIZOLA NOGALES, I., "El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del Código Penal", Diario La Ley num. 856, 10 Abril 2015, pag. 1.
[1266] GARCÍA ENTERRÍA, E., "Democracia, jueces y control de la Administración", Ed. Civitas, Madrid 2000, pags. 123 y ss.

esta forma ilícita, la voluntad del Ppol así financiado.[1267]

De hecho, *"La normativa que regula la financiación de los partidos políticos debe servir al cumplimiento de los siguientes objetivos finales: permitir a los partidos la posibilidad de gozar de suficiente autonomía financiera para cumplir sus funciones; posibilitar y hacer efectiva la promoción de la igualdad de oportunidades entre los partidos políticos; reforzar las conexiones entre los partidos y la sociedad; y, ante todo, ser un una financiación transparente, concepto que se nos presenta esencial en esta materia."*[1268]

Por ello, no hay duda de que el bien jurídico representado y protegido por este concreto tipo penal no es otro que el del normal y limpio desenvolvimiento de unos procesos encaminados a hacer realidad las aspiraciones de los electores, mediante el correcto ejercicio de la función representativa de los Ppols, como expresión del pluralismo, en régimen de igualdad con las otras opciones ideológicas en liza[1269], lo que obviamente nos remite, en gran número de casos, a la actividad electoral, teniendo en cuenta que la financiación pública de los Ppols atiende a dos objetivos esenciales: *"…estabilizar un sistema de partidos financieramente deficitario, y a introducir elementos de control público sobre la vida financiera de los partidos, evitando o aminorando la creación de relaciones de dependencia del poder económico."*[1270]

[1267] Desde la LO 3/1987 se consideran como fuentes lícitas de financiación del Ppol tanto las subvenciones públicas como las aportaciones privadas, integradas éstas por las cuotas abonadas por sus afiliados como las donaciones de terceros cumpliendo las previsiones legales y bajo el doble control de las auditorías internas y del Tribunal de Cuentas.

[1268] GARCÍA-PANDO MOSQUERA, J.J., "Las cuentas de la Democracia", en "Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos", Dtores: Adán Nieto y Manuel Maroto Calatayud, Univ. Castilla-La Mancha, Cuenca 2014, pag. 132.

[1269] NAVARRO MÉNDEZ, J.I., "Partidos políticos y democracia interna", Ed. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid 1999, pags. 236 y ss.

Para PUENTE ALBA, L.M., "Financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis CP), en "Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015", González Cussac, J.L:, dtor. Ed Tiranto lo Blanch, Valencia 2015, pag. 950, este bien jurídico sería el *"…correcto funcionamiento del sistema democrático de partidos, caracterizado por la transparencia en su financiación, por la igualdad de todas las formaciones políticas, y por la necesaria confianza de los ciudadanos en este sistema."*

Mientras que SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., "Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos", en "Estudios sobre el Código Penal reformado", Ed. Dykinson, Madrid 2015, pag. 666, considera que *"…el bien jurídico a tutelar mediante la incorporación del nuevo título relativo a la financiación ilegal de los partidos políticos es de forma concreta el "normal desarrollo de las funciones constitucionalmente atribuidas a los partidos políticos (funciones de garantía del pluralismo político, de conformación y manifestación de la voluntad popular, y de desarrollo de la participación política), procurando garantizar su ejercicio en los términos de libertad e igualdad que el artículo 6 del texto constitucional propone".*

[1270] MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pag. 137.

Así, la figura delictiva se configura, en nuestro CP, como norma penal en blanco[1271], por la remisión que en la misma se contiene a los arts. 5.1[1272] y 7.2[1273] de la LO 8/2007, de 4 de Julio, sobre financiación, en este caso legal, de los Ppols.[1274]

Por otro lado, se contemplan dos diferentes clases de infracciones delictivas:

- La financiación ilegal "activa" del Ppol, federación coalición o agrupación de electores, consistente en *"la acción de hacer llegar donaciones o aportaciones a cualquiera de los anteriores fuera de lo previsto en la LOFPP en la remisión antes expresada del art. 304 bis CP"*[1275], con la utilización del término nuclear "entregar", entendido tal hecho como *"hacer llegar físicamente el dinero al partido político y si se trata de donaciones en especie hacerlo así igualmente o concluir las formalidades que se*

[1271] Estaríamos además ante un delito que estructuralmente es de mera actividad y que por consiguiente no requiere resultado alguno causalmente vinculado con la financiación irregular, con las importantes consecuencias prácticas que ello conlleva, como la difícil construcción de formas imperfectas de ejecución. Sin que, por otro lado, se encuentren legalmente previstos, como punibles, los actos preparatorios (conspiración, proposición o provocación).
También se trata, a semejanza del cohecho, de uno de los denominados delitos "plurisubjetivos de encuentro", al contemplarse la posibilidad de castigo tanto para el donante como el receptor, BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., "Corrupción y política: el delito de financiación ilegal de partidos políticos", en "The social science post", "Derecho", 7 de Septiembre de 2016, pag. 4.
Este carácter de norma en blanco y la forma en la que se plantea la remisión generalizada a preceptos de la LO 8/2007 no sólo suscita problemas en orden a disfunciones del contenido recíproco de ambos regímenes sino que, además, *"…no facilitan la aprehensión de su significación penal…"* e, incluso, llegaría a plantear problemas de constitucionalidad, desde la perspectiva del principio de legalidad penal, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., "Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos", en "Estudios sobre el Código Penal reformado", Ed. Dykinson, Madrid 2015, pag. 662.

[1272] Art. 5.1 LO 8/2007: **"***Los partidos políticos no podrán aceptar o recibir directa o indirectamente:*

a) Donaciones anónimas, finalistas o revocables.

b) Donaciones procedentes de una misma persona superiores a 50.000 euros anuales.

c) Donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica.

Se exceptúan del límite previsto en la letra b) las donaciones en especie de bienes inmuebles, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 4.2, letra e)."

Debemos dejar aquí constancia de la crítica de OLAIZOLA NOGALES, I., "El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del Código Penal", Diario La Ley num. 856, 10 Abril 2015, pag. 5, a la prohibición absoluta de donaciones a los Ppols por parte de cualesquiera PPJJ, pues esa prohibición *"no las eliminará sino que únicamente las ocultará"*, resultando más práctico la adopción de ciertas precauciones en forma de impedimento de donaciones finalistas, procedentes de empresas públicas o de las que tengan alguna dependencia de decisiones administrativas, los préstamos concedidos por entidades de crédito o limitando las correspondientes cuantías.

[1273] Art. 7.2 LO 8/2007: *"Los partidos no podrán aceptar ninguna forma de financiación por parte de Gobiernos y organismos, entidades o empresas públicas extranjeras o de empresas relacionadas directa o indirectamente con los mismos."*

[1274] Con el precedente en la LO 3/1987, de 2 de Julio, y modificada por la LO 3/2015.

[1275] MUÑOZ CUESTA, F.J., "Delitos de financiación ilegal de partidos políticos", Revista Aranzadi Doctrinal num. 5/2015, pag. 7.

exigen en los supuestos de bienes inmuebles"[1276], suponiendo que la entrega de esta clase de bienes pueda considerarse incluida en el tipo.[1277]

- La financiación ilegal "pasiva", la que más interés tiene para el presente estudio, consistente en la "recepción" con destino a un Ppol, federación, coalición o agrupación de electores, de donaciones o aportaciones infringiendo lo previsto en el art. 5.1 LOFPP.

No cabiendo, por otra parte, la forma culposa, al no estar contemplada expresamente en la norma[1278], aunque sí el dolo eventual, puesto que no se requiere que el hecho se cometa a sabiendas de la infracción de la LOFPP.[1279]

La tipificación de este delito comprende tanto figuras básicas como especialmente cualificadas, en razón al importe de la donación efectuada o recibida y teniendo en consideración el origen nacional o extranjero de la misma, e, incluso un supuesto hipercualificado, por su *"especial gravedad"*.

Diversas son las críticas, por otra parte plenamente fundadas y tanto de fondo como de forma, que han merecido estos preceptos por parte de un amplio sector de la doctrina.[1280]

La propia técnica legislativa utilizada, a la que acabamos de referirnos, describiendo una figura con la naturaleza de norma penal en blanco, merece comentarios como el siguiente, en relación con la descripción incluida en los arts. 304 bis y ter CP: *"La técnica utilizada para castigar penalmente los ilícitos que afectan a la financiación de un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, como hemos anunciado anteriormente, ha sido la de remisión del Código Penal a la norma concreta que regula el aspecto de la financiación del partido político, técnica que hemos reprochado en muchas ocasiones como poco ajustada al principio de legalidad, pero si se contiene en el texto legal*

[1276] MUÑOZ CUESTA, F.J., "Delitos de financiación ilegal de partidos políticos", Revista Aranzadi Doctrinal num. 5/2015, pag. 8.
[1277] Vid. más adelante crítica al respecto.
[1278] Art. 12 CP.
[1279] MUÑOZ CUESTA, F.J., "Delitos de financiación ilegal de partidos políticos", Revista Aranzadi Doctrinal num. 5/2015, pag. 5.
[1280] De modo muy señalado en este aspecto OLAIZOLA NOGALES, I., "El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del Código Penal", Diario La Ley num. 856, 10 Abril 2015, pag. 1 y SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., "Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos", en "Estudios sobre el Código Penal reformado", Ed. Dykinson, Madrid 2015, pag. 661, que se refiere a defectos como *"...la indefinición del bien jurídico que se pretende tutelar; lo inapropiado de su técnica de tipificación: una norma penal en blanco en el caso del artículo 304 bis; un delito de "pertenencia" a estructura u organización, con un cierto deje de derecho penal de autor, en el artículo 304 ter; la indefinición de los términos; lo desproporcionado de las penas; complicadas relaciones con otras figuras delictivas que genera."*

la parte nuclear o esencial del tipo delictivo habrá que aceptar esa forma de tipificación como correcta, aunque no sea lo deseable y en los delitos que nos ocupan es más que discutible que lo esencial del tipo penal se halle en el CP, más al contrario se manifiesta como claro que lo determinante de la conducta está en la LO 8/2007 modificada por la LO 3/2015…".[1281]

Pero no es ésta, evidentemente, la única cuestión objeto de debate doctrinal a la hora de analizar el delito de financiación ilegal del Ppol.

Así, se pone de relieve también el solapamiento entre la norma administrativa[1282] y la penal[1283], toda vez que, sobre conductas sin una clara delimitación intrínseca, se simultanean las sanciones administrativas previstas en el art. 17 bis[1284] de la LO 8/2007 y las penas

[1281] MUÑOZ CUESTA, F.J., "Delitos de financiación ilegal de partidos políticos", Revista Aranzadi Doctrinal num. 5/2015, pag. 2.

[1282] Art. 17 LO 8/2007: *"Dos. Serán consideradas infracciones muy graves: a) La aceptación de donaciones o aportaciones que contravengan las limitaciones o requisitos establecidos en los artículos 4, 5, 7 y 8. Tendrán idéntica calificación la asunción, por terceras personas, de los gastos del partido en los términos indicados en el artículo 4.tres, así como aquellos acuerdos sobre condiciones de deuda que infrinjan la prohibición contenida en el artículo 4.cuatro."*

[1283] Art. 304 bis CP: *"1. Será castigado con una pena de multa del triplo al quíntuplo de su valor, el que reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5.Uno de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos.*

2. Los hechos anteriores serán castigados con una pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa del triplo al quíntuplo de su valor o del exceso cuando:

a) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 5.Uno, letras a) o c) de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, de importe superior a 500.000 euros, o que superen en esta cifra el límite fijado en la letra b) del aquel precepto, cuando sea ésta el infringido.

b) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 7.Dos de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, que superen el importe de 100.000 euros.

3. Si los hechos a que se refiere el apartado anterior resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

4. Las mismas penas se impondrán, en sus respectivos casos, a quien entregare donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, en alguno de los supuestos de los números anteriores.

5. Las mismas penas se impondrán cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, una persona jurídica sea responsable de los hechos. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Art 304 ter CP: *"1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, el que participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley.*

2. Se impondrá la pena en su mitad superior a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones.

3. Si los hechos a que se refieren los apartados anteriores resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado."

[1284] Art. 17 bis LO 8/2007:

establecidas en estos dos artículos del Código, con la grave consecuencia de dejar en la indefinición, para un mismo hecho, cuál habrá de ser la respuesta legal[1285], lo que se ve agravado, además, al no incluirse como infracción administrativa la conducta del donante, que siempre habrá de ser castigado por lo tanto penalmente frente a la posibilidad de que el receptor de esa ilegal financiación lo fuera administrativamente tan sólo.[1286]

"Uno. Por la comisión de infracciones muy graves se impondrán las siguientes sanciones: a) Por las infracciones previstas en el artículo 17 apartado dos a) una sanción cuyo importe irá del doble al quíntuplo de la cantidad que exceda del límite legalmente permitido, de la cantidad asumida por el tercero o de la cantidad condonada, según proceda. b) Por las infracciones previstas en el artículo 17 apartado dos b), una multa pecuniaria proporcional del duplo al quíntuplo del exceso de gasto producido. c) Por las infracciones previstas en el artículo 17 apartado dos c), una sanción de un mínimo de cincuenta mil euros y un máximo de cien mil euros.

En ningún caso las sanciones previstas en los apartados a) y b) serán inferiores a cincuenta mil euros.

Dos. Por la comisión de infracciones graves se impondrán las siguientes sanciones:a) Por las infracciones previstas en el artículo 17 apartado tres a), una multa pecuniaria de entre veinticinco mil y cincuenta mil euros más una multa pecuniaria equivalente al cien por ciento del beneficio neto obtenido mediante la realización de las actividades mercantiles. b) Por las infracciones previstas en el artículo 17 apartado dos b), una sanción cuyo importe irá del doble al quíntuplo del exceso del gasto producido sin que en ningún caso pueda ser inferior a veinticinco mil euros. c) Para el resto de las infracciones graves, una sanción de un mínimo de diez mil euros y un máximo de cincuenta mil euros.

Tres. Por la comisión de infracciones leves se impondrán las siguientes sanciones: a) Por la infracción prevista en el artículo 17, apartado tres a), una multa pecuniaria de entre cinco mil y diez mil euros. b) Por la infracción prevista en el artículo 17, apartado tres b), una sanción cuyo importe irá del doble al quíntuplo del exceso del gasto producido, sin que en ningún caso pueda ser inferior a cinco mil euros.

Cuatro. El Tribunal de Cuentas vigilará que las sanciones se hagan efectivas antes del libramiento de la siguiente subvención y que se detraiga su importe en el caso de no haber sido satisfechas.

En aquellos casos en que el partido político sancionado no tenga derecho a la percepción de subvenciones, el Tribunal de Cuentas requerirá al citado partido para que proceda al ingreso del importe correspondiente a la sanción en el Tesoro Público.

Cuando un partido político no haga efectivo el pago de la sanción impuesta, el Tribunal de Cuentas dará traslado a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria para que ésta proceda a su recaudación en periodo ejecutivo."

[1285] Un posible criterio para la solución de esta situación es el que ofrece BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., "Corrupción y política: el delito de financiación ilegal de partidos políticos", en "The social science post", "Derecho", 7 de Septiembre de 2016, pag. 5, al interpretar una *"prevalencia del orden penal sobre el administrativo"*, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 17 LO 8/2007 cuando dispone que *"…el Tribunal de Cuentas acordará la imposición de sanciones al partido político que cometa alguna de las infracciones que se tipifican en este artículo, siempre que no constituya delito."* Solución que en nuestra opinión resulta insatisfactoria pues nos remite a la decisión de nuevo de qué ha de entenderse por ese *"constituya delito"*.
Por su parte, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., "Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos", en "Estudios sobre el Código Penal reformado", Ed. Dykinson, Madrid 2015, pag. 671, ofrece dos posibles soluciones para determinar qué régimen: el penal o el sancionador administrativo, resulta en cada caso de aplicación: o bien se sigue la postura de que todos los hechos que infrinjan el art. 17.2, con los requisitos del 5.1, LO 8/2007 serán delito dado el contenido de la cláusula inicial del art. 17 que sitúa en el ámbito administrativo sólo aquellos hechos que *"no constituyan delito"* o se busca la solución distinguiendo entre los supuestos en los que se "recibe", punibles, y aquellos en los que se "acepta" la donación, sancionables administrativamente.

[1286] En este sentido OLAIZOLA NOGALES, I., "El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del Código Penal", Diario La Ley num. 856, 10 Abril 2015, pag. 3 sostiene, a mi juicio con todo acierto, que *"…el primer párrafo del art. 304 bis debe eliminarse y la conducta del donante en esos casos debe ser incluida como infracción administrativa."* Y en sentido idéntico también BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., "Corrupción y política: el delito de financiación ilegal de partidos políticos", en "The social science post",

A su vez, el empleo del término *"reciba"*, en relación con las donaciones irregulares o ilícitas, para describir la acción típica que describe el precepto, diferente del *"aceptar"*, utilizado en la norma administrativa[1287], lleva a la consideración de que en el delito han de participar al menos tres sujetos: el que da, el que recibe en nombre del Ppol y éste mismo que finalmente se aprovecha de la ilícita financiación, de forma que, aunque propiamente no pueda afirmarse que estamos ante un delito especial propio, porque la recepción de las donaciones la puede llevar a cabo cualquier persona, en la práctica, el hecho de que el destinatario final sea la formación política lleva a que la PF autora de la infracción no pueda ser otra que aquella que tiene capacidad, por representación, apoderamiento o condición de administrador, respecto del Ppol, con lo que se estaría dando automáticamente cumplimiento al primero de los requisitos del art. 31 bis CP para originar la RPPJ y, con ello, se confirma la estrecha relación de este delito y la responsabilidad penal de los Ppols.[1288]

"El autor de la conducta típica es el que recibe las donaciones o aportaciones. Este será, en principio, una persona que tenga capacidad legal o representación del partido político a donde van destinadas. Así, en primer lugar será, en atención al art. 14 bis LOFPP, el responsable de la gestión económico-financiera, que tiene a su cargo la tarea económica del partido, el que deberá recibir las donaciones como persona encargada de estas cuestiones. Pero eso no impide que su presidente, su secretario general u otras personas cualificadas sean las que hagan la recepción del dinero o bienes muebles o inmuebles que puedan entregarles terceros, sin que veamos inconveniente en que cualquiera que tenga vinculación con el partido, un simple afiliado, reciba dinero destinado a aquél, siempre que concurran los demás elementos que exige la norma."[1289]

Así mismo, se echan en falta en la norma penal otros supuestos de "donaciones" irregulares, no contempladas en la norma administrativa citada, aunque sí en distintos

"Derecho", 7 de Septiembre de 2016, pag. 5, aunque excluye de ese "solapamiento" tanto la conducta de entrega de donaciones, puesto que la LO 8/2007 sólo castiga la aceptación por el Ppol, como, la que se lleva a cabo a través de persona interpuesta.

[1287] Lo que lleva, entre otros autores, a MUÑOZ CUESTA, F.J., "Delitos de financiación ilegal de partidos políticos", Revista Aranzadi Doctrinal num. 5/2015, pags. 5 y 8, a sostener la ausencia de atipicidad del hecho de la mera aceptación por el Ppol de la donación, requiriéndose, para que sea delito, la efectiva "recepción", con la consecuencia añadida de la imposibilidad de calificar como tentativa la simple "concertación" para la entrega, desde el punto de vista de la "financiación activa".

[1288] Vid. al respecto SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., "Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos", en "Estudios sobre el Código Penal reformado", Ed. Dykinson, Madrid 2015, pag. 669. Y también PUENTE ALBA, L.M., "Financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis CP), en "Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015", González Cussac, J.L:, dtor. Ed Tiranto lo Blanch, Valencia 2015, pag. 952.

[1289] MUÑOZ CUESTA, F.J., "Delitos de financiación ilegal de partidos políticos", Revista Aranzadi Doctrinal num. 5/2015, pag. 4.

preceptos de la propia LO 8/2007, como la financiación ilegal procedente de las "*subvenciones*" públicas, mencionadas sin embargo en los arts. 2.1 y 3 de la referida LO, las "*condonaciones*" de las entidades de crédito, que sí que se citan en su art. 4.4, o las contribuciones privadas provenientes de personas extranjeras que sobrepasen los 500.000 euros[1290] o, incluso, la donación de inmuebles.[1291]

Mientras que sí que se incluyen en este precepto, por su remisión al art. 7.2 LO 8/2007, las donaciones procedentes de Gobiernos, organismos o empresas extranjeras, si bien incurriendo en este caso en un flagrante error técnico al configurarse como una supuesta forma agravada sobre la figura recogida en el apartado anterior lo que, como ha puesto correctamente de relieve la doctrina[1292], es en realidad un tipo autónomo, habida cuenta de que su contenido en nada se relaciona con el del art. 5.1 de la referida LO al que se remite el tipo "básico".[1293]

A su vez, el hecho de que el supuesto especialmente agravado, incorporado al párrafo tercero del art. 304 bis CP, se refiera a la *"especial gravedad de los hechos"* como criterio para un incremento muy relevante del castigo, con inclusión de una pena de prisión de hasta cuatro años de duración, nos remite al empleo de un concepto jurídico

---

[1290] De nuevo acertadamente cuestiona esta situación OLAIZOLA NOGALES, I., "El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del Código Penal", Diario La Ley num. 856, 10 Abril 2015, pag. 4, a cuyo entender el defecto originario estriba en establecer tan sólo límites cuantitativos, ausentes incluso en algún supuesto, y no atender a otros criterios de mayor relevancia para determinar el carácter punible de la conducta, atendiendo al bien jurídico protegido, como la suficiencia de la cuantía de la donación, incluso por debajo del límite legal, para hacer efectiva la compra de la voluntad de los responsables políticos o la procedencia pública de las cantidades ilegalmente donadas, proponiendo como solución del todo correcta para superar estas deficiencias el que *"En estos supuestos no se debe acudir a la técnica de la ley penal en blanco, sino que en los delitos clásicos contra la Administración deberían preverse cláusulas que recogiesen aquellos supuestos en los que se ve favorecido un partido político a través de la conducta delictiva del funcionario público."*
BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., "Corrupción y política: el delito de financiación ilegal de partidos políticos", en "The social science post", "Derecho", 7 de Septiembre de 2016, pag. 6, también añade, en el capítulo de las conductas injustificadamente omitidas en el CP aunque sí se encuentran en la LO 8/2007, la sunción de gastos del Ppol por terceras personas o la entrega de donaciones a Fundaciones vinculadas a Ppols, que la autora dice son *"práctica cotidiana en nuestro páis"*.

[1291] MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pag. 319. Aunque hay que tener también en cuenta que el art. 4 LOFPP alude no sólo a las donaciones en dinero sino también en especie e, incluso, de bienes inmuebles, como recuerda MUÑOZ CUESTA, F.J., "Delitos de financiación ilegal de partidos políticos", Revista Aranzadi Doctrinal num. 5/2015, pag. 4.

[1292] SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., "Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos", en "Estudios sobre el Código Penal reformado", Ed. Dykinson, Madrid 2015, pag. 667.

[1293] En efecto, causa cierta sorpresa el que, en este caso de la especial procedencia de las donaciones, cuando la cuantía no exceda ls 100.000 euros estemos ante una simple infracción administrativa, y si lo supera pase a ser, directamente, un supuesto penal agravado, sin pasar en ningún caso por el tipo básico como parecería ser lo más lógico, MUÑOZ CUESTA, F.J., "Delitos de financiación ilegal de partidos políticos", Revista Aranzadi Doctrinal num. 5/2015, pag. 6.

indeterminado, interpretable por ello judicialmente, e inconcreto a la hora de fijar su contenido[1294], planteando si éste ha de ser meramente cuantitativo, como algún autor sostiene[1295], o si es posible, en opinión que comparto, el que entren aquí algunas consideraciones de otro orden[1296], como los datos relativos a aspectos ya aludidos con el carácter de factores que también tiñen de una mayor gravedad la conducta: la procedencia pública de los fondos donados, por ejemplo.[1297]

Es cierto que en lo que se refiere a la posibilidad de que la donación se realice por *"persona interpuesta"*[1298], como forma de ocultación, se olvidan otros supuestos con finalidad semejante como el fraccionamiento de la donación para no alcanzar las cantidades previstas como límite mínimo para la infracción.[1299]

Las diferentes penalidades previstas para cada uno de los tipos son, igualmente, objeto de críticas. Así, se alude tanto a lo leve de las penas previstas, especialmente en cuanto a lo excesivo que puede resultar el establecer en los 500.000 euros el límite mínimo para la posibilidad de imposición de penas privativas de libertad[1300], como el evidente error técnico, de mayor interés para nuestro objeto, en el que incurre el Legislador cuando, refiriéndose a los supuestos de RPPJ en relación con este tipo penal, se dispone la imposición a la PJ/Ppol de *"las mismas penas"* que las establecidas para la PF autora de la infracción, lo que obviamente resulta en algún caso, como la prisión, absurdo, sin que quepa otra interpretación que la de entender que la referencia se dirige exclusivamente a *"las*

[1294] PUENTE ALBA, L.M., "Financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis CP), en "Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015", González Cussac, J.L:, dtor. Ed Tiranto lo Blanch, Valencia 2015, pag. 954.

[1295] En esta línea, por ej., OLAIZOLA NOGALES, I., "El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del Código Penal", Diario La Ley num. 856, 10 Abril 2015, pag. 4.

[1296] En la misma línea, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., "Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos", en "Estudios sobre el Código Penal reformado", Ed. Dykinson, Madrid 2015, pag. 675.

[1297] Vid. Nota 1080 y *"La especial gravedad a que se refiere esta norma entendemos puede `roceder en un primer lugar cuando el valor de lo donado sea diez veces superior a la cantidad que se dispone en cada caso como agravación simple o en segundo lugar por las especial finalidad o intención qyue pueda tener el donante en los respectivos casos sancionados como delictivos, que pueda revelar una contradicción evidente con el fin social que debe guiar al partido político"* [Vid. MUÑOZ CUESTA, F.J., "Delitos de financiación ilegal de partidos políticos", Revista Aranzadi Doctrinal num. 5/2015, pag. 7].

[1298] Mención innecesaria quizá, toda vez que *"...la autoría mediata prevista en el párrafo primero del art. 28 CP, ya prevé esa actuación de servirse de otro para perpetrar el delito"*, MUÑOZ CUESTA, F.J., "Delitos de financiación ilegal de partidos políticos", Revista Aranzadi Doctrinal num. 5/2015, pag. 8.

[1299] OLAIZOLA NOGALES, I., "El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del Código Penal", Diario La Ley num. 856, 10 Abril 2015, pag. 4.

[1300] MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pag. 319.

mismas penas" de multa tan sólo.[1301]

En relación con el art. 304 ter, en cuyo estudio no debemos detenernos en esta ocasión pues el tipo penal que contempla no está incluido, sorprendentemente quizá, en el catálogo específico de figuras relacionadas con la RPPJ y, por tanto, con la de lo Ppols[1302], pueden criticarse cabalmente[1303] inconcreciones graves como la referente a qué se ha de entender por *"participar"* en las estructuras u organizaciones que financien ilegalmente a Ppols o si estas organizaciones han de tener esa finalidad como exclusiva o pueden también dedicarse a una actividad lícita, planteando igualmente obvios problemas concursales cuando el mismo sujeto cometa simultáneamente las dos conductas de ambos artículos, 304 bis y 304 ter, no exigiéndose en este último precepto además cuantía mínima alguna[1304], junto, por último, a la nueva mención del concepto jurídico indeterminado de la *"especial gravedad"* de los hechos, como criterio para el importante incremento de las penas previstas en el supuesto de los dirigentes de las organizaciones.[1305]

Puede cuestionarse también el apartado punitivo del texto legal en relación con esta nueva figura delictiva, en su sistemática general como en algunos aspectos concretos, pues, por ejemplo, no se entiende por qué el castigo es más severo en el art. 304 ter que en el 304 bis.[1306]

Concluye, en definitiva, uno de los autores cuyo estudio de este tipo penal hemos venido siguiendo fundamentalmente hasta aquí diciendo: *"Como conclusión sobre estos preceptos se puede decir que adolecen de defectos tanto de carácter formal como de fondo.*

[1301] SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., "Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos", en "Estudios sobre el Código Penal reformado", Ed. Dykinson, Madrid 2015, pag. 679.

[1302] Entre otros, un análisis de interés de este precepto en SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., "Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos", en "Estudios sobre el Código Penal reformado", Ed. Dykinson, Madrid 2015, pags. 681 y ss.

[1303] OLAIZOLA NOGALES, I., "El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del Código Penal", Diario La Ley num. 856, 10 Abril 2015, pag. 4.

[1304] Cuantía que, por otra parte, cuando sí que se establece en otros lugares de estos preceptos a algún autor le parece excesivamente alta. Vid. BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., "Corrupción y política: el delito de financiación ilegal de partidos políticos", en "The social science post", "Derecho", 7 de Septiembre de 2016, pag. 6.

[1305] Pudiendo manejarse al respecto criterios como *"...la mayor o menor relevancia de la organización: cantidad de personal, ámbito espacial de actuación, estabilidad de la organización, tiempo de funcionamiento, etc."* según OLAIZOLA NOGALES, I., "El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del Código Penal", Diario La Ley num. 856, 10 Abril 2015, pag. 5.

[1306] Y en línea con lo que más adelante se dirá, vid. apdo. ----------, se pregunta BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., *"Corrupción y política: el delito de financiación ilegal de partidos políticos", en "The social science post", "Derecho", 7 de*
Septiembre de 2016, pag. 7, "¿Jueces acordando la disolución de partidos políticos implicados en casos de financiación ilegal? La posibilidad, aunque legalmente prevista, me parece difícilmente imaginable en la práctica."

Creo que se han introducido sin tener una idea clara de lo que intenta proteger con ellos y de qué conductas se quieren evitar. Considero que es una reforma hecha sin la suficiente reflexión. No puedo por razones de espacio, explicar en este trabajo mi propuesta personal de regulación, pero como criterio rector propongo diferenciar los supuestos de financiación en los que se ve involucrada la Administración de los que no. En estos últimos deberán tipificarse como delitos los supuestos en los que haya un peligro de pacto corrupto entre el miembro del partido y el donante."[1307]

Pues bien, no podemos sino compartir semejantes reflexiones, reiterando la importancia y protagonismo que estas figuras delictivas están llamadas a tener en la práctica a la hora de determinar las responsabilidades penales del Ppol, incluso en directa relación con supuestos de hecho vinculados a su actividad electoral, toda vez que hablando de una y otra clase de infracciones, financiación ilegal del Ppol y delito electoral, aunque *"Son diferentes las conductas y diferentes los bienes jurídicos tutelados en las respectivas normas incriminadoras: el buen funcionamiento de la administración pública, con respecto a la corrupción, y el método democrático, con respecto al otro delito"* y, de hecho, el nuevo delito de financiación ilegal que estamos contemplando se encuentra fuera del ámbito de la delincuencia electoral ubicada en la LOREG, lo cierto es que figuras como las de la falsedad contable electoral y la apropiación indebida de fondos electorales, contempladas en dicha Ley especial[1308], se encuentran íntimamente relacionadas con la de la financiación ilegal, incluso antes de la tipificación penal de ésta, como han venido señalando los autores que se han ocupado de la materia, antes y después de la reforma legal de 2015.[1309]

4.5.2.- En orden a la PF autora del delito precedente.

Como ya se expuso en su momento[1310], para que resulte posible la declaración de la RPPJ y, en consecuencia, su condena, al hecho de la comisión de un delito de los de catálogo de las infracciones que, potencialmente, se señalan como origen posible de aquella

[1307] OLAIZOLA NOGALES, I., "El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del Código Penal", Diario La Ley num. 856, 10 Abril 2015, pag. 5. Y también, de la misma autora, "La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014, pags. 193 y ss.
[1308] Arts. 149 y 150 LOREG, respectivamente.
[1309] ROMERO FLORES, B., "Partidos políticos y responsabilidad penal. La financiación electoral irregular", Ed. ATELIER, Barcelona 2005, pags. 101 y ss. o MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pags. 230 y ss.
[1310] Vid. apdo. 3.4.2.

responsabilidad, debe añadirse, en primer lugar, el dato de que esa acción ilícita sea cometida por alguna de las personas, integrantes de la PJ, a las que se refieren los apartados a) y b) del apdo. 1 del art. 31 bis CP.

Pero cuando nos referimos, como en este momento, a una clase de PPJJ concretas, los Ppols, observamos algunas peculiaridades que conviene consignar.[1311]

En primer lugar, es posible que superficialmente haya llegado a pensarse, en alguna ocasión, que la responsabilidad penal del Ppol puede generarse a partir de la comisión de la infracción delictiva por un cargo electo de ese determinado Ppol.

El tratamiento y algunas de las opiniones que han sido expuestas en relación con este extremo, tanto desde la crítica previa a la exclusión inicial de los Ppols del régimen de la RPPJ como con el entusiasmo que provocó, en general, su posterior inclusión con la LO 7/2012, parecen revelar, sobre todo en el caso de quienes no son profundos conocedores de esta materia, que la idea más positiva que podría suponer la incriminación de los Ppols era precisamente la posibilidad de establecer que esas organizaciones sufrieran un castigo por los comportamientos ilícitos que, sobre todo en el ámbito de la corrupción pública, pudieran llevar a cabo los responsables políticos electoralmente propuestos por ellas.[1312]

Evidentemente, esto no es así.

Quienes desempeñan cargos públicos, mediante su elección de la mano de un Ppol, no cumplen las características exigidas en el apdo. 1 del art. 31 bis CP ya que, salvo que concurra en su persona esa doble condición, la titularidad del puesto para el que fueron elegidos no puede identificarse ni con la figura del representante, administrador o directivo de la PJ, en este caso Ppol, ni con la del subordinado sometido a aquellos.[1313]

El concejal de urbanismo que participa, por ejemplo, en un supuesto de prevaricación urbanística, ni es ni está actuando como integrante del Ppol que le propuso en la elección para ese cargo incluyéndole en las correspondientes listas de candidatos.

De modo que, ni por los elementos subjetivos de vinculación con el Ppol que concurren en su persona, ni generalmente por producirse la actividad delictiva en el seno de

[1311] En este sentido, incluso se sostiene la posibilidad de extender el carácter de "funcionario público", a efectos penales, a los integrantes del Ppol. Vid. MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pags. 202 y ss.
[1312] Vid. apdo. 4.2.
[1313] Vid. Nota (1074).

las actividades de la organización, pueden dar lugar a responsabilidad penal alguna de ésta.

Con mayor motivo puede afirmarse lo mismo respecto de los militantes o afiliados del Ppol[1314], de quienes, a pesar de formar parte de la organización, no puede predicarse la condición de subordinados jerárquicos en relación con los responsables y directivos de dicha formación, ni, por consiguiente, susceptibles de control por éstos.[1315]

Y qué vamos a decir acerca de los partidarios o electores que votasen o apoyasen a los candidatos del Ppol, en los que, a pesar de ese apoyo, incluso definitivo para el fundamento y la afirmación del Ppol, obviamente no se cumplen ni remotamente los requisitos referidos, por lo que por mucho que cometieren un delito, en materia electoral muy significadamente, como por ejemplo la doble emisión de voto, favoreciendo con ello al Ppol de sus preferencias, en ningún caso éste debiera sufrir consecuencias penales por tales comportamientos.

La excepción vendría a estar representada, precisamente en el ámbito de la "delincuencia electoral", por los Representantes y Administradores Generales de las candidaturas[1316], a tenor de lo expuesto líneas atrás.[1317]

En definitiva, resulta muy importante destacar, y de manera especial en el caso de la responsabilidad penal de los Ppols, el que las únicas PPFF que, con la comisión de un delito, pueden generar el precedente para la presencia ulterior de esa responsabilidad son las que integran la estructura de la propia organización, bien como superiores bien como subordinados dentro de la misma, no quienes se mueven en su ámbito de actuación política, como candidatos, finalmente electos o no, o votantes.

Si bien aquellas personas, que denominamos directivos y empleados del Ppol por simplificar, a la hora de dar cumplimiento al primer requisito de la RPPJ de la que forman parte, pueden ocupar tanto el lugar de autores materiales, o incluso inductores, cooperadores necesarios o cómplices de la infracción de referencia, dando lugar a la posibilidad del actuar

[1314] Aunque pueda señalarse alguna confusión al respecto como en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos", en "Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", ZUGALDÍA ESPINAR, J.Mª y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., ed. Aranzadi, Pamplona 2013, pag. 137.
[1315] Vid. Nota (1075).
[1316] También incluye esta categoría como posible DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de los Partidos Políticos", Ponencia elaborada para el curso "La Financiación ilegal de partidos políticos" celebrado los días 11 y 12 de julio de 2016 en Madrid dentro del plan de formación continuada para miembros de la Carrera Fiscal y dirigido por Myriam Segura Rodrigo, pag.12. Vid. al respecto Nota (1075).
[1317] Vid. apdo. 4.2.

del "extraneus" en referencia con muchas figuras delictivas de una naturaleza especial propia, a la que nos hemos venido refiriendo en diversos momentos de este estudio.[1318]

Mientras que en cuanto a los "militantes", tampoco podría construirse, a partir de una determinada comisión por su parte de un hecho ilícito, la responsabilidad penal del Ppol en el que militan, no sólo porque su dependencia jerárquica respecto de los mandos del Partido no tiene el grado de vinculación necesario, sino más aún por el hecho, eminentemente práctico, de la imposibilidad de control de la conducta de todos y cada uno de quienes integran la militancia del Ppol.

Máxime, en este último caso, cuando la actividad de tales PPFF tampoco puede calificarse como propia de la organización, de acuerdo con lo que seguidamente expondremos.

4.5.3.- En orden a la exigencia de que el delito precedente se cometa en representación, por cuenta o en las actividades propias del Ppol y por su cuenta.

La exigencia de que la infracción delictiva que precede a la RPPJ haya de ser cometida por alguna de las PPFF integrantes, en sus distintos niveles, de la estructura de la organización requiere el complemento de que esa comisión se produzca en el curso de actividades vinculadas a la misma, bien se trate de decisiones o acciones directivas, incluidas las de representación, bien de las tareas asignadas a los empleados de la PJ.

En el caso de los Ppols el matiz que conviene resaltar, en línea con las reflexiones ya realizadas a la hora de abordar, en el anterior apartado, las cuestiones que suscitan los sujetos autores de ese delito precedente, no es otra que la de la necesaria distinción entre lo que constituye la actividad estrictamente política del Partido y la que éste lleva a cabo en su condición de PJ, exclusivamente como tal.

Así, los hechos delictivos llevados a cabo por los miembros del Ppol, sean directivos o empleados del mismo, en el ámbito del ejercicio de funciones políticas, alcanzadas mediante la correspondiente elección popular o por designación para ocupar cargos

[1318] Vid., por todos, el apdo. 2.2.2.1.

públicos[1319], a semejanza de lo que ya se dijo en relación con los cargos electos[1320] y los afiliados/militantes de la organización, no entran en el terreno de la eventual responsabilidad ulterior del Ppol.[1321]

Por lo que se refiere, en concreto, a la delincuencia electoral es necesario precisar que suponiendo la ejecución de actos delictivos, como por otro lado siempre en realidad supone, un exceso sobre las facultades legalmente atribuidas a sus autores, no obstante el dato de que desde la estructura propia de la organización y valiéndose de la posición que en ella se ocupa se lleven a cabo tales acciones ilícitas, las mismas cumplen sin más el requisito mencionado.

Como vimos[1322], en algunas ocasiones es imposible concebir que el hecho delictivo se realice fuera de la actividad propia del Ppol, por ej. cuando de la falsificación de cuentas electorales, aún no contempladas en el catálogo delictivo de la RPPJ, se trate, al igual que acontece con otros tipos penales, como el delito fiscal o algunas figuras de la financiación

---

[1319] Exceptuados lógicamente los que se correspondan con sus actividades en el seno de Empresas públicas susceptibles de sufrir su correspondiente responsabilidad penal, de acuerdo con el art. 31 quinquies.2 CP.

[1320] *"El delito ha de haberse cometido precisamente en el desarrollo de actuaciones en tal calidad de representante (no precisamente político, sino legal: aquí la terminología puede confundir) de ese partido. Es decir la actuación delictiva de un cargo público que ha accedido a esa posición en las listas de un determinado partido político no contamina (penalmente; políticamente sí) a la formación política. Su actuación en el ejercicio de sus actividades políticas penalmente será reprochable exclusivamente a él. No actúa tomando decisiones en representación legal del partido político. Su mandato no es imperativo. Para que nazca responsabilidad penal lo que se requiere es que en su actuación como apoderado legal o directivo del partido realice una de las conductas delictivas que arrastran la responsabilidad penal de la persona jurídica por cuya cuenta actúa. Si son decisiones como autoridad o cargo público no estará legalmente actuando en nombre del partido y por tanto carecerá de capacidad de representante legalmente. Actuará en nombre de sus electores (políticamente)"*, Infracciones calificadas en relación con el Ppol como *"más connaturales con sus características específicas"* [Vid. DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de los Partidos Políticos", Ponencia elaborada para el curso "La Financiación ilegal de partidos políticos" celebrado los días 11 y 12 de julio de 2016 en Madrid dentro del plan de formación continuada para miembros de la Carrera Fiscal y dirigido por Myriam Segura Rodrigo, pag.11].

[1321] *"Si en relación al directivo se imponía una matización en atención a los cargos públicos ocupados por miembros de un partido político, aquí se hace imprescindible otra importante modulación: el militante, sin más, no es empleado de la organización política. Es necesario algo más que a veces será difícil de definir. Al menos existirían zonas de penumbra. Encajarán en la dicción de la norma los que bajo la supervisión directa de la organización estén desempeñando una función específicamente asignada desde el partido y bajo al control de éste, aunque sea tarea no retribuida (un ejemplo claro son los interventores electorales). Pero sin ese encargo específico y concreto, un militante no puede ensuciar penalmente al partido político con sus actuaciones autónomas y espontáneas por más que vengan determinadas por esa vinculación con la organización (ejemplos: mensajes ofensivos en las redes; publicidad electoral ilegal, obtención de fondos por su cuenta y su riesgo…"* [Vid. DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de los Partidos Políticos", Ponencia elaborada para el curso "La Financiación ilegal de partidos políticos" celebrado los días 11 y 12 de julio de 2016 en Madrid dentro del plan de formación continuada para miembros de la Carrera Fiscal y dirigido por Myriam Segura Rodrigo, pag. 12].

En mi opinión ni siquiera en esos casos la conducta delictiva del militante puede servir como delito precedente para la responsabilidad penal del Ppol, porque carece de la relación de "subordinado" jerárquicamente a la dirección de la formación.

[1322] Vid. apdo. 4.3.

ilegal del propio Ppol.

Mientras que, en otros casos, se requiere ese plus consistente en la vinculación entre el delito y la actividad de la que la organización política sea titular.

Más clara aún resultará la identificación de los delitos cometidos con actos llevados a cabo en representación del Ppol por parte de aquellos que ostenten esa capacidad representativa.

Por último, vuelve aquí a surgir la posibilidad de que la conducta infractora se produzca por parte de un sujeto, integrante de la organización, pero que actúa como "extraneus", participando en el tipo penal cometido por un tercero en las formas de delincuencia especiales propias como, por ej. los cohechos, pues no hay que olvidar que los integrantes del Ppol, como tales, carecen del carácter de funcionario público[1323], incluso en el ámbito de los delitos electorales, a excepción de los Administradores de las candidaturas electorales, en las actividades que les son propias desempeñando dicha función.

4.5.4.- En orden a la necesaria existencia de un beneficio directo o indirecto para el Ppol en cuyo seno se comete el delito precedente.

Como ya se tuvo oportunidad de comprobar anteriormente[1324], el requisito de la concurrencia de un "beneficio directo o indirecto" para la PJ, derivado de la infracción delictiva cometida por la PF en el seno de aquella, también se erige ya en una de las cuestiones más trascendentes en el enjuiciamiento de los Ppols y, sin duda, así habrá de ser reiterada y recurrentemente en los futuros casos de aplicación de este régimen de responsabilidad.

En la STS de 29 de Febrero de 2016 se aborda esta cuestión con remisión a criterios, en todo caso casuísticos, pero con una interpretación siempre respetuosa con el principio de legalidad aunque omnicomprensiva de cualquier clase, presencia y forma del provecho/beneficio y una orientación objetiva, es decir, atendiendo no a la intencionalidad favorable a la producción de la ventaja sino a la efectiva existencia de ésta, cualquiera que

[1323] Vid. apdo. 2.2.1.1.1,
[1324] Vid. apdo. 3.4.3.

fuere su naturaleza, contenido y momento de producción.[1325]

Por consiguiente, para el caso del Pol habrán de predicarse, inicialmente, las mismas notas características, a la hora de determinar la presencia de este elemento esencial del delito de la organización.

La especificidad estriba aquí, y de modo muy especial en relación con la actividad electoral, al establecer hasta qué punto la formación política, eventual responsable del ilícito, se ve beneficiada, efectiva o potencialmente, en sus resultados electorales.

Cuestión aún más difícil de constatar, dada la pluralidad de factores que inciden en esos resultados, por la imposibilidad, en muchos supuestos, para afirmar una relación de causalidad real entre el delito y el resultado finalmente obtenido.

Y todo ello puesto que, mientras que en figuras tales como las de la doble votación, el falseamiento de las actas de escrutinio, etc., esa vinculación causal deviene evidente, en otros supuestos, la financiación ilegal por ej., la necesaria acreditación del resultado beneficioso en lo electoral, se torna mucho más dificultosa.[1326]

No obstante, si apelamos a la interpretación efectuada por la CFGE 1/2015, seguida a su vez por la propia STS de 29 de Febrero de 2016, y los criterios de amplitud (nunca extensiva) que en ellas se aplican al requisito, podríamos sostener que la eventualidad, o expectativa, del beneficio, máxime en su forma indirecta, podría configurar el elemento delictivo al que aludimos.

A pesar de ello, el esfuerzo argumentativo y probatorio de la Defensa siempre quedará abierto, dentro de su estrategia procesal, a la aportación de razones que excluyan la hipótesis del ventajoso resultado electoral como consecuencia del delito o, cuando menos, a la introducción de una duda solvente lo suficientemente abierta para conducir a una conclusión absolutoria.

[1325] Vid. STS 154/2016, Fundamento Jurídico Décimo Tercero.

[1326] Vid. apdo. 4.5.1.

4.6.- ¿QUÉ PENAS SON MÁS ADECUADAS COMO RESPUESTA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL PPOL?

La cuestión relativa a las penas que, como consecuencia jurídica principal de su responsabilidad penal, pueden imponerse al Ppol, es algo de la mayor trascendencia.

Si bien la multa, con carácter general, puede considerarse como la pena "reina" en el régimen de RPPJ, debiendo interpretar, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 66 bis CP y concordantes, el resto de sanciones, de carácter interdictivo o privativo de derechos, como excepcionales, lo cierto es que cuando hablamos de la responsabilidad penal del Ppol más aún, si cabe, debería entenderse como la consecuencia jurídica *"más ordinaria y casi única"*, pues *"Cualquiera otra de las penas a mi juicio supondría una poco tolerable intromisión de la justicia en la política, pues sería tanto como "ilegalizar" una opción política compartida por ciudadanos (más o menos) en virtud de la conducta de unos pocos (o de muchos, pero nunca todos los partidarios de tal opción). Obligar a una cuestionable también jurídicamente refundación por razones judiciales que no de estrategia política no es solución."*[1327]

Pero es que, además, si atendemos a las previsiones del art. 130.2 CP, de cuyo alcance y justificación ya nos ocupamos en su lugar[1328], comprobaremos cómo se llega a la sorprendente conclusión de que, disuelto el Ppol como consecuencia del delito cometido en su seno y la ausencia del debido control, resulta imposible su "resurrección", con distinta denominación pero igual contenido subjetivo, ideológico, etc., que permita establecer una identificación con la organización disuelta, hasta el punto de que podría exigirse, incluso en trámite de ejecución de la inicial Sentencia condenatoria, la sucesiva aplicación de dicha condena disolutoria.

Pues dicha pena de disolución se pone en relación, como antecedente, a la previsión contenida en la LOPP, y si bien es evidente su distinto fundamento y cuestionable incluso la similitud de su naturaleza[1329], a semejanza de aquella también aquí, por mor del referido art. 130.2 CP, el pronunciamiento condenatorio puede desplegar unos efectos definitivos y

[1327] DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de los Partidos Políticos", Ponencia elaborada para el curso "La Financiación ilegal de partidos políticos" celebrado los días 11 y 12 de julio de 2016 en Madrid dentro del plan de formación continuada para miembros de la Carrera Fiscal y dirigido por Myriam Segura Rodrigo, pag.15.
[1328] Vid. apdo. 3.8.1.
[1329] MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pag. 367.

proyectados sobre cualquier intento posterior de "refundación".

De hecho, lo contrario conduciría a vías de elusión del pronunciamiento judicial intolerables dentro de la lógica legal del sistema.[1330]

¿Podremos llegar a presenciar cómo un Ppol es condenado a una pena de disolución y ello supone la imposibilidad de refundación del mismo para el futuro y, por ende, la definitiva exclusión de esa opción ideológica dentro de nuestro sistema político por la aplicación del régimen de RPPJ, aún cuando su ideología sea compatible con los valores democráticos?

Pero es que no sólo la pena de disolución aplicada a la PJ ofrece tales consecuencias, incomprensibles por perniciosas y gravemente perturbadoras para el sistema democrático.

Otro tanto cabría decir del resto de sanciones interdictivas[1331] que, en realidad, llevan a la "*muerte lenta*" de la formación política, cuando contemplamos los efectos que la suspensión temporal de actividades, el cierre de los locales, etc. ha de producir. Máxime si recordamos que se trata de figuras que incluso pueden ser adoptadas con carácter de "medidas cautelares".[1332]

Y qué decir, en concreto, de la última de tales sanciones: la intervención judicial.

Pues *"...pensar en un partido político intervenido judicialmente se antoja un disparate. ¿Sería eso compatible con la democracia interna constitucionalmente exigible?"*[1333]

Aquí reside, por lo tanto, el argumento principal en contra de la inclusión de los

[1330] Vid. apdo. 3.8.1.

[1331] Recordemos que tanto la disolución como cualquiera de estas penas requieren, para su imposición, la concurrencia de las pseudo-agravantes del art. 66 bis, en concreto la reincidencia y la denominada "instrumentalidad", pero mientras que la segunda no parece muy posible en el caso de los Ppols legítimos, *"En cuanto a la reincidencia recuerdo lo que antes mencionaba: en los partidos políticos, al igual que en las grandes empresas con un nombre ya consolidado y secular, se hace más fácil la presencia de antecedentes penales pues se torna muy costoso romper amarras con el pasado mediante el expediente de una refundación suficientemente distanciada del precedente"*, DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de los Partidos Políticos", Ponencia elaborada para el curso "La Financiación ilegal de partidos políticos" celebrado los días 11 y 12 de julio de 2016 en Madrid dentro del plan de formación continuada para miembros de la Carrera Fiscal y dirigido por Myriam Segura Rodrigo, pag.17.

[1332] Art. 33.7 CP.

[1333] DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de los Partidos Políticos", Ponencia elaborada para el curso "La Financiación ilegal de partidos políticos" celebrado los días 11 y 12 de julio de 2016 en Madrid dentro del plan de formación continuada para miembros de la Carrera Fiscal y dirigido por Myriam Segura Rodrigo, pag.15.

Ppols en el régimen de RPPJ, al que ya aludimos en su momento[1334], por las consecuencias exorbitantes e inaceptables que conlleva la aplicación de penas interdictivas al Ppol, salvo que se restrinja, para este concreto caso (quizá también para el del Sindicato) la posibilidad punitiva a la exclusiva imposición de la pena pecuniaria[1335] como, por otra parte, sucede en aquellos escasos supuestos en los que, en el Derecho comparado, se contempla expresamente la responsabilidad penal de las organizaciones políticas.[1336]

4.7.- ¿QUÉ CARACTERÍSTICAS ESPECIALES OFRECEN LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO ("COMPLIANCES") DE UN PPOL?

Como ya dijéramos líneas atrás[1337], en virtud de lo dispuesto en el actual art. 9 bis LOPP, tras la reforma de la LO 3/2015, los Ppols han de dotarse obligatoriamente de "…*un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión, a los efectos previstos en el art. 31 bis del Código Penal."*[1338]

Sistema de prevención que, por otra parte, en el caso del Ppol ha de contemplar *"Un mapa penal que sin duda va a ofrecer caracteres distintos a los de una empresa y que por*

[1334] Vid. apdo.4.2.
[1335] A la misma conclusión llega GIMENO BEVIÁ, J., "Problemas que plantea el enjuiciamiento penal de los partidos políticos" (en prensa).
[1336] Vid. apdo. 4.2.
[1337] Vd. apdo. 4.4.
[1338] Distinto y diferenciado, por otro lado, de los instrumentos específicos de gestión contable y económica financiera que a los que la misma Ley hace referencia pues, como dice SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., "Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos", en "Estudios sobre el Código Penal reformado", Ed. Dykinson, Madrid 2015, pag. 680, *"La principal cuestión que se plantea respecto a los programas de cumplimiento es su coincidencia con el conjunto de obligaciones contables y de gestión económico-financiera, y las medidas de fiscalización y control que se contienen y desarrollan en los Títulos IV y V, entre las que se encuentra la designación de un responsable de la gestión económico financiera (en el art. 14 bis de la ley de financiación de partidos políticos), que guarda especial semejanza con el "compliance officer", u órgano autónomo de fiscalización y ejecución del programa de cumplimiento. En mi opinión, sin embargo, no deben confundirse, no son compatibles entre sí. En efecto, uno de los caracteres esenciales de los programas de cumplimiento de los modelos de vigilancia y control es que han de estar específicamente orientados a la evitación de hechos delictivos, y además no a cualquiera hechos delictivos sino a aquellos de la misma naturaleza del cometido por la persona física y que genera la imputación de responsabilidad del partido político. Estimo por tanto, que tienen diferente naturaleza y finalidad por lo que los partidos políticos habrán de dotarse, como cualquier persona jurídica en sus respectivos ámbitos de actividad, de un programa de cumplimiento específico.(Programa de cumplimiento que, de nuevo en mi opinión, ha de ser mucho más específico, articulado, concreto (dice el art. 31 bis idóneo para prevenir delitos de la misma naturaleza) que los famosos documentos de compromiso ético que en tiempos electorales parecen convertirse en la palanca para garantizar la limpieza y probidad de un partido y sus miembros."*

eso ha de ser específico para la organización política…"[1339]

Es el único supuesto en el que "*ex lege*" se establece, para una determinada clase de PPJJ como los Ppols, una exigencia semejante, de modo que no se trata ya de una mera posibilidad, a través de la cual puede evitarse, por vía de eximente, la declaración de responsabilidad penal (art. 31 bis 2 CP), sino de un requisito para la existencia misma de la organización.[1340]

No han faltado las expresiones de sorpresa al respecto, como por ejemplo, cuando se sugiere que *"El art. 9 bis LOPP prevé la obligación de los partidos políticos de establecer sistemas de compliance, lo que ha incendiado un gran debate entre los juristas ¿cómo aplicar un programa nacido para el ámbito empresarial a asociaciones con fines públicos, como son los partidos políticos? La sospecha de que esta disposición no sea sino una artimaña para que los partidos políticos alegando haber instaurado sistemas de prevención del delito se vayan de rositas es más que notable"* (sic).[1341]

Por nuestra parte no compartimos, en absoluto, semejantes suspicacias, sino que, al contrario, pensamos que se trata de una medida más, acertada o no pero en cualquier caso bienintencionada, en la línea de políticas de regeneración política y de combatir el fenómeno de la corrupción en el seno de los Ppols, vinculándose, por otra parte, a distintas medidas igualmente positivas como la introducción de criterios de transparencia en la vida de estas organizaciones.

De hecho, se establece una clara vinculación entre la debilidad de la democracia interna del Ppol y la frecuencia de comisión de delitos en su seno, por lo que el incremento de la transparencia en su funcionamiento, que fortalecería ese control democrático de las tareas de la organización, como factores básicos de la autorregulación, podría ofrecer unos resultados muy positivos desde el punto de vista de la prevención penal.[1342]

[1339] ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos", en "Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., ed. Aranzadi, Pamplona 2013, pag. 138.

[1340] Que habría que denominar "Public Compliance" en lugar de "Corporate Compliance" y *"...que está vinculado en gran medida a las nuevas medidasde regeneración democática aprobadas por el parlamento, entre las que se encuentra incluído sin duda el nuevo delito de financiación de partidos políticos"*, FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el Código Penal español", Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2016, pag. 4.

[1341] BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., "Corrupción y política: el delito de financiación ilegal de partidos políticos", en "The social science post", "Derecho", 7 de Septiembre de 2016. pag. 7.

[1342] MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pag. 350.

Ya que es cierto que *"…los partidos políticos son asociaciones de carácter privado, pero la relevancia de sus funciones los convierte en órganos de indiscutible trascendencia pública, que por ello deben someterse a un escrutinio mayor que cualquier otra asociación particular."*[1343]

Y así, *"…esta naturaleza "mixta" como entes de base asociativa privada y además elementos esenciales de la arquitectura constitucional y de la democracia supone una tensión permanente entre la autorregulación propia de las primeras y la necesidad de un mayor control y regulación externo propio o característico de los segundos."*[1344]

Sin embargo, sí que es preciso resaltar que la alusión a estos sistemas de prevención y supervisión se realiza sin imposición expresa de características o requisitos internos, a diferencia de lo que sucede con los modelos de gestión contemplados en el art. 31 bis 2 y 4, por mucho que se efectúe una remisión genérica al contenido de este precepto, en su conjunto, es decir, al régimen general de RPPJ.

Con ello ya tenemos reseñadas las dos primeras características, propias y originales, de los mecanismos de control interno de los Ppols en este ámbito de responsabilidad: la obligación de su existencia y la indeterminación de sus contenidos.[1345]

Extremo este segundo que, por otra parte, vendría a avalar nuestra idea[1346] acerca de que la RPPJ no puede, ni debe, remitirse, en exclusiva, a la existencia, o no, de unos instrumentos que reúnan, indefectiblemente, las notas características de la denominada

---

[1343] FLORES GIMÉNEZ, F., "Democracia interna y participación ciudadana como mecanismos de control de la corrupción", en "Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos", Dtores: Adán Nieto y Manuel Maroto Calatayud, Univ. Castilla-La Mancha, Cuenca 2014, pag. 183, con cita de la STC 56/1995, de 6 de Marzo.

[1344] DE LA NUEZ, E., "Partidos políticos y transparencia", en "Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos", Dtores: Adán Nieto y Manuel Maroto Calatayud, Univ. Castilla-La Mancha, Cuenca 2014, pag. 196.

[1345] Indeterminación que se ha pretendido colmar con propuestas como la de que *"Si los programas de cumplimiento buscan mecanismos que ayuden a prevenir la comisión de delitos mediante la implementación de modelos de organización y gestión que incorporen medidas de supervisión y control, podemos concluir que la Contabilidad como herramienta legal, económica, formal e informativa tiene potencialidades más que adecuadas para contribuir a ese objetivo. Sin embargo el contexto social, económico y político que favorece semejantes conductas irregulares es el mismo en el que se alumbró y moldeó la moderna ciencia contable. Por tal razón, cabe preguntarse si la Contabilidad está capacitada para prevenir conductas nacidas en el mismo seno en el que se perfeccionó como disciplina científica. Esto es, si la Contabilidad tiene aptitudes democráticas suficientes para convertirse en un programa de cumplimiento o, al menos, hasta qué punto puede contribuir a ello"*, MUÑOZ ARENAS, A., "Límites y posibilidades de la contabilidad como programa de cumplimiento en las formaciones políticas", en "Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos", Dtores: Adán Nieto y Manuel Maroto Calatayud, Univ. Castilla-La Mancha, Cuenca 2014, pag. 195.

[1346] Vid. apdo. 3.5.1.4.

"circunstancia de exención de responsabilidad", que el precepto citado contempla.[1347]

Además de lo anterior, como algún autor ya ha indicado[1348], es esencial que *"...los partidos políticos y sindicatos se doten de programas de cumplimiento específicos, que acoten con claridad el "mapa penal" de posibles infracciones de las que pueden ser autores para prevenirlas. Un mapa penal que sin duda va a ofrecer caracteres distintos a los de una empresa y que por eso ha de ser específico para la organización política o sindical."* Y también:*"Para que tenga eficacia jurídica excluyente de la responsabilidad criminal, el Programa de Cumplimiento debe huir de vagas y genéricas aspiraciones bienintencionadas (proclamas a favor de los Derechos Humanos, el medio ambiente o la transparencia) y centrarse -¿Cómo ha quedado expuesto- en los concretos y efectivos mecanismos que se van a articular para la prevención de la delincuencia que puede producirse en el seno de la organización."*

La importancia de este extremo para el Ppol, y de cómo se trata de una obligación relevante para los responsables del mismo, es puesta de relieve por diversos autores cuando señalan que *"...parece claro que la responsabilidad de diseñar e implementar el programa de prevención recaerá sobre los órganos de dirección del partido político, principalmente sus comisiones ejecutivas, conjuntamente, como después se dirá, con el responsable de gestión económica-financiera."*[1349]

Otra cuestión muy trascendente, dentro de las especialidades de las "compliances" de los Ppols es la de la *"...elección y conformación del órgano de vigilancia, cuya característica principal es su independencia de los dirigentes del partido. Si algo debe caracterizar a este órgano en una formación política es que debe ser un verdadero contrapoder, un elemento de* checks and balances. *Dado que sería incomprensible que los partidos políticos quedaran por debajo de las exigencias de "gobierno corporativo" que se les exigen a las entidades cotizadas, la solución más adecuada es que estuviera formado por personas totalmente ajenas a los órganos de de dirección, sin ningún tipo de funciones ejecutivas. "Consejeros independientes" que no ocupen, ni hayan ocupado cargos relevantes en la formación o en la administración pública como consecuencia de su pertenencia a la formación política. Probablemente, la tendencia en muchos partidos puede*

[1347] Vid. apdo. 3.3.
[1348] ZUGALDÍA ESPINAR, "La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos", en "Revista de Derecho Penal y Criminología" 3ª época, nº 11 (enero de 2014) pag. 138..
[1349] NIETO MARTÍN, A., en el prólogo de MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pag. 13.

ser la de convertir a las comisiones de garantías, u órganos similares, en este órgano de supervisión. De hecho en algunos partidos estas comisiones funcionan ya como una suerte de comité de ética. En qué medida esta elección es correcta, depende de si resulta creíble que las personas que integran estos órganos sean capaces efectivamente de supervisar la actividad de los máximos responsables y cargos públicos de la organización."[1350]

Por ello se propone para desempeñar tales tareas *"Un comité de supervisión elegido directamente por los afiliados entre personas de reconocido prestigio ajenas al partido, y con competencias profesionales en materia de cumplimiento"*,[1351] lo que, obviamente, supone una solución muy distante de la aplicable a los órganos de control de las PPJJ de actividad empresarial, incluso de la aparente preferencia del carácter interno de los mismos inducida en el texto del art. 31 bis CP, si bien podría quizá justificarse por la dimensión de trascendencia pública de los Ppols.

Recordemos que también resulta aquí aplicable el que *"Respecto de la culpabilidad del partido político o el sindicato, se requiere que todo lo anterior ocurra como consecuencia de haber omitido la persona jurídica –de forma contraria al deber- la adopción de alguna de las medidas de precaución y de control (defecto de organización) que eran exigibles para garantizar el desarrollo legal (y no delictivo) de su actividad. Se trata de que alguien no haya prestado la debida y razonable diligencia, conforme a las circunstancias del caso, paraaplicar las medidas técnicas, organizativas y personales fundamentales para impedir los hechos. La cuestión está íntimamente vinculada a los protocolos de minimización de riesgos delictivos y a los códigos de ética y conducta. Y es que, en todo caso, prevenir la aplicación del art. 31 bis CP requerirá, en la medida en que la culpabilidad de organización sea un presupuesto para la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que éstas organicen un sistema/gabinete de control interno de juridicidad (programas de cumplimiento o "compliance programme") de la actuación de los órganos y de las personas a ellos subordinados dirigido por un responsable (compliance officer) con funciones de vigilancia, asesoramiento, advertencia y evaluación de los riesgos legales de gestión según los standars de conducta nacionales e internacionales. Debe tratarse de una persona independiente, con presupuesto propio, facultades de inspección ilimitadas y facultado para "tocar el pito" (to whistle) cuando observe irregularidades (¡y*

[1350] NIETO MARTÍN, A., en el prólogo de MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pag. 13.
[1351] NIETO MARTÍN, A., en el prólogo de MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pag. 14.

sin que nadie pueda tomar represalias contra él!).”[1352]

Se pone de relieve, por otro lado, la gran dificultad que en el caso de los Ppols, como en general para todas las PPJJ, suscita la necesidad, o al menos clara conveniencia, de contar con adecuados “canales de denuncia”, puesto que, al constituir el aspecto más delicado de su regulación la preservación de la confidencialidad y de los derechos de los denunciantes frente a posibles represalias, *“Mientras que en el ámbito de la empresa o de la función pública, paulatinamente el derecho del trabajo o leyes específicas les conceden una serie de garantías, no es fácil aventurar cuál va a ser la suerte de de un afiliado que denuncie un caso de financiación ilegal o corrupción ante el canal de denuncias del partido.”*[1353]

Dificultad que, no obstante, puede resultar discutible si consideramos que la condición de “afiliado” no es fácilmente compatible con el uso de esos canales “internos” de denuncia, toda vez que deberían estar reservados para los integrantes, directivos o empleados, de la organización y no a los afiliados de la misma que, en estos casos, actuarían como personas ajenas a ella, con las mismas características de cualquier ciudadano que denuncie las prácticas ilícitas cometidas por las PPFF integrantes del Ppol.[1354]

Quizá, a este respecto, bastaría con una previsión reglamentaria que excluyera toda posibilidad de inclusión entre las causas de baja forzosa en la afiliación.[1355]

[1352] ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos”, en “Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., ed. Aranzadi, Pamplona 2013, pag. 137.

[1353] NIETO MARTÍN, A., en el prólogo de MAROTO CALATAYUD, M., “La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal”, Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pag. 15.

[1354] Si bien hay también quien sostiene que *“…no sólo los organismos públicos previstos legalmente, también los militantes, en primer lugar, como miembros de los partidos (que pagan sus cuotas y tienen unos derechos estatutarios específicos) y los ciudadanos (que les votan, pagan con sus impuestos su financiación pública y dependen de ellos en lo que a la calidad del sistema político se refiere), tienen en su mano (o al menos deberían tener) la posibilidad de controlar el funcionamiento de los partidos políticos. Almenos poder controlarlos “algo”.”* [Vid. FLORES GIMÉNEZ, F., “Democracia interna y participación ciudadana como mecanismos de control de la corrupción”, en “Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos”, Dtores: Adán Nieto y Manuel Maroto Calatayud, Univ. Castilla-La Mancha, Cuenca 2014, pag. 183].
Vid. STC de 22 de Diciembre de 2016 que deniega el amparo a una afiliada del PSOE suspendida de militancia por criticar al Partido en un artículo periodístico.

[1355] En este sentido se recuerda cómo *“El Partido Popular sigue incluso considerando como infracción disciplinaria grave la de “propagar, por cualquier medio, noticias que desprestigien al Partido, sean descalificadoras del mismo o de cualquiera de sus Órganos de Gobierno, representación o de los Grupos Institucionales”*, NIETO MARTÍN, A., en el prólogo de MAROTO CALATAYUD, M., “La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal”, Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pag. 15.
Sólo fue en 2013 cuando el Tribunal de Cuentas aprobó el Informe sobre la contabilidad de los Ppols correspondiente a 2008, como nos recuerda FLORES GIMÉNEZ, F., “Democracia interna y participación ciudadana como mecanismos de control de la corrupción”, en “Public Compliance. Prevención de la

El fracaso en la práctica, o la escasa eficacia al menos, de los distintos mecanismos de control externo, en concreto la tarea asignada al Tribunal de Cuentas[1356] o a las Auditorías externas previstas en la propia legislación, y de los instrumentos de autorregulación internos, como los denominados "Códigos de buenas prácticas" que, en gran número de casos, o no son respetados o aplicados o lo son de una manera deficiente e incluso en ocasiones hasta contraria a los fines de esa autorregulación, conduce para cierto sector de la doctrina a la exigencia de introducir modelos de gestión regidos por los criterios de transparencia, a los que ya nos referíamos líneas atrás, semejantes a los establecidos en la actualidad en textos como la Ley de Transparencia o la regulación sobre blanqueo de capitales, de manera que sean incluso los propios militantes o afiliados al Ppol a quienes se extiendan las facultades de control[1357], con una naturaleza de base e inspiración democrática, aún excediendo los límites mismos de la estructura organizativa[1358]. Planteamientos que tanta distancia marcan, al menos a día de hoy, con la concepción de los "compliances" propios de otras PPJJ.[1359]

Críticamente se ha afirmado que *"...prevenir, controlar y evitar los actos ilícitos de las organizaciones políticas no sólo va a depender de la implementación de herramientas o instrumentos de prevención y control. Hasta cierto punto estos instrumentos ya existen… …Las herramientas está a disposición de una voluntad política que quiera emplearlas en toda su efectiva potencialidad y no sólo para construir un imaginario de transparencia, rendición de cuentas, buen gobierno o democracia meramente simbólicas."*[1360]

---

corrupción en administraciones públicas y partidos políticos", Dtores: Adán Nieto y Manuel Maroto Calatayud, Univ. Castilla-La Mancha, Cuenca 2014, pag.191.

[1356] Que, entre otras cuestiones, se limita a unos informes de fiscalización de carácter meramente formal, de mera legalidad y regularidad contable, y no se ocupa de cuestiones cómo las donaciones dirigidas a las Fundaciones vinculadas a los Ppols, como denuncia, por ej., GARCÍA-PANDO MOSQUERA, J.J., "Las cuentas de la Democracia", en "Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos", Dtores: Adán Nieto y Manuel Maroto Calatayud, Univ. Castilla-La Mancha, Cuenca 2014, pags. 151 y 152.

[1357] Extensible también, a través de una verdadera información transparente y abierta hasta a la misma participación ciudadana, según FLORES GIMÉNEZ, F., "Democracia interna y participación ciudadana como mecanismos de control de la corrupción", en "Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos", Dtores: Adán Nieto y Manuel Maroto Calatayud, Univ. Castilla-La Mancha, Cuenca 2014, pags. 185 y ss.

[1358] Vid., por ej., FLORES GIMÉNEZ, F., "Democracia interna y participación ciudadana como mecanismos de control de la corrupción", en "Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos", Dtores: Adán Nieto y Manuel Maroto Calatayud, Univ. Castilla-La Mancha, Cuenca 2014, pags. 179 y ss.

[1359] Vid. sobre esta cuestión MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, pags. 334 y ss.

[1360] MUÑOZ ARENAS, A., "Límites y posibilidades de la contabilidad como programa de cumplimiento en las formaciones políticas", en "Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y

4.8.- ¿EXISTEN ESPECIALIDADES PROCESALES EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL PPOL?

Examinando los diferentes aspectos procesales que concurren en el enjuiciamiento de la RPPJ[1361] se aprecia la práctica ausencia de especialidades relevantes en relación con los Ppols.[1362]

Así, aspectos tales como el de la presencia de la PJ en el procedimiento o todo lo relativo a las características del ejercicio de sus derechos procesales, incluida la importante cuestión de la aplicación del principio "*nemo tenetur*", en concreto en relación con la obligación o no de aportación de pruebas auto incriminatorias, no ofrecen especialidad alguna en el caso de los Ppols.

Sin embargo, sí que pueden detectarse algunas peculiaridades en este terreno como la referente a la competencia, en dos aspectos esenciales: la determinación del lugar del delito y las cuestiones que suscitan los aforamientos.[1363]

Si ya anteriormente aludimos a las dudas acerca de la determinación de la competencia territorial para el enjuiciamiento de la PJ en relación con la ubicación de su sede social y el lugar de comisión de su propio delito por la PF[1364], en relación con el Ppol vuelve a suscitarse esta cuestión con la especialidad derivada de la organización de los partidos de carácter nacional, que integran diversas agrupaciones o estructuras menores de ámbito autonómico, provincial o incluso local.

En este sentido, y aun cuando ya se ha sostenido por la doctrina y ante los Tribunales

---

partidos políticos", Dtores: Adán Nieto y Manuel Maroto Calatayud, Univ. Castilla-La Mancha, Cuenca 2014, pag. 216.

[1361] Vid. apdo.3.9. Aún cuando *"...ante esta nueva realidad sustantiva debiera el legislador haber planteado un profundo cambio procesal",* como sostiene, con todo acierto, GIMENO BEVIA, J., en "La apuesta por el principio de oportunidad y los programas de compliance en el proceso penal de las personas jurídicas", Diario La Ley nº 8437, 2014

[1362] Si bien, como recuerda GIMENO BEVIÁ, J., en "Problemas que plantea el enjuiciamiento penal de los partidos políticos" (en prensa), *"No se encuentra en la historia reciente un procesamiento penal a partidos políticos, ni tan siquiera en los juicios de Núremberg, donde se juzgaron a los miembros del partido nazi, pero no al propio partido y, aunque se les considera el germen de la justicia penal internacional, se vulneraron no pocos derechos fundamentales y principios del proceso penal."*

[1363] A partir de aquí, hemos de dejar constancia de que seguiremos, en gran medida, el repertorio de problemas que advierte en esta materia en su excelente trabajo, ya citado en diversas ocasiones, GIMENO BEVIÁ, J., "Problemas que plantea el enjuiciamiento penal de los partidos políticos" (en prensa).

[1364] Vid. apdo. 3.9.2.1.

de Justicia[1365], el criterio de fragmentación orgánica, a la hora de dirigir las acciones y determinar la competencia territorial en el caso de los partidos políticos, yo me reitero en la conveniencia de atribuir ésta a los órganos jurisdiccionales correspondientes a la sede central de la formación política, donde se localiza la última y conjunta responsabilidad respecto del control de los integrantes de toda la PJ.

Mientras que por lo que se refiere al problema de los aforamientos, de especial relevancia obviamente en el caso de los Ppols, he de decantarme, con base en el parr. segundo del art. 17 LECr, por la solución partidaria de que el Ppol siga el destino competencial de la PF, de él integrante, que comete el delito precedente de su propia responsabilidad, con el fin de evitar una "ruptura de la continencia de la causa" más grave, si cabe, que en el caso en el que los diversos responsables sean tan sólo PPFF, unos aforados y otros no, por la necesaria vinculación entre el ilícito de la PF y el de la PJ, y a pesar de que .[1366]

Ha de tenerse en cuenta, igualmente, el hecho, nada despreciable, de la presencia de la política en el caso del enjuiciamiento penal de los Ppols, a lo que ya nos referimos líneas atrás[1367] y que en este momento puede comprobarse en toda su crudeza, cuando al hilo de las posibilidades que ofrece la presencia en nuestro ordenamiento de la figura de la Acusación popular[1368], abre la vía a la personación del Ppol en aquellos procedimientos en los que se presenta la posibilidad de erigirse en acusador del rival político.[1369]

Se trata de una clara anomalía procesal, que perturba y enturbia una causa criminal, con la persecución de fines por completo ajenos a los propios de la Justicia, y que ya mereciera tratamiento de censura en los dos borradores de nueva Ley procesal penal, la de

[1365] Vid. GIMENO BEVIÁ, J., en "Problemas que plantea el enjuiciamiento penal de los partidos políticos" (en prensa) y la referencia que hace, en la NOTA (22) de ese texto: *"Aunque se trate de responsabilidad civil y no penal, el planteamiento sigue la línea con lo solicitado por la defensa del PP en el Caso Gurtel que mantiene que la responsabilidad civil que pudiera derivarse de los beneficios obtenidos debiera recaer en los grupos municipales a los que pertenecían los procesados, concretamente a las agrupaciones de Pozuelo y Majadahonda. Obviamente, en caso de no alcanzar las cantidades debidas, sí se podría exigir responsabilidad civil subsidiaria del resto del partido."*

[1366] Como es sabido, en este punto el criterio generalmente seguido por el TS, hasta hoy en el caso de responsabilidades exclusivas de PPFF, es el de ruptura de los diferentes procedimientos, con el fin de evitar que el no aforado se vea obligado a soportar las carencias de Recursos que afectan al régimen procesal del aforado. Vid. por ej. ATS de 13 de Noviembre de 2014, num. Recurso 20619/2014.

[1367] Vid. apdo. 4.2.

[1368] Art. 125 CE.

[1369] Esta situación ya era calificada como *"cuestionable práctica judicial"* en el ATS de 6 de Octubre de 2016.

2011[1370] del Gobierno socialista y la de 2013[1371] del Partido Popular, no obstante lo cual, y la supresión que ahí se proponía de tales prácticas, incoherentemente ambas organizaciones siguen estando presentes en las actuaciones que hacen referencia al rival político.

Y otro tanto cabe decir a propósito de la irregularidad que se produce con la pretensión de figurar como perjudicado, y en esa condición accionante particular contra la PF enjuiciada, por parte del Ppol que es a la vez juzgado como responsable penal en ese mismo procedimiento.[1372]

También hemos de referirnos nuevamente al posible conflicto de intereses entre los responsables de la organización y su defensa como PPFF eventualmente responsables del delito precedente y la que se corresponde con los intereses propios del Ppol en su conjunto[1373], toda vez que en el caso de éstos la propia configuración de los delitos electorales y las características de las PPFF que con más frecuencia pueden ser autoras del "delito fuente", llevan a la consecuencia incuestionable de una mayor frecuencia de esta clase de conflictos de intereses.

Para finalizar, podría añadirse, así mismo, una última reflexión acerca de la posibilidad de conformidades que, dada la amplitud y extensión de los riesgos delictivos para la clase de PPJJ que aquí nos interesan, incrementan la eventualidad de reiteración de supuestos con sus graves consecuencias derivadas de la presencia de reincidencias sucesivas[1374], sólo evitables con la ya anteriormente propuesta solución de privar de los efectos propios del antecedente penal a las condenas producidas como consecuencia de la conformidad.[1375]

[1370] Art. 82 d) que prohíbe la actuación como Acusación popular de *"…las Administraciones públicas, los partidos políticos y los sindicatos."*
[1371] Art. 70.2 d) que extiende esa prohibición a *"…los partidos políticos, los sindicatos, ni cualquier otra persona jurídica pública o privada."*
[1372] Vid. GIMENO BEVIÁ, J., "Problemas que plantea el enjuiciamiento penal de los partidos políticos" (en prensa).
[1373] Vid. apdo. 3.9.3.
[1374] Vid. apdo. 3.7.1.2.2.2.
[1375] Vid. apdo. 3.9.5.

-V-

TESIS

(En forma de 30 Conclusiones)

COMO CONCLUSIÓN DE LAS ANTERIORES PÁGINAS SE FORMULAN LAS SIGUIENTES TESIS:

I.- DELINCUENCIA ELECTORAL:

I.1.- CARÁCTER ESPECIAL:

(1) ***"No merece desaprobación el hecho de que la delincuencia electoral disponga de una regulación especial dentro de la LOREG."***

A pesar de las críticas que generalmente merecen las Leyes especiales, dentro del Derecho Penal, en este caso la vinculación a los bienes jurídicos protegidos, que se ubican en la norma que regula todos los aspectos integrantes del "proceso electoral", justifica a nuestro juicio de manera suficiente el que los tipos penales que a ellos se refieren se concentren en esa norma especial.

Su incorporación al Código Penal supondría una dispersión de dichas figuras a lo largo de su articulado (falsedades, prevaricaciones, actos contra la libertad, etc.), lo que difuminaría la entidad propia de esta materia o, caso de reunirse las infracciones bajo un epígrafe concreto y exclusivo del Texto legal general, una anómala acumulación de supuestos diversos, reiterativa en relación con otros apartados de la misma Ley.

I.2.- NECESIDAD DE ACTUALIZACIONES LEGALES:

No obstante lo anterior, lo que sí que resulta además evidente es:

(2) ***"La necesidad ineludible de una serie de reformas legales en la regulación en la LOREG de los denominados "delitos electorales"."***

En efecto, y a pesar de haberse producido una reciente modificación en esta materia con la LO 2011, lo cierto es que subsisten una serie de aspectos que dicha reforma no ha contemplado o que ha resuelto defectuosamente, a los que hacemos alusión detallada a lo largo de las primeras páginas de este estudio, y que requieren una pronta solución.

Cuestiones precisadas de modificación son, por otra parte y de manera muy especial, todas aquellas relacionadas con la Reforma del Código Penal de la LO 1/2015 en materias como la apropiación indebida, la supresión de la categoría de las faltas penales, etc.

II.- LA RPPJ:

II.1.- JUSTIFICACIÓN Y FINALIDAD

(3) ***"La razón de ser de la existencia de la RPPJ debe situarse e interpretarse tanto en relación con una búsqueda de la vinculación de la PJ con los objetivos de prevención del delito que pudiera producirse en su seno, como en la de su alianza con las Autoridades cuando el delito ya se hubiera producido, prestando colaboración en la investigación y sanción del autor del mismo."***

La presencia de un régimen como el de la RPPJ sólo se justifica por razones de utilidad y funcionalidad práctica, es decir, en el ámbito de la Política Criminal. Razones que

en ningún momento hay que perder de vista a la hora de interpretar cada uno de los aspectos que componen este sistema en su integridad.

Tanto la dificultad que tiene el Estado para la prevención del delito en el seno de las estructuras empresariales, como la complejidad de la investigación de los ya cometidos en ese ámbito, son las razones de ser originarias (EEUU, por ej.) de este régimen, a partir de la idea de la búsqueda de colaboración, o alianza, de la PJ con las Autoridades correspondientes, en la consecución de los fines propios del Derecho Penal.

Hasta el punto de que el inicial problema que suscita esta nueva clase de responsabilidad penal, respecto del extremo esencial del fundamento del "ius puniendi", en concreto el de la imposible efectividad de motivación negativa de la norma, con la amenaza del castigo, frente a un ente, como la PJ, carente por completo de elementos psicológicos para la recepción de semejante mensaje y su repercusión en orden a la función inhibitoria respecto de la voluntad de comisión de la conducta prohibida, queda con creces superado ante la ventaja que supone, precisamente para aquella misma finalidad y fundamento del Derecho Penal, el hecho de que la PF integrante de la PJ se vea más "amenazada" por el mandato normativo, en una situación de estrecha colaboración de su propia empresa con los encargados de la investigación y sanción de las infracciones que pudiera cometer.

No obstante, la grave dificultad que, hoy por hoy, presenta nuestro ordenamiento patrio para una fructífera aplicación de tales objetivos saludables de Política Criminal viene dada, sobre todo respecto del segundo de ellos, el de la colaboración en el castigo del delito ya cometido, por el diseño, todavía vigente, de un proceso penal con Juez de Instrucción y fuerte presencia del principio de legalidad y, por ende, sin la figura de un Fiscal investigador, con dispositivos propios del principio de oportunidad, que pueda, desde su posición, incentivar la tan repetida colaboración de la PJ a cambio de un tratamiento favorable adecuado.

II.2.- DE DERECHO SUSTANTIVO:

CULPABILIDAD:

(4) ***"El sistema de RPPJ en nuestro ordenamiento es el de responsabilidad por el hecho propio cometido por la PJ, en todos los supuestos, con absoluta exclusión del denominado sistema vicarial, por transferencia o de hetero-responsabilidad."***

La cuestión esencial en el régimen de RPPJ es determinar dónde estriba la culpabilidad de la PJ o, en su caso, si debe seguirse, sin más, un sistema de mera responsabilidad directa y objetiva, según el cual la PJ responde de manera automática por el hecho de un ajeno, el delito cometido en su seno por una PF que la integra, siempre que se den además una serie de requisitos legalmente establecidos, dentro del denominado sistema de hetero-responsabilidad, por transferencia o vicarial[1376], o si, como desde aquí sostenemos categóricamente la única interpretación aplicativa del régimen de la RPPJ en nuestro ordenamiento ha de ser la alternativa, la que hace responder a la PJ tan sólo por el hecho propio, el cometido por ella misma, cuya descripción ha de establecerse para configurar el correspondiente tipo de injusto, moviéndonos en definitiva, exclusivamente y para todos los supuestos, en el terreno de la auto-responsabilidad.

Semejante afirmación se apoya en las siguientes razones:

- Axiomática: porque no cabe otra posibilidad, una vez comprobada la obligatoriedad, constitucional y legal, de respeto ante la PJ de los mismos principios, derechos y garantías que en el enjuiciamiento penal de la PF, que excluyen toda posibilidad de responsabilidades objetivas o por hechos cometidos por terceros.

- Sistemática: porque si la mayor parte de los defensores del sistema de responsabilidad directa o vicarial de la PJ en nuestro país (Circulares de la FGE o VP a la STS 154/2016, por ej.), admiten que la expresa exigencia legal relativa al deficiente control de los subordinados, para el caso de las infracciones cometidas por éstos (art. 31 bis 1 b) CP), sí que remite a un régimen, al menos parcialmente, de auto-responsabilidad de la PJ, basado en la existencia o no de un adecuado control, no se alcanza a comprender el por qué no resultaría posible extender ese mismo

[1376] Criterio seguido por la propia CFGE 1/2011 y por diversos autores, incluso tras la reforma de la LO 1/2015, como SILVA SÁNCHEZ, J, "Criminalidad de empresa y y Compliance . Prevención y reacciones corporativas", (dir.), Barcelona 2013, pag. 34 o GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015", Valencia 2015, pag. 145,

criterio a los casos de comisión del hecho delictivo por los representantes o administradores de la PJ (art. 31 bis 1 a) CP), cuando de esa forma se unifica y clarifica el sistema, a la vez que se respetan los principios constitucionales antes mencionados, máxime cuando tras la Reforma de 2015, aunque fuere por la vía de la causa de exención de responsabilidad, se introducen criterios que apuntan obviamente a una valoración de la "conducta" de la PJ a la hora de establecer modelos de gestión que supongan un control efectivo también sobre representantes y administradores.

- Teleológica: porque si, en definitiva, el régimen de RPPJ tiene algún sentido, alguna finalidad práctica desde el punto de vista de la Política Criminal, es precisamente porque busca la alianza de la PJ con las Autoridades encargadas de prevenir la comisión de delitos para cumplir con este objetivo, respecto de los ilícitos producidos en su seno, mediante la introducción y ejecución de mecanismos de control, no tiene ningún sentido sancionar a la PJ independientemente de su contribución o no a esa finalidad de prevención delictiva previa.

Por otro lado:

(5) ***"El fundamento de la culpabilidad de la PJ no puede ser otro que el de su ausencia de cultura de respeto por la Ley y el Derecho, que se manifiesta en la inexistencia de suficientes y eficaces instrumentos de control preventivo, tendentes a evitar la comisión de delitos en su seno o a facilitar la investigación y sanción de los que pudieran llegar a cometerse."***

La ausencia de controles preventivos tendentes a evitar la comisión del delito por parte de las PPFF integrantes de la organización constituye el elemento esencial de la conducta típica de la PJ y, por ende, el objeto de acreditación y valoración a la hora de establecer su responsabilidad culpable, una responsabilidad que, no obstante, encuentra su fundamento en la falta de cultura de fidelidad a la norma, evidenciada precisamente por esa ausencia de interés en controlar las potenciales posibilidades delictivas de la PF.

Y finalmente que:

(6) ***"La causa de exoneración de la RPPJ contemplada en el art. 31 bis 2 CP no agota el tratamiento de la culpabilidad de la PJ en su enjuiciamiento penal."***

Ya que, en efecto, tratándose el fundamento de la culpabilidad de la PJ de una cuestión que gira en torno a la presencia o no de esa "cultura de cumplimiento" a la que nos estamos refiriendo, la previsión legal presentada en forma de circunstancia de exoneración de la responsabilidad no agota las posibilidades de acreditación de la existencia de aquella cultura, especialmente en aquellos supuestos de PPJJ que por su tamaño, capacidad o características no puedan disponer de los medios necesarios para satisfacer los exigentes requisitos establecidos a este respecto en la norma legal.

TIPO DEL INJUSTO:

(7) ***"La caracterización de nuestro régimen de RPPJ como un sistema de auto-responsabilidad, o responsabilidad por el hecho propio, requiere la identificación del tipo penal que comete la PJ ("delito corporativo") que ha de ser distinto, e independiente, del llevado a cabo por la PF ("delito individual"), que tan sólo ostenta un valor de precedente o mero requisito previo para la RPPJ."***

Los principios básicos de nuestro sistema penal y, de modo muy especial, el de ausencia de responsabilidad por el hecho de comisión ajena, obliga a determinar de forma individualizada el "acto" propio y atribuible a la PJ que hace a ésta acreedora de responsabilidad penal.

La hetero-responsabilidad, es decir, la responsabilidad en función exclusivamente de los hechos realizados por otro, no tiene cabida en el enjuiciamiento de la PF y no puede tampoco tenerlo, en modo alguno, en el ámbito de la PJ, pues ello significaría renunciar al fundamento motivador de la pena y, en definitiva, a su relación con la justificación misma del "ius puniendi".

(8) ***"El injusto típico de la PJ, por el que ésta responde, es el de la omisión de los mecanismos de control necesarios y razonablemente eficaces para prevenir la comisión, en su seno y por parte de las PPFF que la integran, de ciertos delitos expresamente señalados para ello en el CP."***

En directa relación con el, ya antes visto, fundamento de la culpabilidad de la PJ, el acto reprochable de la misma no puede ser otro que aquel, de naturaleza omisiva, que pone de relieve su ausencia de compromiso con la prevención del delito, no aplicando las medidas de control adecuadas para evitar éste.

Superando así cualquier riesgo de presencia de una responsabilidad de carácter objetivo que no se corresponda con los postulados de nuestro Derecho Penal.

EL BENEFICIO COMO REQUISITO DE LA RPPJ

(9) ***"El requisito legal del beneficio, directo o indirecto, para la PJ, que exige la norma para la existencia de responsabilidad penal por parte de ésta, será sin duda uno de los elementos que mayor dificultad ofrezca para la exigencia de la RPPJ y no se justifica su exigencia en un sistema de auto-responsabilidad basado en la necesidad, independientemente de ese beneficio, de unas adecuadas herramientas de control preventivo de la infracción delictiva."***

En efecto, de una parte no cabe duda de que la existencia, o no, de un provecho o beneficio para la PJ derivado del delito cometido por la PF será, en gran número de casos, uno de los aspectos más importantes en el debate acerca de la RPPJ, sobre todo respecto de ciertas infracciones, pero, por otro lado, no debe dejar de sorprender la incorporación de este requisito en un régimen en el que lo importante es promover la colaboración de la PJ en las finalidades de Política Criminal del Estado, independientemente de las consecuencias provechosas que pudiere generar el ilícito cometido por la PF.

ATENUANTE POR ANALOGÍA

Por último, respecto de las circunstancias modificativas de la RPPJ, se sostiene que:

(10) ***"A pesar de no estar expresamente prevista, es del todo aceptable la construcción de una atenuante de análoga significación a las enumeradas en el texto legal."***

La carencia de una formulación autónoma y expresa de atenuante por analogía para el supuesto de la RPPJ no debe significar la exclusión del principio general que acepta la interpretación analógica de la norma penal "in bonam parte", es decir, en supuestos favorables para el autor del delito.

Y en tal sentido, resulta totalmente factible la construcción de atenuantes por analogía, también para la PJ, en casos tales como las dilaciones indebidas del procedimiento.

II.3.- DE DERECHO PROCESAL:

DERECHO DE DEFENSA Y CONFLICTO DE INTERESES:

(11) ***"Para la plena eficacia del derecho de defensa de la PJ el Legislador debe introducir los mecanismos correspondientes que garanticen ese derecho en aquellos supuestos en los que puedan existir intereses procesales en conflicto entre la PJ y la PF encargada originariamente de dirigir la defensa de aquella."***

La realidad pone en evidencia que, en más ocasiones de las que pudiera esperarse, le corresponde asumir la representación y defensa de la PJ en el procedimiento penal a una PF con intereses que entran en conflicto con los de su representada, esencialmente por tratarse dicha PF de la autora misma del delito que precede a la RPPJ.

Para evitar que ese conflicto suponga finalmente la postergación de los intereses de la propia PF en beneficio de su representante, que puede utilizar esa posición para eludir sus responsabilidades y, por supuesto, evitando toda línea estratégica de defensa de la PJ que

significique a colaboración con las Autoridades tendente a esclarecer el delito cometido inicialmente y su autoría, resulta imprescindible que el Legislador aborde esta cuestión y ofrezca una solución normativa que permita la designación, en tales casos, de una PF que pueda defender adecuadamente y libre de cualquier conflicto personal los intereses de la PJ de que se trate.

DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE:

(12) ***"La PJ, en tanto que sometida al proceso penal, no sólo no tiene obligación de declarar ni de confesarse culpable, sino que tampoco puede forzársele a aportar pruebas que pudieran incriminarla."***

A pesar de los discrepantes pronunciamientos del TEDH y del TJUE sobre esta cuestión, a nuestro juicio el denominado principio "nemo tenetur se ipsum accusare" ha de regir también respecto de la PJ, cuando puede ser sometida a una responsabilidad penal, ya que, aunque no pueda ser sometida ella misma a presiones inadmisibles para propiciar su colaboración autoincriminatoria, la exclusión de esa garantía condiciona de tal forma el pleno ejercicio de su derecho de defensa que en buena medida impide la presencia de un juicio verdaderamente justo.

(13) ***"La obtención de pruebas incriminatorias sometiendo a la PJ a la amenaza de sanción, en un procedimiento administrativo previo, ha de suponer la ineficacia en el proceso penal de los materiales probatorios de este forma obtenidos."***

Consecuencia inmediata de lo anterior es la de la valoración que haya de merecer el material probatorio procedente de una tramitación extra penal, cuando en ella no se hubiera respetado el derecho a no autoincriminarse, algo tan propio de los expedientes administrativos sancionadores.

Evidentemente, el respeto del referido principio obligaría a no distinguir entre los orígenes del material probatorio disponible, considerando irregular su obtención vulnerando

esa garantía, cualquiera que fuere el escenario en el que se produzca, cuando de determinar responsabilidades penales se trata.

DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

(14) ***"La vigencia del derecho a la presunción de inocencia, que corresponde igualmente que a la PF a la PJ en su integridad, supone para la acusación la obligación de soportar la carga de la prueba sobre los elementos constitutivos del tipo cometido, incluida la inexistencia de adecuados mecanismos de control preventivo de delitos."***

Como en cualquier enjuiciamiento de carácter penal, en el de la PJ también ha de respetarse el derecho a la presunción de inocencia de quien es acusado, lo que supone la existencia de una verdad, verdad interina pero que, en cualquier caso, requiere ser enervada mediante pruebas que generen la convicción suficiente acerca de la comisión del hecho merecedor del reproche punitivo que, en este ámbito y conforme a lo que ya se vio, no es otro que el de la ausencia en la PJ de herramientas de prevención del delito cometido por la PF acordes con las posibilidades en cuanto a medios y capacidad de las que esa PJ en concreto disponga.

(15) ***"La acreditación de la causa de exención de la responsabilidad penal expresamente prevista en el Código Penal corresponde, en exclusiva, a la PJ que alega su concurrencia."***

No contradice, en absoluto, la conclusión anterior, en tanto que radical afirmación de la vigencia de la presunción de inocencia de la PJ, el que cuando se trate de la alegación por ésta de la causa de exención de responsabilidad que el propio art. 31 bis contempla, con todos sus exigentes requisitos, la obligación de acreditación de la misma incumba a la defensa misma, toda vez que estamos hablando, en este caso, de una eximente buscada expresamente para eludir, cuanto antes, los efectos del procedimiento penal tan negativos sobre todo desde el punto de vista reputacional.

CONFORMIDADES:

(16) ***"La Sentencia condenatoria recaída en un procedimiento penal finalizado mediando conformidad de la PJ no debería producir efectos de antecedentes penales de cara a la ulterior concurrencia de la reincidencia en posteriores condenas penales."***

La conformidad procesal, como instrumento relevante para la evitación del daño reputacional de la PJ, puede perder gran parte de sus beneficiosos efectos si, como sucede en otros ordenamientos, no se elimina el carácter de antecedente, a efectos de reincidencia, de la condena alcanzada mediante esa conformidad de la acusada.

Eliminar tal consecuencia podría servir de importantísimo incentivo para propiciar aún más la finalización del procedimiento mediante la conformidad.

III.- RESPONSABILIDAD DEL PPOL EN LA DELINCUENCIA ELECTORAL.

III.1.- CRÍTICA A LA INCLUSIÓN DEL Ppol EN EL RÉGIMEN DE RPPJ:

(17) ***"Resulta técnicamente discutible la posibilidad de una exigencia de responsabilidad penal a los Ppols."***

Como con la necesaria extensión se justifica en su lugar, en el presente texto, no compartimos la opinión de nuestro Legislador acerca de la conveniencia de la incriminación generalizada de los Ppols y su inclusión dentro del régimen de RPPJ sin especialidad alguna, más allá de la personal responsabilidad que pueda corresponder a las PPFF autoras de hechos punibles dentro de esas organizaciones, entre otra razones por el hecho de que la adopción de medidas cautelares contra alguna de ellas, y no digamos la condena a una pena

interdictiva incluida la disolución y sus efectos de acuerdo con lo previsto en el art. 130.2 CP, puede suponer para unos elementos tan esenciales en el propio sistema político, en la medida en que son el cauce para la expresión ideológica de la ciudadanía.

En todo caso:

(18) ***"Esa responsabilidad penal del Ppol sólo sería sostenible, desde un punto de vista de política criminal, en concreta referencia a los delitos relacionados con la corrupción política o económica."***

En efecto, si alguna justificación pudiera encontrarse para la incriminación del Ppol en nuestro ordenamiento, ello vendría circunscrito solamente a los delitos relacionados con la corrupción, de cualquier signo, por los frutos de Política Criminal que con ello pudieran alcanzarse.

(19) ***"Y si se considera conveniente la exigencia de responsabilidad penal al Ppol, en los supuestos y con la finalidad antes referidos, la única pena susceptible de aplicación al mismo debería ser la pecuniaria."***

A semejanza de lo que acontece en las escasísimas legislaciones en las que, como en Francia, se contempla la posibilidad de una responsabilidad penal de los Ppols, lo razonable sería que, de existir ésta, la única pena aplicable fuere la de multa, por ser la única sanción cuya aplicación no interfiere en la actividad política de la organización.

III.2.- INCLUSIÓN DE LA DELINCUENCIA ELECTORAL EN EL RÉGIMEN DE RPPJ PARA EL CASO DEL Ppol:

(20) ***"Caso de subsistir en nuestro ordenamiento la responsabilidad penal del Ppol, en los términos vistos, es necesario incorporar al catálogo de delitos susceptibles de constituir el precedente de esa responsabilidad los denominados "delitos electorales" contemplados en la LOREG."***

Evidentemente, si ha de contarse con la existencia de una responsabilidad penal del Ppol, resultaría obligado incluir en el catálogo de "numeros clausus" por el que opta nuestro Legislador para delimitar el ámbito de aplicación del régimen de RPPJ, las infracciones relativas al proceso electoral, contempladas como norma especial en la LOREG, dado el estrechísimo vínculo que guardan con la actividad propia de esta clase de organizaciones en general y, al menos, en particular en los supuestos que, con detalle, se analizan ya en el lugar oportuno de estas páginas.

(21) ***"En consecuencia se propone la inclusión, en un art. 150 bis LOREG, de la siguiente fórmula: "Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en esta Sección, se le impondrán las siguientes penas: …"."***

La propuesta, como consecuencia de la anterior Conclusión, de la inclusión de la "delincuencia electoral" entre las infracciones susceptibles de integrar la posible RPPJ, no sólo para los Ppols sino también para cualquiera otra PJ respecto de la que se cumplan el resto de requisitos legales exigidos para ello, obligaría a la inclusión, en la propia Ley especial, de un precepto del tenor semejante a los incorporados en el texto del CP para cada supuesto delictivo de este orden.

III.3.- EL RÉGIMEN DE CULPABILIDAD DEL Ppol.

(22) ***"La obligación legal, contemplada expresamente en el régimen del Ppol, de disponer de modelos de control preventivo penal introduce una importante peculiaridad en el sistema de responsabilidad de la formación política que supone un especial matiz de gran trascendencia a la hora de analizar su culpabilidad."***

Si hemos partido, a la hora de abordar la culpabilidad de la PJ en general, de que la existencia de unos concretos modelos de control preventivo, como el diseñado en el art. 31 bis CP, no supone la imposibilidad de acreditar la presencia de una cultura de cumplimiento, y por ende la ausencia de culpabilidad de la organización respecto de los hechos delictivos que pudiera cometer la PF, en el caso del Ppol la existencia actual de una clara y explícita

exigencia normativa de la presencia, en todo caso, de esos modelos, evidentemente altera de manera esencial la perspectiva referente a la culpabilidad de la formación política que, ahora sí, podría derivarse del hecho inicial del cumplimiento, o no, de semejante exigencia legal, independientemente, del tamaño, capacidad o características de cada Ppol.

(23) ***"Sin embargo, de acuerdo con nuestro planteamiento general, la anterior obligación legal no debe contradecir el hecho de que la responsabilidad penal, también en el caso del Ppol, ha de referirse no a un concreto tipo de modelo de control sino tan sólo a aquel que evidencie, de acuerdo con las capacidades, tamaño y características de la organización, su voluntad cierta de fidelidad al derecho y a los objetivos propios del sistema legal de RPPJ."***

Evidentemente, la imposibilidad para cumplir los requisitos establecidos, en cuanto a la causa de exención de responsabilidad, en el art. 31 bis del CP no puede, ni debe condicionar automáticamente la responsabilidad de la formación política en aquellos supuestos en los que ésta, aunque esté obligada por la norma a disponer de instrumentos de prevención delictiva, carezca de los recursos suficientes para el cumplimiento de aquellas previsiones o cuando, por su menor tamaño, tales exigencias no se correspondan con las verdaderas necesidades de Política Criminal que sirven de fundamento al sistema.

III.4.- LA ESPECIALIDAD DE LOS MODELOS DE CUMPLIMIENTO EN EL Ppol:

(24) ***"Los modelos de cumplimiento propios del Ppol, además de la nota característica de su obligatoriedad, ofrecen otras notas específicas de importancia relacionadas con el propio régimen interno del mismo, inspirado en criterios de democracia y transparencia."***

A diferencia de lo que sucede con otras PPJJ, los Ppols se rigen, por imperativo legal, por criterios internos de gobierno democrático, en el que los afiliados o militantes juegan un papel importante a la hora de configurar la estructura de la organización así como presentan también notas diferenciales las exigencias de actuación transparente, incrementadas en la más reciente legislación, lo que incide de forma considerable y muy

peculiar en lo referente a la configuración de sus modelos de cumplimiento, también de los relacionados con la prevención penal.

III.5.- FINANCIACIÓN ILEGAL Y RESPONSABILIDAD PENAL DEL Ppol:

(25) ***"De entre todos los delitos que pueden originar responsabilidad penal del Ppol ocupa un lugar eminente el delito de financiación ilegal de la organización, especialmente en relación con la materia electoral."***

El tipo delictivo de la financiación ilegal del Ppol, de reciente incorporación en nuestro ordenamiento, constituye la figura más propia de la responsabilidad penal de esta clase de formaciones por la presencia natural en el mismo de los diferentes requisitos legales para la existencia de ésta, tales como el ámbito de actividad en la que se cometen, las características subjetivas de sus autores, la existencia de beneficio, etc., con una relevancia muy especial y protagonismo en el terreno de los procesos electorales.

(26) ***"Resulta, no obstante, imprescindible llevar a cabo una profunda reforma de la técnica legislativa utilizada en la norma hoy vigente en esta materia."***

Los evidentes y numerosos defectos en orden a la tipicidad, penalidad, etc., advertidos en la previsión legal relativa al delito de financiación ilegal de los Ppols, enumerados en el apartado correspondiente de este trabajo, requieren de la correspondiente reforma legal dirigida a una mayor y mejor eficacia de esos preceptos.

III.6.- LA PF AUTORA DEL DELITO QUE SIRVE DE PRESUPUESTO A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL Ppol:

(27) ***"La PF autora del delito precedente de la responsabilidad penal del Ppol de ser un integrante de la propia organización, que la represente, dirija o esté subordinada jerárquicamente a representantes y administradores, con exclusión en consecuencia tanto de los meros afiliados como de los cargos electos ajenos a la estructura misma de esa organización."***

Es importante señalar que la necesidad de que el delito que da origen a la RPPJ se cometa por una PF integrante de la misma en su doble posibilidad de representante o administrador o de persona sometida a éstos, en el caso de los Ppols supone que aquellos ilícitos llevados a cabo por sus afiliados, que no reúnen ninguna de aquellas características subjetivas, y, aún más importante, por los cargos electos que, habiendo sido propuestos por el Ppol, tampoco pueden considerarse incluidos en su estructura interna, en ningún caso pueden servir como delito precedente sobre el que se pueda construir una responsabilidad penal propia de la organización.

III.7.- LA ACTIVIDAD PROPIA DEL Ppol COMO ÁMBITO EXCLUSIVO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MISMO.

(28) ***"Es necesario distinguir debidamente la actividad propia del Ppol de la estrictamente política a la hora de establecer el marco en el que puede plantearse su posible responsabilidad penal."***

Siendo un elemento esencial para la RPPJ el que el delito de la PF sea cometido con ocasión del desempeño de actividades propias de ésta, hay que precisar que cuando hablamos del Ppol esas actividades han de ser las propias de la organización, distinguiéndolas claramente de las de estricto carácter político que también pueden desempeñar los órganos de la formación y las personas que los integran.

III.8.- LA PRESENCIA DE BENEFICIO PARA EL Ppol COMO CONSECUENCIA DEL DELITO COMETIDO POR LA PF.

(29) ***"En concreto en la delincuencia electoral es obligado perfilar adecuadamente dónde se encuentra el elemento del beneficio, directo o indirecto, para el Ppol responsable penalmente, como requisito imprescindible para afirmar la existencia de esa responsabilidad."***

La dificultad para afirmar, en el terreno de lo electoral, que una concreta conducta delictiva de la PF ha generado un beneficio, directo o indirecto, para el Ppol, de manera que pueda afirmarse la concurrencia de este requisito, imprescindible para la afirmación de la RPPJ, teniendo en cuenta que en muchos casos no es posible establecer con la suficiente certeza una relación de causalidad entre el delito y la voluntad expresada en la votación por los electores, obliga a considerar cuestiones como la mera expectativa y su posible valoración como verdadero beneficio para la organización de que se trate.

III.9.- LOS ASPECTOS PROCESALES DEL ENJUICIAMIENTO DEL Ppol.

(30) ***"Resulta indispensable excluir la posibilidad de la personación de los Ppols en las causas criminales, en especial aquellas en las que resulte investigada o acusada otra organización política para evitar la indeseable politización de la Justicia penal en estos supuestos."***

La utilización de los procedimientos penales como lugar de contienda política, práctica cada vez más existida al amparo de la posibilidad de actuación procesales de tales organizaciones ocupando la situación de Acusación popular, constituye uno de los más graves supuestos de politización de esas causas al instrumentalizarlas al servicio de intereses diferentes de los propios de la acción de la Justicia, por lo que debe excluirse semejante eventualidad que ningún efecto positivo produce de cara al enjuiciamiento de las posibles responsabilidades del Ppol en cuestión.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

"Cuando concurran las condiciones para dictar una sentencia de conformidad en materia penal, con rebaja de un tercio de la pena, ¿es también aplicable a las faltas que sean juzgadas o únicamente a los delitos conformados?", Práctica penal: cuaderno jurídico, núm. 69, 2012, pp. 7-13.

"El factor confianza", ISOfocus, 2014, pp. 1-50.

"«Las pymes son las que menos preparadas están». Entrevista a Bernardo del Rosal, catedrático de Derecho Penal y of counsel, responsable del Área de Derecho Penal Económico en Clifford Chance", Diario La Ley, n.o núm. 8532, 2015, fecha de consulta en http://pwk522.colex-data.com/Content/Documento.aspx?idd=NE0000684049&version=20150424&verifyDocType=false.

ALONSO ÁLVAREZ, J., "La prevención de delitos en el Código Penal", Diario La Ley, núm. 8310, 2014

ALONSO GALLO, J., "Los programas de cumplimiento", en Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero, Civitas, Madrid, 2011.

ALONSO GALLO, J., "Los programas de cumplimiento", en Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero), 1a, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2011.

ALTÉS MARTÍ, M. Á., "El delito electoral", Corts: Anuario de derecho parlamentario, núm. 8, 1999.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., Comentarios a la Reforma Penal de 2010, 1ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

APARICIO DÍAZ, L., "Aproximación a las modificaciones previstas por el Proyecto de Ley de Medidas de Agilización Procesal: el tratamiento procesal-penal de la persona jurídica", Diario La Ley, núm. 7657, 2011.

APARICIO DÍAZ, L., "El tratamiento procesal-penal de la persona jurídica tras la reforma operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal", Diario La Ley, núm. 7759, 2011.

APARICIO, M., "La política de RSC en las sociedades cotizadas", El Notario del Siglo XXI, núm. 62, 2015.

ARNALDO ALCUBILLA, E., El carácter dinámico del Régimen Electoral español (soluciones de lege ferenda), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

ARNALDO ALCUBILLA, E.; DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M., Código Electoral, 7ª, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid, 2011.

ARROYO ZAPATERO, L.; NIETO MARTÍN, A., El derecho penal económico en la era «compliance», 1ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ARTAZA VARELA, O., La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamento y límites, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2013.

BACIGALUPO SAGGESE, S., "La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de reforma del Código Penal de 2006 (art. 31 bis)", en Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario, vol. núm. 115, Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial - Centro de Documentación, Madrid, 2007.

BACIGALUPO SAGGESE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (art. 31 bis y 129 CP)", Diario La Ley, núm. 7541, 2011.

BACIGALUPO SAGGESE, S., "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP) (1)", Diario La Ley, núm. 7541, 2011.

BACIGALUPO SAGGESE, S., Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, 1ª, Bosch, Barcelona, 1998.

BACIGALUPO ZAPATER, E., "¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?", La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación, núm. 2, 1982.

BACIGALUPO ZAPATER, E., "La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial", en La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro. Responsabilidad de los Consejos de Administración. Responsabilidad de los subordinados, 1ª, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

BACIGALUPO ZAPATER, E., "La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el Derecho europeo", en Curso de Derecho penal económico, 2ª, Marcial Pons, Madrid, 2005.

BACIGALUPO ZAPATER, E., Principios de Derecho penal: parte general, 5ª, Akal, Madrid, 1998.

BACIGALUPO ZAPATER, E., "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, núm. 7442, 2010.

BACIGALUPO ZAPATER, E., "Teorías de la pena y responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Curso de Derecho penal económico, 2ª, Marcial Pons, Madrid, 2005.

BAJO FERNÁNDEZ, M., "La responsabilidad penal colectiva", en Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal, Consejo General del Poder Judicial - Centro de Documentación, Madrid, 2006.

BAJO FERNÁNDEZ, M., "Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal", InDret, Barcelona Julio 2008.

BAJO FERNÁNDEZ, M., "Vigencia de la RPPJ en el Derecho sancionador español", en Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, vol. Capítulo I, 1ª, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012.

BAJO FERNÁNDEZ, M.; CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE KPMG-URJC, "¿Deben responder penalmente las personas jurídicas? Una reconsideración sobre la tercera vía", en Curso Superior Universitario en Derecho penal económico. Un diálogo entre Jueces, Fiscales, Abogados y Profesores, 1ª, URJC-KPMG, Madrid, 2009.

BAJO FERNÁNDEZ, M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 1ª, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012.

BAJO FERNÁNDEZ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica", en Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, vol. Capítulo XIII, 1a, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012.

BANACLOCHE PALAO, J., "La imputacion de la persona jurídica en la fase de instrucción", en Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales, 1ª, La Ley, Madrid, 2011.

BANACLOCHE PALAO, J., "Las medidas cautelares aplicables a la persona jurídica imputada", en Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales, La Ley, Madrid, 2011.

BANACLOCHE PALAO, J.; ZARZALEJOS NIETO, J. M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales, 1ª, La Ley, Madrid, 2011.

BAUTISTA SAMANIEGO, C.M., "Compliance y blanqueo de capitales", Ed. Wolters Kluwers (en prensa).

BERENGUER PASCUAL, S., "Culpabilidad y cultura empresarial", Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2013.

BRITO MARQUINA, A. (ed.), "Prevención del delito en las organizaciones", AENOR. Revista de la normalización y la certificación, núm. 292, abril de 2014.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos procesales", Diario La Ley, núm. 7625, 2011.

CABEZUELA SANCHO, D., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un nuevo escenario empresarial", en La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en la gestión económica de la empresa. Un nuevo marco empresarial, Círculo Legal/Francis Lefebvre, Hotel Occidental Miguel Ángel de Madrid, 2011.

CABEZUELA SANCHO, D.; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, J.; MAZA MARTÍN, J. M.; 5ª sesión del Observatorio de Derecho Penal Económico del 2012 en el marco de la Cátedra de Investigación Financiera y Forense Universidad Rey Juan Carlos-KPMG, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas con relación al delito de revelación de secretos", Madrid, 2012.

CAMACHO, A. y URÍA, A., "El impacto de la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica el Código Penal en los sistemas de "corporate compliance" de las personas jurídicas", Diario La Ley num. 3328/2015, 19 de Mayo, 2015.

CANCIÓ MELIÁ, M., "La reforma penal: frivolidad, desvarío y populismo punitivo", El Notario del Siglo XXI, núm. 60, 2015.

CARBONELL MATEU, J.C., "Derecho Penal: concepto y principios constitucionales", Valencia, 1986.

CARBONELL MATEU, J. C., "Enfermedad mental y delito. Aspectos psiquiátricos, penales y procesales", 1ª, Civitas, Madrid, 1987.

CARBONELL MATEU, J. C., "Sobre la imputabilidad en Derecho Penal español", en La imputabilidad en general en el Derecho Penal, Consejo General del Poder Judicial - Centro de Documentación, Madrid, 1993.

CARBONELL MATEU, J. C.; MORALES PRATS, F., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Comentarios a la Reforma Penal de 2010, 1ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CARBONELL MATEU, J. C.; MORALES PRATS, F., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. del Libro I: 31 bis, supresión del 31.2 y nuevos, 66 bis, 116.3, 66.3, 130; y del Libro II: arts. 156 bis, 177 bis, 189 bis, 197, 251 bis, 261 bis, 264, 288, 302, 310 bis, 318 bis, 319, 327, 328, 343, 369, 369 bis, 399 bis, 427, 430, 445, 576 bis)", en Comentarios a la Reforma Penal de 2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CARRASCO GÓMEZ, J. J.; MAZA MARTÍN, J. M., Tratado de Psiquiatría Legal y Forense, 4ª, La Ley, Madrid, 2010.

CARRETERO SÁNCHEZ, A., "Aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", Diario La Ley, núm. 7786, 2012.

CASANOVAS YSLA, A., "Control legal interno"; El Economista, Madrid 2011.

CASANOVAS YSLA, A., "Elementos del modelo exigido en la normativa española: el órgano de prevención penal y la evaluación del riesgo (risk assesment)", Aranzadi, Sede de Thomson Reuters Aranzadi. Madrid, 2014.

CASANOVAS YSLA, A., Legal compliance. Principios de cumplimiento generalmente aceptados, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2012.

CASANOVAS YSLA, A., Legal Compliance. Principios de Cumplimiento Generalmente Aceptados, Difusión Jurídica, Madrid, 2013.

CASANOVAS YSLA, A., "Responsabilidad del administrador: Medidas urgentes de vigilancia y control", ACI: Audit Committee Institute España, núm. 12, 2014.

CASSINI GÓMEZ DE CÁDIZ, J., "La Prevención del Delito en la empresa y la Prevención de Riesgos Laborales", Legaltoday.com, fecha de consulta 20 julio 2015, en http://www.legaltoday.com/leyes-en-tramite/reforma-del-codigo-penal/la-prevencion-del-delito-en-la-empresa-y-la-prevencion-de-riesgos-laborales-enfoque-basico.

CAZORLA, L., "El Compliance Penal y la necesidad de Seguridad Jurídica", AENOR. Revista de la normalización y la certificación núm. 292, abril de 2014.

CAZORLA PRIETO, L. M., Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral general, 1ª, Civitas, Madrid, 1986.

CENTER FOR HISTORY AND NEW MEDIA, "Guía rápida", fecha de consulta en http://zotero.org/support/quick_start_guide.

CHOCLÁN MONTALVO, J. A.; SOLER PASCUAL, L. A., "La responsabilidad de la persona jurídica y de los administradores por la actuación en su nombre", en Responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los consejos de administración. Actuar en nombre de otro, Consejo General del Poder Judicial - Centro de Documentación, Madrid, 2006.

CLARO LÓPEZ, F.; PUJOL JAÉN, J. F., "La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en la gestión económica de la empresa. Un nuevo marco empresarial", Hotel Occidental Miguel Ángel de Madrid, 2011.

COBO DEL ROSAL, M.; BAJO FERNÁNDEZ, M., "Delitos electorales. Su configuración según la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de Junio", en Comentarios a la Legislación Penal, vol. T-XVI, Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA, Madrid, 1994.

COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T., "Derecho Penal: Parte General", ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

COBO DEL ROSAL, M.; QUINTANAR DÍEZ, M., Instituciones de Derecho penal español. Parte general, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas. CESEJ, Madrid, 2004.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español", Revista Electrónica de la AIDP, 2011.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español", en Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Aranzadi, Cizur Meno, Navarra, 2013.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.; DE LA MATA BARRANCO, N. J., Responsabilidad penal de las personas jurídicas, 1a, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.; PÉREZ MACHÍO, A. I., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los estados", en Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

DÍAZ LOPEZ, J. A., "Propuestas para la práctica de la mediación penal: delitos patrimoniales cometidos entre parientes y responsabilidad penal de las personas jurídicas", InDret: revista para el análisis del derecho, núm. 3, 2011.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., Estudios sobre la reforma del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero), Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2011.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., "La velada responsabilidad penal por el hecho de otro", en Derecho y Justicia penal en el siglo XXI: «liber amicorum» en homenaje al Prof. Antonio González Cuellar, Costitución y Leyes. COLEX, Madrid, 2006.

DOLZ LAGO, M.J., "Primera Sentencia condenatoria con doctrina general sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Análisis de los requisitos del artículo 31 bis CP/2015. Organización criminal que opera a través de mercantiles dedicadas a la

exportación e importación internacional de maquinaria con droga oculta en su interior. Votos discrepantes", Diario La Ley num. 8796, 2016.

DOLZ LAGO, M.J., "Sobre el estatuto penal de la persona jurídica como sujeto responsable. A propósito de la circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011", Diario La Ley núm. 7665, 2011,

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos", Diario La Ley, núm. 7796, 2012.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Responsabilidad de personas jurídicas", en Memento Experto. Reforma Penal 2010, Francis Lefebvre, Madrid, 2010.

DUPUY LÓPEZ, A., "La defensa de las empresas y la circular de la Fiscalía", 2011.

DUPUY LÓPEZ, A., "La persona jurídica y el delito fiscal", Diario Expansión, 2007.

ECHARRI CASI, F. J., "Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales", La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación, núm. 7632, 2011.

ESCRIHUELA CHUMILLA, F.J., "Todo penal", ed. Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2016.

FARALDO CABANA, P.; FARALDO CABANA, C., "¿Responde penalmente la persona jurídica por la comisión de delitos alimentarios? Límites y posibilidades de la aplicación de las consecuencias accesorias en España tras la reforma de 2010", Diario La Ley, núm. 8269, 2014.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., "El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995", 1ª, Costitución y Leyes. COLEX, Madrid, 1997.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal", en Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, vol. Capítulo II, 1ª, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., "La reforma del art. 129 CP", en Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2011.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero, 1ª, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2011.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., "Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español", en Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, vol. Capítulo III, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., "Las consecuencias jurídicas del delito", en Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, vol. Capítulo X, 1a, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., "Presupuestos para la conducta típica de la persona jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1", en Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, vol. Capítulo IV, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012.

FERNÁNDEZ, M., "ISO 19600 Cómo minimizar riesgos de incumplimiento", AENOR. Revista de la normalización y la certificación, núm. 298, 2014.

FERNÁNDEZ SEGADO, F.; OJESTO MARTÍNEZ PORCAYO, J. F., "Delitos y Faltas electorales", en Tratado de derecho electoral comparado de América Latina (Treatise on Compared Electoral Law of Latin America), International IDEA, Estocolmo (Suecia), 2007.

FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., "El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales (los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del

blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas)", Diario La Ley, núm. 7657, 2011.

DE LA FUENTE HONRUBIA, F., "Garantías materiales y procesales en la imposición de sanciones penales a personas jurídicas. Comentario a la Sentencia del Caso EKIN (sentencia de 19 de diciembre de 2007, Sección Tercera de Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional)", Diario La Ley, núm. 6888, 2008.

GARCÍA GARCÍA, M. Á., Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario, vol. núm. 115, Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial - Centro de Documentación, Madrid, 2007.

GARCÍA RUIZ, J. L., Introducción al Derecho Constitucional, Universidad de Cádiz. Servicio de Publicaciones, Cádiz, 2010.

GARCÍA-ZURITA FERNÁNDEZ MARCOS, R., "Análisis de la responsabilidad penal del Compliance Officer", en prensa.

GIL PECHARROMÁN, X., "Código Procesal Penal: nuevas exigencias para las sociedades", El Economista, 2013, fecha de consulta en http://www.eleconomista.es/legislacion/noticias/4891574/06/13/Codigo-Procesal-Penal-nuevas-exigencias-para-las-sociedades.html#.Kku8jhnxX3s3sf2.

GIMBERNAT ORDEIG, E., "A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad", Nuevo foro penal, Nº. 82, 2014.

GIMENO BEVIÁ, J., "La apuesta por el principio de oportunidad y los programas de compliance en el proceso penal de las personas jurídicas", Diario La Ley, núm. 8437, 2014.

GIMENO BEVIÁ, J., "Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas", ed. Civitas, Madrid, 2016.

GIRGENTI, R. H.; HEDLEY, T. P., Gestión del riesgo de fraude e irregularidades empresariales: los retos en un entorno global, Primera, McGraw-Hill/Interamericana de España, SA, Aravaca, Madrid, 2013.

GOENA VIVES, B. y NAVARRO MASSIP, J., "La responsabilidad penal de las empresas. Algunas reflexiones a la luz de la LO 1/2015, de redforma del Código penal", Recista Aranzadi Doctrinal num. 9/2015.

GÓMEZ DE LIAÑO COBALEDA, M., en "Legislación Penal Especial. Comentarios, concordancias y jurisprudencia", Madrid, 1986.

GÓMEZ MARTÍN, V., "Compliance y derechos de los trabajadores", en Compliance y Teoría del Derecho Penal, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2013.

GÓMEZ TOMILLO, M., "Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho Penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español", Revista jurídica de Castila y León, núm. 25, 2011.

GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídica en el sistema español, 1a, Lex Nova, Valladolid, 2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora", Diario La Ley num. 8724, 2016.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "¿Imputabilidad de las personas jurídicas?", en Miguel Bajo Fernández, Agustín Jorge Barreiro, Carlos Suárez González (eds.) Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Civitas, Madrid, 2005.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales, vol. part. 1, 1ª, La Ley, Madrid, 2011.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Compliance y la reforma del código penal", Legaltoday.com, fecha de consulta en http://www.legaltoday.com/leyes-en-tramite/reforma-del-codigo-penal/compliance-y-la-reforma-del-codigo-penal.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "El nuevo art. 31.2 del Código Penal: cuestiones de «lege lata» y de «lege ferenda»", Diario La Ley, núm. 6548, 2006.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, vol. Capítulo V, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales, La Ley, Madrid, 2011.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", 1ª, B de F, Buenos Aires, 2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española", B de F, Montevideo, 2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, vol. Capítulo VIII, 1a, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La culpabilidad de la persona jurídica", en Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, vol. Capítulo VII, 1a, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La culpabilidad empresarial o corporativa: principales propuestas contemporáneas", en Julio César Faira (ed.) Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española, vol. cap. V, B de F, Buenos Aires, 2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., La culpabilidad penal de la empresa, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014", Diario La Ley, núm. 8341, 2014, fecha de consulta en http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin60/Articulos_60/Gomez-Jara-Diez.pdf.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014".

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Autorregulación y sanciones, vol. cap. VIII, 1ª, Lex Nova, Valladolid, 2008.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal español (art. 31 bis del Código Penal)", en Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española, vol. cap. II, B de F, Buenos Aires, 2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal", Diario La Ley, núm. 7534, 2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas, 1ª, Aranzadi, Navarra, 2006.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y contratación pública. A propósito de la nueva Directiva europea sobre contratación pública", Diario La Ley, núm. 8423, 2014, fecha de consulta en http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin63/Articulos_63/Gomez-Jara.pdf.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, J., "El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial", en Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial propuestas contemporáneas, 1ª, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 93-162, fecha de consulta en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_85.pdf.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "La culpabilidad de la persona jurídica", en "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas", Miguel Bajo Fernández y otros, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015.

GÓMEZ TOMILLO, M., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y carga de la prueba de la idoneidad de los programas de cumplimiento", Diario La Ley num. 8861, noviembre de 2016.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J., "Consecuencias jurídico-penales aplicables a una persona jurídica en una futura reforma penal", en Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario, vol. núm.115, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J., "Consecuencias jurídico-penales aplicables a una persona jurídica en una futura reforma penal", en La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro. Responsabilidad de los Consejos de Administración. Responsabilidad de los subordinados, Consejo General del Poder Judicial - Centro de Documentación, Madrid, 1994.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.; JUANES PECES, Á., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010: medidas a adoptar antes de su entrada en vigor", Diario La Ley, núm. 7501, 2010.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.; JUANES PECES, Á., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor", Diario La Ley, núm. 7501, 2010.

GRACIA MARTÍN, L., "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", Actualidad Penal, núm. 39, 1993.

GRACIA MARTÍN, L., "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", en Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto, 1ª, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1996.

GRACIA MARTÍN, L., "Sobre la naturaleza jurídica de las llamadas consecuencias accesorias para personas jurídicas en el Código Penal español", en Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann, vol. I, Universidad de San Martín de Porres (USMP), Lima, 2011.

GRANADOS PÉREZ, C., "Análisis jurisprudencial de la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal", en Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario, Consejo General del Poder Judicial - Centro de Documentación, núm. 115, Madrid, 2007.

GRAUER RODOY, A., "Bases para un modelo de imputación penal de personas jurídicas en derecho español", Diario La Ley, núm. 6136, 2004.

HASSEMER, W., "¿Por qué y con qué fin se aplican las penasor qué y con qué fin se aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción pena)", Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 3, 1999.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E., "Alcance de la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 3/2011 en relación a las «consecuencias» del delito del artículo 570 quáter", Diario La Ley, núm. 7606, 2011.

HERNÁNDEZ DÍAZ, L., "El nuevo artículo 31 bis del Código Penal: exigencias legales (explícitas e implícitas) que permiten la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica", en Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables", Diario La Ley, núm. 7427, 2010.

HORMAZÁBAL MALAREE, H., "Personas jurídicas penalmente responsables y medidas cautelares. El auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014", La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación, n.o núm. 8368, 2014, fecha de consulta en http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin62/Articulos_62/Hozmazabal-Malaree.pdf.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, Diccionario Electoral, Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral - CAPEL, San José (Costa Rica), 1988.

ITURMENDI MORALES, G., "Impacto en la empresa y el seguro de la reforma del Código Penal: la responsabilidad penal de la empresa", Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro, núm. 7, 2011.

JAÉN VALLEJO, M., Derecho penal aplicado, Jurista Editores, Lima, 2002.

JAKOBS, G., "¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege? Contravención y protección: protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma", Fundación Ortega y Gasset, 2003.

JESCHECK, H.-H., "Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria", Actualidad Penal, núm. 6, 2003.

JESCHECK, H.-H.; WEIGEND, T., Tratado de Derecho Penal: parte general, 5ª, Comares, Granada, 2002.

JIMÉNEZ CARBAYO, V., "La valoración de los delitos en un programa de cmpliance. El método de Mosler como método de análisis y evaluación de los riesgos penales", Diario La Ley num. 8973, 5 de Mayo de 2017.

JIMÉNEZ DÍAZ, Mª J., "Delitos electorales. Su configuración según la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de Junio", en "Comentarios a la Legislación Penal", Tomo XVI, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994.

JORDÁ GARCÍA, R., "Reformas en curso para las sociedades no cotizadas por mejora del gobierno corporativo", Diario La Ley, núm. 8324, 2014, fecha de consulta en http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin60/Articulos_60/Jorda-Garcia.pdf.

KUDLICH, H., "¿Compliance mediante la punibilidad de asociaciones?", en Compliance y Teoría del Derecho Penal, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2013.

KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., Compliance y Teoría del Derecho Penal, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2013.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., "Compliance, debido control y unos refrescos", en El Derecho Penal Económico en la era Compliance, Primera, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., "Compliance, debido control y unos refrescos", en El Derecho Penal Económico en la era Compliance, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

LIÑÁN LAFUENTE, A., "Los programas de prevención de riesgos penales como causa de exención de la responsabilidad penal de la personal jurídica, y su falta de adopción como nuevo delito que afecta a los administradores de las sociedades. Comentario al Proyecto de Reforma del Código Penal", Diario La Ley, núm. 8220, 2013, fecha de consulta en http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin57/Art%C3%ADculos_57/Liñán-Lafuente.pdf.

LÓPEZ ASENCIO, P., "Prevención de la responsabilidad y programas de cumplimiento (compliance programs)", en La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en la gestión económica de la empresa. Un nuevo marco empresarial, Círculo Legal/Francis Lefebvre, Hotel Occidental Miguel Ángel de Madrid, 2011.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Derecho penal. Parte general II. Introducción a la teoría jurídica del delito, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2002.

LÓPEZ PEREGRÍN, M. DEL C., "La discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 CP, once años después", en Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

DE MADRID DÁVILA, E., "Peritaje en materia de compliance en la aplicación de la normativa relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Caso español", en Tratado pericial judicial, vol. cap. IX, Primera, La Ley, Las Rozas, Madrid, 2014.

MAGRO SERVET, V., "Hacia la necesidad de implantación del plan de prevención jurídica en las empresas (Una exigencia legal tras la LO 5/2010, de reforma del Código Penal)", Diario La Ley, núm. 7633, 2011.

MAGRO SERVET, V., "El Derecho Penal de la Empresa en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de Marzo de Reforma del Código Penal", Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., "Las excusas absolutorias en Derecho Español", ed. Tirant lo Blanch, monografías, num. 969, Valencia, 2014.

MARCOS FERNÁNDEZ, F.; SÁNCHEZ GRAELLS, A., "En contra del reconocimiento de «derechos humanos corporativos» en los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia", Diario La Ley, núm. 8539, 2015.

MAROTO CALATAYUD, M., "La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal", Ed. Marcial Pons, Madrid 2015.

MARSH RISK CONSULTING, "Decálogo de gestión del riego penal. Responsabilidad penal de la empresa", Servicio de Estudios Marsh España, Madrid 2016.

MARSH, Diccionario de D&O. Glosario de términos del seguro de responsabilidad civil de administradores, consejeros y directivos", Servicio de Estudios Marsh, Madrid 2014.

MARTÍN BOADO, A., "El nuevo Código Penal no perdona los delitos cometidos por los Directivos de una Organización", Instituto Español de Ética 6 Compliance, Azierta, PM Farma, Septiembre-Octubre (nº 137).

MARTÍN MARTÍN, G., "La LOREG y los delitos electorales", en "Estudios sobre la Reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General: la Reforma continua y discontinua", Instituto de Derecho Público, Madrid, 2011.

MARTÍN SAGRADO, O., "El decomiso de las sociedades pantalla", Diario La Ley núm. 8768, Mayo de 2016.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "El delito concursal (art. 260)", en Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, Cuarta, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MARTÍNEZ-CARANDE CORRAL, J. L., "El conflicto de intereses: implicaciones en el ámbito de los modelos de prevención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", Diario La Ley, núm. 8312, 2014.

MARTÍNEZ PUERTAS, L. y PUJOL CAPILLA, P, "Guía para prevenir laresponsabilidad penal de la empresa, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2015

MASCHMANN, F., "Compliance y derechos del trabajador", en Compliance y Teoría del Derecho Penal, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2013.

DE LA MATA BARRANCO, N. J., "El cumplimiento por el Legislador Español del mandato de la Unión Europea de sancionar a las personas jurídicas", en Responsabilidad penal de las personas jurídicas, 1a, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013.

DE LA MATA BARRANCO, N. J.; BILBAO LORENTE, M.; ALGORTA BORDA, M., "La atribución de responsabilidad penal de personas jurídicas y su exención: instrumentos

de prevención en el seno corporativo", La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, nº 87. Noviembre 2011.

MAYORDOMO RODRIGO, V., "El indulto de las personas jurídicas. Fundamento en «razones de equidad, justicia o utilidad pública»", en Responsabilidad penal de las personas jurídicas, 1a, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra , 2013.

MAZA MARTÍN, J. M., "Curso Programa Ejecutivo Compliance Officer (Controller Jurídico)", IV Edición, Madrid.

MAZA MARTÍN, J. M., "Delitos e Infracciones electorales", en Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y a la Ley Orgánica de Referéndum, 1ª, La Ley, Madrid, 2014.

MAZA MARTÍN, J. M., "El régimen legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones sustantivas generales acerca de la tipicidad y la culpabilidad en estos supuestos", 2012.

MAZA MARTÍN, J. M., "La imputabilidad", en Psiquiatría Legal y Forense, vol. V. Capítulo 261, Bosch, Barcelona, 2013.

MAZA MARTÍN, J. M., "Los delitos de carácter económico en la persona jurídica", en La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en la gestión económica de la empresa. Un nuevo marco empresarial, Círculo Legal/Francis Lefebvre, Hotel Occidental Miguel Ángel de Madrid, 2011.

MAZA MARTÍN, J. M., "Prevención de riesgos penales. El régimen legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones sustantivas generales", Wolters Kluver (Formación), Madrid, 2015.

MAZA MARTÍN, J. M., "Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y su repercusión en el contrato de seguro de RC", RC: revista de responsabilidad civil, circulación y seguro, número Especial 50 Aniversario - Julio, 2014.

MEDINA MORALES, D., "Delitos e infracciones administrativas en los procesos electorales (Recursos administrativos y judiciales)", Estudios Jurídicos del CEJAJ III-2000, Madrid.

MELGAR MARTÍNEZ, L., "Trabajadores, medios tecnológicos y control empresarial", Diario La Ley núm. 2 (Sección Legal Management), diciembre de 2016.

MESTRE, E., "Responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles", en La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles, vol. cap. 8, Segunda, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MIR PUIG, S., "Introducción a las bases del Derecho Penal", ed. IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de los Partidos Políticos", Ponencia elaborada para el curso "La Financiación ilegal de partidos políticos" celebrado los días 11 y 12 de julio de 2016 en Madrid.

DEL MORAL GARCÍA, A., "Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, 1ª, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

DEL MORAL GARCÍA, A., "Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas acusadas", en El juicio oral en el proceso penal. Especial referencia al procedimiento abreviado, vol. Capítulo XI, 2ª, Comares, Granada, 2010.

DEL MORAL GARCÍA, A., "Responsabilidad penal de personas jurídicas: incidencia procesal", Derecho y Jueces, núm. 53, 2010.

MORALES PRATS, F., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas (artículos 31 bis, 31.2, 33.7, 66 bis, 129, 130.2 CP)", en La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios, 1ª, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2010.

MORALES PRATS, F., y SANZ MORÁN, A., "La reforma de 2015:de nuevo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Derecho y Proceso Penal 39, ed. Aranzadi (Navarra), Julio-Septiembre 2015.

MORENO LÓPEZ, E., "Responsabilidad social de la Empresa y creación de valor", Cátedra de Responsabilidad Social Corporativa - Universidad de Alcalá, 2011.

MORILLAS CUEVA, L., "Los delitos electorales. Aspectos penales del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales.", Granada, 1977.

MUÑOZ CONDE, F., "Delitos electorales", en "Comentarios a la Legislación Penal", tomo II ("El Derecho Penal del Estado Democrático"), Madrid, 1983.

MUÑOZ CONDE, F.; SIERRA LÓPEZ, M. V., "Delitos electorales", Enciclopedia Penal Básica, vol. 1, Comares, Granada, 2002.

MUÑOZ CUESTA, J.; MARTÍ CRUCHAGA, V., "Delitos electorales", Diario La Ley, núm. 6887, 2008.

NEIRA PENA, A., "Primer auto de procesamiento contra personas jurídicas. Comentario del Auto de 11 de octubre de 2011 del Juzgado Central de Instrucción 6 de la AN", Diario La Ley, núm. 7768, 2012.

NIETO MARTÍN, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un nuevo modelo legislativo", Iustel, Madrid, 2008.

NIETO MARTÍN, A., "Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal", Diario La Ley, núm. 8120, 2013, fecha de consulta en: http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/Boletin55/Articulos_55/nieto-martin.pdf.

NIETO MARTÍN, A., "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal", en Compliance y Teoría del Derecho Penal, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2013.

NIETO MARTÍN, A., "El artículo 31 bis del Código Penal y las reformas sin estreno", Diario La Ley, núm. 8248, 2014.

OBSERVATORIO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO 2012 DE LA CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS - KPMG, "El delito de corrupción entre particulares respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas", Diario La Ley, núm. 7920, 2012.

OBSERVATORIO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO 2012 DE LA CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS - KPMG, "El delito de estafa respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas", Diario La Ley, núm. 7890, 2012.

OBSERVATORIO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO 2012 DE LA CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS - KPMG, "El delito de revelación de secretos y la responsabilidad penal de las personas jurídicas", Diario La Ley, núm. 7937, 2012.

OBSERVATORIO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO 2013 DE LA CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS - KPMG, "Medidas de vigilancia y control para prevenir la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica en la reforma en curso del Código Penal", Diario La Ley, núm. 8274, 2014.

OBSERVATORIO DE DERECHO PENAL Y DELITOS ECONÓMICOS 2010 DE LA CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS - KPMG, "El delito fiscal", Diario La Ley, núm. 7594, 2011.

OBSERVATORIO DE DERECHO PENAL Y DELITOS ECONÓMICOS 2010 DE LA CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS - KPMG, "Problemática procesal derivada de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", Diario La Ley, núm. 7626, 2011.

OBSERVATORIO DERECHO PENAL 2011 DE LA CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS - KPMG, "Aspectos sustantivos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", Diario La Ley, núm. 7691, 2011.

OBSERVATORIO DERECHO PENAL Y DELITOS ECONÓMICOS 2011 DE LA CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS - KPMG "Requisitos de los modelos de organización y gestión para la prevención del delito en el seno de la persona jurídica tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015", Diario La Ley num. 8596, 2 de Septiembre de 2015.

OBSERVATORIO DERECHO PENAL Y DELITOS ECONÓMICOS 2011 DE LA CÁTEDRA DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA Y FORENSE UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS - KPMG, "La culpabilidad de la persona jurídica en su régimen de responsabilidad penal en aplicación de la eximente contemplada en el apartado dos del artículo 31 bis del Código Penal", Diario La Ley, n.o núm. 8915, de 6 de Febrero de 2017.

OCAÑA RODRÍGUEZ, A., "Estudio especial de ciertas conductas típicas", en El delito de insolvencia punible del art. 260 CP a la luz del nuevo derecho concursal. Aspectos penales y civiles, vol. cap. VII, Primera, Tirant lo Blanch (monografías), Valencia, 2004.

OCAÑA RODRÍGUEZ, A., "Tipo objetivo. La pretendida condición objetiva de punibilidad", en El delito de insolvencia punible del art. 260 CP a la luz del nuevo derecho concursal. Aspectos penales y civiles, vol. cap. V, Primera, Tirant lo Blanch (monografías), Valencia, 2004.

OCHOA TREPAT, M. L., "Abogados, asesores y «compliance»", Actualidad Jurídica Aranzadi, vol. 24, núm. 906, 2015.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., "Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código Penal", en La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002.

OLIVERA MASSÓ, P., “”Las cláusulas antibribery en la contratación mercantil: incidencia de la normativa de prevención de la corrupción en la eficacia y efecto de los contratos mercantiles”, Diario La Ley num. 8877, 7 de Diciembre de 2016.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., “Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica Societas Delinquere Potest)”, en Compliance y Teoría del Derecho Penal, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2013.

ORTS BERENGUER, E., “Consideraciones críticas en torno a los tipos penales del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de Marzo, sobre normas electorales”, en Cuadernos de Política Criminal, num. 3/1977, pag. 272.

PASCUA MATEO, F., “Derecho de sufragio pasivo”, en Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y a la Ley Orgánica de Referéndum, La Ley, Madrid, 2014.

PASTOR CABALLERO, C., “Compliance en un entono global ¿Hacia dónde vamos?”.

PEÑARANDA RAMOS, J.L. y otros, “Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General”, Ed. CIVITAS, Madrid, 1986.

PÉREZ ARIAS, J., “Notas sobre el actual modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal y sus antecedentes históricos”, ID vLex 564548714.

PÉREZ ESTRADA, M. J., “La imputación de las personas jurídicas: cuestiones procesales”, en Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

PÉREZ GARCÍA, A., “La reforma del código penal y la prevención de riesgos penales en la empresa”, Legaltoday.com, fecha de consulta 20 julio 2015, en http://www.legaltoday.com/leyes-en-tramite/reforma-del-codigo-penal/la-reforma-del-codigo-penal-y-la-prevencion-de-riesgos-penales-en-la-empresa.

PÉREZ GÓMEZ, R., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. El corporate compliance”, Revista de Derecho vLex, num. 136, Septiembre 2015.

PÉREZ MACHÍO, A. I., "Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas", en Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

PORRES ORTIZ DE URBINA, E., "Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas", en Revista de Jurisprudencia El Derecho, num. 2, 1 de Junio 2015.

PORTAL MANRUBIA, J., "El enjuiciamiento penal de la persona jurídica", Diario La Ley, núm. 7769, 2012.

DE PRADA RODRÍGUEZ, M.; SANTOS ALONSO, J., "El nuevo escenario de la reforma del Código Penal: los programas de compliance", Diario La Ley, núm. 8422, 2014.

PRADES CUTILLAS, D., "La sociedad delincuente", El Notario del Siglo XXI, núm. 31, May/Jun. 2010.

QUINTERO OLIVARES, G., "La extinción de la responsabilidad de las personas jurídicas", en La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios, 1ª, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.

QUINTERO OLIVARES, G., "Personas jurídicas, entes, grupos y sus individuos. Su responsabilidad penal tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010", El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 22, 2011.

QUINTERO OLIVARES, G., "La imputación a personas físicas y jurídicas de los delitos generados en actividades empresariales", Barcelona, 2013.

QUINTERO OLIVARES, G., "La responsabilidad penal de los Partidos como personas jurídicas", Actualidad Jurídica Aranzadi, nº núm. 859, 2013.

QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F.; PRATS CANUT, J. M., Curso de Derecho Penal: parte general (acorde con el nuevo código penal de 1995), Cedecs, Barcelona, 1996.

RADBRUCH, G., Zur Systematik der Verbrechenslehre, Festschrift für R. v. Frank, Tübingen, 1930.

REDONDO HERMIDA, Á., "El delito electoral de denegación de auxilio", Revista del Ministerio Fiscal, nº 8, 2000.

RIDAO MARTÍN, J., "Consideraciones ante la futura efectividad de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", Diario La Ley, núm. 8340, 2014, fecha de consulta en http://ridao.cat/wp-content/uploads/2014/06/LA-LEY_25JUNY.pdf.

RÍOS PINTADO, J. F., "Los delitos electorales", Ponencia en los Cursos del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, febrero, 2007.

DE RIVAS VERDES-MONTENEGRO, C., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: problemas dogmáticos y soluciones legislativas", La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, nº 75, 2010.

ROBLES PLANAS, R., "El «hecho propio» de las personas jurídicas y el Informe del CGPJ al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008", InDret: revista para el análisis del derecho, nº núm. 2/2009, 2009.

ROBLES PLANAS, R., "Pena y persona jurídica: crítica del art. 31 bis CP", Diario La Ley, nº 7705, 2011.

ROBLES PLANAS, R., "Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP", Diario La Ley, núm. 7705, 2011.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., Derecho Penal Español. Parte General, [s.n], Madrid, 1970.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del sistema", Revista Abogados, núm. 62, 2010.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Societas delinquere potest (Crítica al prelegislador penal)", Revista OTROSÍ (5ª época). ICAM, 2010.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., "¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)", Diario La Ley, núm. 7561, 2011.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, M., "Los Delitos electorales. Análisis jurisprudencial del delito de propaganda electoral", en revista@justel.com.

RODRÍGUEZ ROLDÁN, D., "Buen Gobierno e IT Governance: el reto del buen gestor", Revista SIC, núm. 92, 2010.

ROMEO CASABONA, C. M., "El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y sistema de garantías en el Derecho español", en Psiquiatría Legal y Forense, vol. 2, Costitución y Leyes. COLEX, Madrid, 1994.

ROMEO CASABONA, C. M., "Principio de culpabilidad y genoma: consideraciones sobre el comportamiento criminal y la herencia genética", en Derecho Penal y Psiquiatría Criminal y Forense, El Puerto de Santa María, 1998.

ROMERO FLORES, B., Partidos políticos y responsabilidad penal. La financiación electoral irregular, 1a, Atelier, Barcelona, 2005.

DEL ROSAL BLASCO, B., "La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, no1, del Código Penal", Cuadernos de política criminal, nº 103, 2011.

DEL ROSAL BLASCO, B., "Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa", Diario La Ley, núm. 7670, 2011.

DEL ROSAL BLASCO, B., "Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y sobre la Circular num. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado", Diario La Ley nº 8732, 2016.

DEL ROSAL FERNÁNDEZ, J.; COBO DEL ROSAL, M., Tratado de Derecho Penal Español (Parte General), vol. 2, 2ª, Darro, Madrid, 1972.

ROSO CAÑADILLAS, R., "Derecho Penal, prevención y responsabilidad social corporativa", en Derecho Penal del Estado Social y democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig, 1ª, La Ley, Madrid, 2010.

ROSO CAÑADILLAS, R., "Las fuentes de imputación de la responsabilidad penal corporativa", La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, núm. 81, 2011.

RUIZ RENGIFO, H.W., "Proyecto Hoowarr sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia", ed. Ibáñez, Bogotá 2017.

SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGS, F. J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", El Notario del Siglo XXI, núm. 31, 2010.

SÁNCHEZ MELGAR, J., "Aproximación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas: nuevos modelos de imputación", Práctica penal: cuaderno jurídico, núm. 69, 2012.

SÁNCHEZ MELGAR, J. "Los títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tras la reforma de 2015" (en prensa).

SÁNCHEZ REYERO, D. G., "Estudio sobre la responsabilidad de la persona jurídica, el doloso dependiente y el corporate compliance", Diario La Ley, núm. 7653, 2011.

SANTOS ALONSO, J., "La reforma del Código Penal y la criminalidad de empresa", Diario Expansión, 2015, fecha de consulta en http://www.centrodedebate.es/la-reforma-del-codigo-penal-y-la-criminalidad-de-empresa/.

SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, M.J., "Delitos societarios y conductas afines", ed. Wolters Kluwer, 2017.

SERRANO ZARAGOZA, Ó., "Contenido y límites del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas en tanto sujetos pasivos del proceso penal", Diario La Ley, núm. 8415, 2014.

SERRANO ZARAGOZA, O.,"Nuevos deberes y responsabilidades de los administradores tras la introducción del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español", Aranzadi, BIB 2015/41415.

SIEBER, U., "Programas de «compliance» en el Derecho Penal de la empresa: una nueva concepción para controlar la criminalidad económica", en El Derecho Penal Económico en la era Compliance, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal, 1ª, Civitas, Madrid, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., "La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas", InDret: revista para el análisis del derecho, núm 2, 2006, fecha de consulta en http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/121375/167823.

SILVA SÁNCHEZ, J., "La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto", Diario La Ley 7464/2010, de 9 de Septiembre.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C., ·La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo", Estudios del Ministerio Fiscal, 1994.

TENA ARREGUI, R., "Soft law y control de legalidad: el caso del gobierno corporativo", El Notario del Siglo XXI, núm. 62, 2015.

THIBAUT, A. F. J., La codificación. Una controversia programática basada en sus obras «Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania» y «De la vocación denuestra época para la legislación y la ciencia del derecho». Con adiciones de los autores y juicios de sus contemporáneos, Aguilar, Madrid, 1970.

THIBAUT, A. F. J., "Sobre la necesidad de un Derecho Civil general para Alemania", Universidad Carlos III de Madrid.

TODOLÍ GÓMEZ, A., "La actualidad de los delitos electorales", Noticias Jurídicas, octubre 2010.

DE TOLEDO Y UBIETO, E. O., "¿Responsabilidad penal para los entes sociales?", Anuario de derecho penal y ciencias penales, vol. 62, núm. 1, 2009.

TORO PEÑA, J. A., "Dato personal: Defensa, incidencia en la persona jurídica y en la globalización", Diario La Ley, núm. 8369, 2014, fecha de consulta en http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin62/Articulos_62/Toro-Pena.pdf.

TORRAS COLL, J. M., "El delito de incremento patrimonial ilícito. Un instrumento necesario para combatir la corrupción", El Derecho, 2013.

TORRES DEL MORAL, A., "Estado de Derecho y Democracia de Partidos", Madrid, 1991.

ÚBEDA DE LOS COBOS, J. J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio", La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, vol. 7, núm. 77, 2010.

DE URBANO CASTRILLO, E., "El impacto de la reforma del Código Penal en relación a las personas jurídicas", La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, núm. 61, 2009.

VARELA GARCÍA, C., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un debate necesario en el derecho español y alternativas", Actualidad Penal, núm. 48, 1995.

VELA MOURIZ, A., "Las claves de la primera condena penal del TS a Personas Jurídicas (STS 154/2016, de 29 de Febrero)", Diario La Ley num. 8713, 2 de Marzo de 2016.

VELASCO NÚÑEZ, E., "Medidas cautelares sobre la persona jurídica delincuente", Diario La Ley, núm. 8169, 2013.

VELASCO NÚÑEZ, E., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales", Diario La Ley, núm. 7883, 2012.

VELÁZQUEZ VIOQUE, D., "Responsabilidad penal de las empresas. ¿Cómo probar el debido control?", Diario La Ley. Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio. Número 7, núm. 7794, 2012.

VERCHER NOGUERA, A., Agunas notas sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica en el contexto penal ambiental comunitario", Diario La Ley num. 8805, de 18 de Julio de 2016.

VERCHER NOGUERA, A., "La persona jurídica y el sistema de compliance en el Código Penal. Su aplicación en el contexto ambiental", Diario La Ley num. 8833, de 28 de Septiembre de 2016.

VERVAELE, J. A. E., "Societas/Universitas delinquere ed puniri potest. La experiencia holandesa como modelo para España?", en Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario, vol. núm. 115, Consejo General del Poder Judicial - Centro de Documentación, Madrid, 2007.

VICENTE DE GREGORIO, M., "La persona jurídica en el Código Penal español", UAM, 4 de Septiembre de 2015.

VILLEGAS GARCÍA, M.A., "La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas. La experiencia de EEUU", Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

VILLEGAS GARCÍA, M.A. y ENCINAR DEL POZO, M.A., "Compliance programs y DPA:una nueva etapa en el camino hacia un "Derecho anticorrupción" sin fronteras", IE Law School, "X Premio Cervelló de Derecho de los Negocios", 30 de Julio de 2016.

VILLEGAS GARCÍA, M.A. y ENCINAR DEL POZO, M.A., "YATES MEMO. A propósito del papel del Ministerio Fiscal en la exigencia de la responsabilidad penal a las grandes corporaciones", Diario La Ley num. 2619, de 21 de Marzo de 2017.

VOGEL, J., "Responsabilidad penal de los empresarios y de las empresas", en La política criminal en Europa, Atelier, Barcelona, 2004.

WINTER CABRERA, C., "Consideraciones acerca de los delitos que prevén la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a modo de «numerus clausus»", Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2003.

ZÁRATE CONDE, A., "Derecho Penal. Parte Especial", Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016.

ZARZALEJOS NIETO, J. M., "La competencia judicial y el procedimiento adecuado en los procesos penales contra personas jurídicas", en Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales, 1ª, La Ley, Madrid, 2011.

ZARZALEJOS NIETO, J. M., "La conformidad de la persona jurídica imputada", en Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales, La Ley, Madrid, 2011.

ZARZALEJOS NIETO, J. M., "La participación de la persona jurídica imputada en la fase intermedia y de juicio oral", en Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales, 1ª, La Ley, Madrid, 2011.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., "Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas", Cuadernos de política criminal, n.o núm. 53, 1994.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español (requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el art. 129 del Código Penal)", en El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2001.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., "Vigencia del principio societas delinquere potest en el moderno Derecho penal", en La Responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., "Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de Junio)", La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, nº 76, 2010.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: principales problemas de imputación", en Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario, vol. núm. 115, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.