



Responsabilidad penal de las personas jurídicas: El conflicto de intereses en la representación procesal

Marta Gerique Martí

Abogado en Gómez-Acebo & Pombo

martagerique@icam.es | <https://orcid.org/0000-0001-9045-2163>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Javier Avilés García, don Francisco Javier Arias Varona, doña María Isabel Candelario Macías, doña Iciar Cordero Cutillas, don Fernando Díez Estella, doña Paula Fernández Ramallo y don Antonio Serrano Acitores.

Extracto

Este trabajo se centra en la problemática que puede surgir habitualmente en el enjuiciamiento penal de las personas jurídicas y, en particular, de las sociedades mercantiles, debido al modelo legal español de representación en el procedimiento elegido por el legislador, que apuesta por la figura de un representante especialmente designado. Debido a la arquitectura interna de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puede tener lugar un conflicto de intereses en los casos en los que la persona física que ocupa la representación de la sociedad en el procedimiento es, al mismo tiempo, investigada a título personal.

Este potencial conflicto de intereses es un daño colateral del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el que la legislación les atribuye responsabilidad penal, bajo determinadas circunstancias, en caso de comisión de determinados delitos en el seno de su estructura empresarial por parte de ciertas personas determinadas legalmente, esto es, los administradores o personas con responsabilidad o por omisión de sus deberes de vigilancia. Y son precisamente las personas investigadas como persona física y autores materiales del delito quienes en muchas ocasiones son llamadas a ser designadas para la representación de la sociedad en el proceso penal, debido tanto a los puestos que ocupan como a su conocimiento de los hechos investigados.

Este conflicto de intereses puede, potencialmente, comprometer el derecho a un proceso con todas las garantías y lesionar la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa de la sociedad investigada, con los riesgos que ello supone tanto para la propia persona jurídica como para el resto de implicados y la administración de justicia que, en ciertas ocasiones, puede verse obligada a declarar una nulidad de actuaciones y repetir el procedimiento.

Este artículo aborda el estado de la cuestión en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia con el ánimo de sintetizar las consecuencias procesales y sobre cómo puede reaccionar el ordenamiento para minimizar este riesgo procesal para las sociedades.

Palabras clave: personas jurídicas; conflicto de intereses; responsabilidad penal.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Gerique Martí, M. (2021). Responsabilidad penal de las personas jurídicas: El conflicto de intereses en la representación procesal. *Revista CEFLegal*, 242, 39-62.





Criminal liability and representation of legal persons: A conflict of interest in the criminal proceedings

Marta Gerique Martí

Abstract

This work focuses on the issue that can often appear in the criminal prosecution of legal persons and, more specifically, companies, due to the Spanish legal model of representation in the proceedings chosen by the legislator, that opts for the concept of a representative specially appointed. A conflict of interest can occur within the inner architecture of the criminal liability of legal persons in those cases where the natural person that represents the company in the proceeding is also prosecuted in his or her own name at the same time.

This potential conflict of interest is a collateral damage of the criminal liability's system for legal persons, which can be legally accountable for a crime, under certain circumstances, in the case of a crime being committed within the company's structure by certain people according to the law, that is, directors or people in charge, or by breach of their duties of surveillance. Many times these people who are prosecuted as natural persons as perpetrators of the crime are the representatives of the company in the legal proceedings, due not only to the positions they hold, but also to their knowledge of the facts under investigation.

This conflict of interest can, potentially, jeopardize the right to a fair process and breach the procedural guarantees and defense right of the prosecuted company, which, in turn, can create risks for the legal person as well as for the rest of the people involved and for the administration of justice, that in certain cases can be compelled to declare the nullity of the proceedings and its repetition.

This article discusses the state of the matter in law, doctrine and case law to synthesize the criminal consequences and how the law can react to minimize this procedural risk for companies.

Keywords: legal persons; conflict of interest; criminal liability.

Citation: Gerique Martí, M. (2021). Responsabilidad penal de las personas jurídicas: El conflicto de intereses en la representación procesal. *Revista CEFLegal*, 242, 39-62.



Sumario

1. Introducción
 2. La persona jurídica en la regulación procesal criminal
 - 2.1. Planteamiento
 - 2.2. Síntesis de la regulación sobre enjuiciamiento de personas jurídicas en la LECRIM: a propósito del «representante especialmente designado»
 - 2.3. Conflicto de intereses y derecho de defensa de la sociedad
 3. Instrumentos frente a la indefensión de la sociedad en el proceso penal
 - 3.1. Deberes de lealtad y buena fe
 - 3.2. Remedios procesales
 - 3.3. Reforma legislativa
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

La responsabilidad penal de las personas jurídicas fue introducida en nuestro ordenamiento a través de las modificaciones a la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP) y al Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de enjuiciamiento criminal (LECRIM), que se llevaron a cabo a partir del año 2010. En el ámbito sustantivo, el CP fue modificado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (LO 5/2010), y posteriormente por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. En el ámbito procesal, la LECRIM fue modificada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (Ley 37/2011).

Hasta esta modificación del Código Penal, las personas jurídicas eran susceptibles de consecuencias accesorias y de responsabilidad civil, pues gobernaba el sistema el principio *societas delinquere non potest*. Con el cambio de paradigma operado por la reforma del CP y de la LECRIM, las personas jurídicas son también responsables penalmente por los delitos cometidos por determinadas personas físicas al amparo de su estructura y organización. Las consecuencias accesorias (arts. 127 y ss. CP) han quedado reservadas a las entidades sin personalidad jurídica.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene un régimen propio y diferenciado del de las personas físicas en varios aspectos. Se predica únicamente de determinados delitos que pueden cometer algunas de las personas físicas relacionadas con la persona jurídica, en un sistema de *numerus clausus* como establece el CP y recuerda la jurisprudencia¹.

¹ STS de 18 de diciembre de 2019 (rec. núm. 1785/2018 [NCJ064794]) y AAP de Valencia, Sección 5.ª, de 13 de diciembre de 2019 (rec. núm. 1716/2019).

Así, las personas jurídicas responderán por los delitos cometidos por su cuenta y en su beneficio directo o indirecto por determinadas personas, que pueden dividirse en dos grupos: responsables y subordinados. Los responsables cuyos delitos son aptos para generar responsabilidad penal de la persona jurídica pueden ser los representantes legales, los que estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, o los que ostenten facultades de organización y control. Los subordinados son las personas sometidas a la autoridad de los responsables, y que cometan delitos en el ejercicio de actividades sociales «por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad» (art. 31 bis CP). La responsabilidad de la persona jurídica solo quedará excluida (o, en su caso, atenuada) en caso de que haya desarrollado e implantado «modelos de organización y gestión» que contengan «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» (los conocidos como programas de cumplimiento, modelos de *compliance* penal, etc.). La reforma del CP también puso el foco de atención sobre la figura del encargado de cumplimiento o *compliance officer* en las sociedades, como responsable de estos «modelos de organización y gestión», sobre los que tendrá funciones más o menos amplias, según la relación del *compliance officer* con la sociedad (orgánica, laboral, mercantil, etc.).

La LECRIM contiene, desde la reforma de octubre del año 2011 (con cierto *décalage* con respecto a la reforma sustantiva del CP en junio de 2010), una serie de previsiones destinadas a regular el procesamiento de las personas jurídicas para adaptar las exigencias del derecho de defensa y la tutela judicial efectiva a las características propias de este sujeto pasivo. Este trabajo se centra en estas implicaciones procesales y, más concretamente, en el derecho de defensa de las sociedades mercantiles. Aunque este régimen se aplica a la gran mayoría de entidades con personalidad jurídica (con las exclusiones del art. 31 quinquies del CP), abundaremos en los aspectos que atañen a las sociedades reguladas en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital (LSC). La reflexión se centra en la opción de legislador por ordenar que las actuaciones en el procedimiento penal se entiendan con un «representante especialmente designado» por la persona jurídica, según señala la LECRIM. La exposición de motivos de la Ley 37/2011 afirmaba que venía a regular «las implicaciones procesales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas» y, en particular, el «derecho de defensa de las personas jurídicas». No obstante, la cuestión no está resuelta, lo que viene generando debate en la doctrina y en la práctica judicial. Incluso el Tribunal Supremo ha señalado que la regulación actual sobre la figura de este «representante especialmente designado» puede no garantizar el derecho de defensa de la persona jurídica investigada, poniendo de relieve, asimismo, la elevada «trascendencia procesal»² de esta cuestión, como seguidamente veremos.

² STS núm. 154/2016, de 29 de febrero (rec. núm. 10011/2015 [NCJ060873]).

2. La persona jurídica en la regulación procesal criminal

2.1. Planteamiento

Con carácter previo, debemos señalar que las personas jurídicas gozan de los mismos derechos que las personas físicas en el seno de un procedimiento penal. En particular, características intrínsecas de las sociedades reguladas por la LSC como el carácter mercantil, la naturaleza impersonal, o el ánimo de lucro, no suponen *per se* merma alguna del estándar de sus derechos procesales. Es cierto que existen determinados derechos que, por su naturaleza, solo pueden predicarse como propios de las personas físicas por su condición humana. No obstante, en el contexto de un proceso, no cabe realizar dicha distinción, más allá de las limitaciones propias de esa condición no humana, como derechos vinculados a la intimidad, la dignidad, etc³.

Ya la Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010 (Circular 1/2011) analizaba la reforma del CP y anticipaba, antes de la modificación de la LECRIM, lo siguiente:

La única excepción en este sentido se podría plantear respecto de aquellas garantías que solo tuvieran sentido en razón de la condición de persona física del imputado, pero ninguna de las enunciadas en el artículo 24 de la Constitución Española está concebida sobre esta premisa.

Actualmente, el artículo 409 bis de la LECRIM establece que a la declaración de la persona jurídica tras su imputación

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.

La jurisprudencia también ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo número 221/2016, de la Sala de lo Penal, de 2 de marzo de 2016 estableció [cursiva enfática añadida]⁴:

La responsabilidad de las personas jurídicas –ya se suscriba un criterio vicarial, ya de autorresponsabilidad– solo puede declararse después de un proceso con todas las garantías. *La imposición de cualquiera de las penas –que no medidas–*

³ STS de 8 de mayo de 2018 (rec. núm. 10311/2017).

⁴ Salvo que se indique lo contrario, de ahora en adelante el énfasis es añadido.

del catálogo previsto en el art. 33.7 del CP solo puede ser el desenlace de una actividad jurisdiccional sometida a los principios y garantías que legitiman la actuación del ius puniendi.

Incide en este punto la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016:

«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.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 123/2019, Sala de lo Penal (Sección 1.ª) (rec. núm. 1763/2018) de 8 de marzo de 2019 confirmó lo siguiente: «Los derechos esenciales reconocidos al acusado en el marco del proceso penal, sea material o procesal su contenido, deben ser igualmente reconocidos a las personas jurídicas».

2.2. Síntesis de la regulación sobre enjuiciamiento de personas jurídicas en la LECRIM: a propósito del «representante especialmente designado»

La LECRIM contiene determinadas previsiones específicas para la instrucción y enjuiciamiento de procesos en los que sea investigada una persona jurídica. En lo que atañe al derecho de defensa y al tema sobre el que orbita este trabajo, debemos referirnos especialmente a los artículos 119, 409 bis, 786 bis y 787 de la LECRIM.

En primer lugar, el artículo 119 de la LECRIM establece una serie de particularidades para los casos en que haya de procederse a la imputación de una persona jurídica. Así, señala que se requerirá a esta para que «proceda a la designación de un representante, así como Abogado y Procurador para ese procedimiento». La falta de designación del representante –puntualiza– no impedirá la sustanciación del procedimiento con los profesionales designados. A falta de designación, se procederá a su designación de oficio (aunque sin beneficio de asistencia jurídica gratuita en el caso de las sociedades mercantiles). A este representante de la persona jurídica se refiere la LECRIM como «representante especialmente designado».

De entrada, debemos señalar que esta fórmula para el procedimiento penal se aparta de la legislación supletoria de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC). Conforme a la LEC, las personas jurídicas tienen capacidad para ser parte (art. 6.1.3.º LEC), y en el procedimiento, en su nombre «comparecerán quienes legalmente las representen» (art. 7.4 LEC). Los representantes legales de la sociedad mercantil serán los miembros del órgano de administración en la forma que adopte en cada caso (art. 209 LSC) o el represen-

tante voluntario, de haber sido apoderado debidamente a tal fin⁵. En caso de concurso de la sociedad en fase común o de convenio, habrá que estar a la intervención o sustitución de las facultades de la sociedad deudora por parte de la administración concursal, conforme a lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (LC), en su artículo 33 apartado 1 letra b) ordinales 12.º y 13.º. Debemos señalar que en caso de disolución de la sociedad, la responsabilidad penal se extingue de conformidad con el artículo 130.2 del CP. No así la responsabilidad civil, cuyo crédito puede perseguirse contra la sociedad disuelta y en liquidación, en cuyo caso la representación de la misma correspondería a los liquidadores (370 LSC) o a la administración concursal (art. 50.4 LC).

La LECRIM, como decíamos, se separa de este sistema y aboga por un «representante especialmente designado». A lo largo de la LECRIM encontramos la referencia a esta figura para regular su intervención en diferentes momentos procesales. No obstante, el artículo 786 bis de la LECRIM se refiere al mismo en los siguientes términos, bastante indicativos de la razón por la que el procedimiento penal posee un sistema de representación propio: «Cuando el acusado sea una persona jurídica, esta 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».

La expresa mención de la finalidad de la designación de un representante especial, «para un mejor ejercicio del derecho de defensa», revela las razones de fondo por las que el legislador ha establecido un sistema de representación diferente para el proceso penal en la LECRIM respecto al procedimiento civil regulado en la LEC. El estándar civil de representación y defensa puede no estar a la altura de los intereses en juego en un procedimiento criminal. Por ello, la LECRIM obliga al órgano de administración de la sociedad a tomar la decisión de designar un representante para el proceso penal *ad hoc*. En palabras de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 2.ª (Roj: SAP O 1895/2018), de 13 de junio de 2018: «El representante especialmente designado será el reflejo de la persona jurídica durante la tramitación del proceso penal».

Asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona (Roj: AAP T 1899/2018) (Sección 4.ª) de 31 de julio de 2018 declaró que:

Recuérdese que el programa de imputación de la persona jurídica no se satisface con el simple traslado de la misma a sus legales representantes. Estos o los órganos societarios correspondientes deben nombrar a un representante *ad hoc* para el proceso penal en curso que «humanice», valga la expresión, la titularidad y ejercicio de los derechos de defensa.

La única norma que establece la LECRIM a la hora de designar a una persona física para el puesto de representante especialmente designado es una prohibición frente a quien «haya

⁵ AAP de Madrid de 23 de noviembre de 2017 (rec. núm. 746/2017).

de declarar en el juicio como testigo» (art. 786 bis LECRIM). Esta limitación se debe a la incompatibilidad procesal del estatuto del acusado (con derecho a guardar silencio, rehusar preguntas y no confesarse culpable) y del testigo (con obligación de decir verdad). Así lo explica el Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal (Roj: AAN 1622/2018) (Sección 4.ª) de 4 de octubre de 2018:

El límite legal se fija en el artículo 786 bis 1.2.º LECrim, que señala para la fase de Juicio Oral que «no se podrá designar a estos efectos a quien haya de declarar en el juicio como testigo». Pero si tal circunstancia se conoce antes, por ejemplo, en la fase de instrucción, *este veto, que pretende evitar fraudes, debe adelantarse a las designaciones que se realicen en esa fase, con el objeto de evitar que una misma persona pueda mentir y lo contrario según la fase del proceso y el carácter con que lo haga. Pues el testigo declara bajo juramento y obligación de decir verdad con apercibimiento de incurrir en delito de falso testimonio si mintiere, características que no son de aplicación a quien declare en representación de la PJ. Ante este conflicto y para evitar que se «blinde» designándose como representante a quien deba declarar como testigo –sobre hecho ajeno y no propio–, el legislador opta por proteger la verdad real que persigue el carácter público del Derecho Procesal Penal.*

Aparte de esta limitación por razones procesales, la LECRIM no establece más reglas. Esta libertad parece, en principio, necesaria para el derecho de defensa de la sociedad, que incluye, lógicamente, el derecho a elegir tanto a su representante procesal como a los profesionales que guíen la estrategia de defensa en el procedimiento. Además, la infinita casuística que puede arrojar la realidad impide establecer más reglas sobre la designación de este representante. Resultaría casi imposible establecer criterios abstractos preconcebidos sobre la idoneidad de una persona para desempeñar el cargo de representante penal de la persona jurídica. Esta idoneidad –en estrictos términos de conformidad a los estándares del derecho de defensa– dependerá de una miríada de factores y circunstancias fácticas imposibles de prever para el legislador. En este sentido resulta muy elocuente el Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal (Roj: AAN 1622/2018) (Sección 4.ª) de 4 de octubre de 2018, que dice así:

En efecto, nuestra LECrim opta por la antropomorfización en la representación y defensa de la entequeia ontológica que es la Persona Jurídica (en adelante: PJ), de modo que el nombramiento de «la persona especialmente designada» por la misma para «declarar» es puntual para cada caso penal concreto (esto es, para cada específica Diligencias Previas), no estableciendo criterio apriorístico para su selección y por tanto debe hacerse conforme a la normativa que regule la concreta configuración de los acuerdos para tal nombramiento, según el tipo de PJ afectada.

El legislador otorga plena libertad a la PJ para que en cada caso concreto designe a quien considere que mejor vaya a representar los intereses de la PJ, selección que se realizará normalmente en función del tipo de delito, del momento en que se produjo, o incluso del departamento en que ocurrieron los hechos.

Tampoco obliga la LECRIM a la designación e intervención del representante especialmente designado de la persona jurídica. Su incomparecencia en cualquiera de las actuaciones de instrucción o en el acto del juicio conllevará que se celebre la vista de que se trate con la presencia del abogado y el procurador de la persona jurídica.

Esta aparente libertad desde el texto legal a la hora de designar al representante procesal de la persona jurídica, junto con el rol que desempeña, abocan, como veremos, en la mayoría de los casos, a un conflicto de intereses procesales.

2.3. Conflicto de intereses y derecho de defensa de la sociedad

La controversia a la que nos referimos obedece a la conjunción de dos factores: (a) la relevancia del papel de este representante especialmente designado y (b) el sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

La figura y trascendencia de este «representante especialmente designado» no es anecdótica. Esta figura no se limita a hacer «corpórea» en el procedimiento a la persona jurídica. Al contrario, es la persona con rostro, voz y cuerpo que, además de encarnar la inmaterialidad de la persona jurídica, ejercerá la representación y, con ello, la defensa de la persona jurídica en el procedimiento. De su actuación en el mismo, a través de sus declaraciones tanto en fase de instrucción como en las sesiones del juicio, por la información que revele y cómo lo haga (o sobre lo que decida guardar silencio) dependerá, en cierta medida, el resultado del procedimiento. Este representante especialmente designado ejerce el derecho de defensa de la persona jurídica a la que representa. El derecho de defensa (art. 24 de la Constitución española) tiene diversas manifestaciones concretas en el ámbito penal, que recogen los artículos 118 y 786 bis de la LECRIM: principalmente, derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, a examinar las actuaciones, a designar libremente abogado, derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, a rehusar contestar alguna pregunta, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a tener la última palabra en el acto del juicio. Así, el representante especialmente designado comparecerá en nombre de la persona jurídica y declarará tanto en la primera comparecencia en la que se le comunique la existencia del proceso contra su persona, como en las subsiguientes que puedan tener lugar y, finalmente, en el acto del juicio. Tendrá conocimiento directo de las actuaciones, responderá preguntas e, incluso, si tiene poder especial, podrá manifestar la conformidad de la persona jurídica para que se le imponga una pena reducida (art. 787.8 LECRIM).

Por norma general, la persona física que actúe como representante especialmente designado en el procedimiento penal no será una persona extraña o ajena a la sociedad. Al contrario, deberá ser una persona con conocimiento del devenir social y de los asuntos internos de la sociedad para poder ejercer el derecho de defensa con suficiente conocimiento de causa y articular la mejor estrategia de defensa procesal posible (y ello, aunque la estrategia procesal elegida sea acogerse al derecho a no declarar si se considera que es

la mejor opción o, incluso, la decisión de no comparecer y que las diligencias se entiendan con el abogado y el procurador). Esta persona puede coincidir (o no) con el administrador de la sociedad, dado que la LECRIM no lo prohíbe. Simplemente, deberá ser apoderado *ad hoc*, de manera expresa por la sociedad para representarla en el concreto procedimiento penal. No obstante, el derecho de defensa de la persona jurídica puede quedar comprometida si el representante especialmente designado es también investigado en el procedimiento, lo que ocurrirá con cierta frecuencia dado que la responsabilidad penal de la persona jurídica depende, precisamente, de que una persona física haya cometido un delito en su seno, como hemos visto al inicio. Y no cualquier persona física, sino concretamente «personas físicas idóneas para provocar la contaminación penal de la sociedad»⁶. Conforme al artículo 31 del CP:

1. 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 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.

Esto es, no puede haber condena en un procedimiento penal contra una persona jurídica sin que, de alguna manera, tengan también responsabilidad en ello los «representantes legales», las personas autorizadas «para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica», aquellas que ostenten «facultades de organización y control dentro de la misma», o las personas sometidas a la autoridad de estos, que por en la omisión en sus deberes de supervisión hayan podido cometer el delito. Es cierto que el artículo 31 ter del CP establece 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 las personas antes referidas, «aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella». Ello no impide que el autor, aunque no haya podido ser identificado, pueda tener interés en repeler toda atención y responsabilidad lejos de sí. Además, la responsabilidad de las personas físicas autoras de este delito no tiene por

⁶ SAP de Valencia de 27 de diciembre de 2017 (Roj: SAP V 5732/2017).

qué ser únicamente penal. Podría tratarse también, en el caso de los administradores, de responsabilidad en la gestión social por no haber implantado y ejecutado correctamente un programa de *compliance*, o por haber omitido, en sus cargos de autoridad, sus deberes de vigilancia sobre las personas a las que se refiere la letra b) del artículo 31 bis, apartado 1, del CP. Las consecuencias en este segundo caso, limitadas al plano civil, podrían ser censura de la gestión social por los socios o partícipes (arts. 160 y 164 LSC) y una eventual acción social (art. 238 LSC) o individual (art. 241 LSC) de responsabilidad. Según Pérez Arias (2014):

El hecho de la representación corporativa no ofrece problema alguno en cualquier otra rama del Derecho, pero adquiere unas connotaciones muy singulares en el ámbito penal, ya que las personas jurídicas se encontrarán imputadas por un delito cometido por su representante legal, bien directamente bien por no haber ejercido este el debido control sobre el personal dependiente. Por tanto, siempre que una persona jurídica esté implicada en un procedimiento penal también lo estará, directa o indirectamente, la persona física que la representa en el tráfico jurídico-económico (pp. 205-206).

En otras palabras, el conflicto de intereses existe porque por voluntad del legislador y una ficción legal, hay una dislocación de personalidades y responsabilidades que, sin embargo, recaen sobre unos únicos «hechos base»: el delito de la persona física (sin perjuicio de los requisitos propios que permiten construir la responsabilidad de la persona jurídica). El artículo 409 bis de la LECRIM resulta muy ilustrativo, pues establece que «cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su Abogado». Continúa diciendo –y aquí está el problema– que «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*».

Esta situación de conflicto, según Gudín Rodríguez-Magariños (2017, p. 133), «es potenciada incluso por el ordenamiento, al objeto de llegar a la verdad material sobre la realidad de los hechos». En palabras de Gascón Inchausti (2012, p. 109), nos enfrentamos a «las dificultades que para la pureza del proceso se pueden derivar de la existencia de un eventual conflicto de intereses entre personas físicas y persona jurídica que busquen la exculpación propia a través de la incriminación ajena».

Queda de manifiesto el potencial conflicto de intereses que puede existir en la elección del representante especialmente designado, cuando esta persona física esté personalmente involucrada en los hechos investigados y pueda sufrir la tentación de evadir su responsabilidad cargándola sobre la persona jurídica. Además, como no existe ninguna norma procesal que prohíba que determinada persona sea designada representante de la persona jurídica en el procedimiento (más allá del testigo), en palabras de Chozas Alonso (2015, p. 403), «solo cabe esperar que la propia persona jurídica evite esa situación de conflicto y designe como representante en juicio a una persona que no se encuentre imputada».

Preveía este problema la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, al establecer:

Resulta por lo demás claro que, dado que nuestro sistema vincula la responsabilidad penal de la persona jurídica a la existencia de un delito cometido por ciertas personas relacionadas con la sociedad a las que ya se hizo referencia, *el legal representante de la misma puede aparecer igualmente imputado a título personal en el procedimiento, siendo posible la producción de un eventual conflicto de intereses defensivos –generador de cierta esquizofrenia procesal– que debería resolverse mediante el nombramiento de un nuevo representante legal o una doble dirección letrada.*

Debemos deslindar este conflicto de intereses del que atañe al letrado que se ocupa de la defensa de dos acusados (lo que puede ocurrir en cualquier tipo de procedimiento). En este caso, el profesional actuante está afectado por las normas deontológicas y penales que sancionan la defensa de dos clientes con intereses contrapuestos.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de subrayar los potenciales conflictos de intereses y, en su caso, la merma del derecho de defensa, en procedimientos contra personas jurídicas, por la identidad de la persona física que ostenta las facultades de representante especialmente designado de la persona jurídica con el autor del delito que da origen al procedimiento. En particular, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha abordado esta cuestión en varias ocasiones. Una de las más relevantes es la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016, que, de modo muy elocuente, expone esta situación de conflicto:

En este caso, a diferencia de los anteriores, podría pensarse, al menos inicialmente, que le asiste la razón a la recurrente pues, en efecto, se le habría privado del derecho a hacer uso, en su propia defensa, del referido trámite y, yendo aún más lejos, de poder ejercer plenamente ese derecho suyo a defender los intereses que le eran propios y exclusivos, distintos y hasta contradictorios con los de la persona física que en su nombre intervino a lo largo de todo el procedimiento.

Nos enfrentamos con ello ante un importante problema que la LO 37/2011, de 10 de octubre, sobre medidas de agilización procesal, que introdujo las reformas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal consideradas pertinentes para adaptar la regulación adjetiva a la presencia de la persona jurídica como eventual autora de delitos, no resolvió en su día.

[...]

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 esta 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.

Sobra decir que no necesariamente existirá siempre este conflicto de intereses, o incluso aunque exista, no tiene por qué resultar en un menoscabo efectivo del derecho de defensa de la sociedad (o de la persona física). No obstante, sí existirá siempre este riesgo potencial cuando haya confusión de intereses en la persona física. Así, por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona (Roj: AAP T 1899/2018) (Sección 4.ª) de 31 de julio de 2018 se pronunció el respecto de manera notablemente categórica:

En la práctica totalidad de los casos, y para evitar situaciones de evidente incompatibilidad de posiciones jurídicas e intereses materiales, estos representantes especialmente designados no podrán coincidir con los que ejercen las funciones normativas y estatutarias de administradores.

Sobre este punto, igualmente, se expresa la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 4.ª) de 15 de julio de 2016 (Roj: SAN 3037/2016):

Mas ahora nos hallamos ante el dilema siguiente: Imanol Lucas, que representaba legalmente en el plenario a sus cuatro sociedades, siendo todas ellas asistidas por la misma defensa letrada que defendía a su dueño, en el trámite de « conclusiones definitivas » se adhirió el Ministerio Fiscal, conformándose con el relato de hechos, calificación jurídica de los mismos y petición punitiva instada por el Ministerio Fiscal para el representante y las representadas.

Previamente, en sesiones anteriores del plenario, Imanol Lucas en su interrogatorio admitió los hechos que se le atribuían a él y a sus sociedades, y sin embargo sus sociedades no fueron prácticamente ni aludidas en la vista, como si no existieran; y aunque no se aprecie contraposición de intereses entre aquel y estas, la indefensión para las mismas derivada de este estado de cosas, nos parece clamoroso; por lo

que atendiendo a las enseñanzas del Tribunal Supremo plasmadas en su sentencia n.º 154/2016 de 29 de febrero de 2016, nos parece que nos hallamos ante un compendio de situaciones variadas, indeseables, que se deben intentar evitar, a falta de la deseable reforma legislativa que se encargue de hacerlas desaparecer.

[...]

La repetida sentencia nos habla de la indefensión que supone el que la representación en juicio de la persona jurídica la ostenta la persona física también acusada y posteriormente condenada como autora del delito originario.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2019 también ilustra la problemática a la que se enfrenta la persona jurídica investigada en un procedimiento:

Decíamos entonces que «... 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 esta 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».

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2016 establece:

La importancia de que entre la persona física a la que se imputa el hecho delictivo –en el supuesto objeto del presente recurso, [...] como autor de un delito de estafa– y la persona jurídica a la que también se condena no exista una colisión de intereses que pueda jugar en perjuicio de uno u otro de los sujetos de la imputación. Esta llamada de atención ya fue objeto de nuestra anterior STS 154/2016, 29 de febrero.

[...]

Son, por tanto, dos los sujetos de la imputación, cada uno de ellos responsable de su propio injusto y cada uno de ellos llamado a defenderse con arreglo a un estatuto constitucional que no puede vaciar su contenido en perjuicio de uno u otro de los acusados.

Por último, la víctima de este conflicto de intereses no será únicamente el derecho de defensa de la sociedad, con las repercusiones que tenga sobre la misma y en el interés social. También podrán resultar fuertemente perjudicados los acreedores de la sociedad que,

tras la imposición de la pena que resulte, pueden ver comprometida su capacidad para hacer frente a las deudas. Se trata de los acreedores, trabajadores, y también los socios o partícipes. En palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016:

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.*

3. Instrumentos frente a la indefensión de la sociedad en el proceso penal

El ordenamiento jurídico ofrece mecanismos para salvaguardar el derecho de defensa de las personas jurídicas investigadas en un procedimiento criminal cuando se ven expuestas a indefensión por un conflicto de intereses procesales en su representación. Se trata tanto de instrumentos preventivos *ex ante*, para evitar que acontezca este conflicto de intereses de las personas físicas relacionadas con la sociedad, como remedios paliativos *ex post*, que pueden llevarse a cabo a instancia de parte o de oficio en el seno del procedimiento, para subsanar las posibles situaciones de indefensión de la sociedad a que haya abocado la existencia del conflicto de interés.

3.1. Deberes de lealtad y buena fe

En primer lugar, los administradores de las sociedades mercantiles tienen el deber de lealtad para con la sociedad que administran, conforme a los artículos 227, 228 y 229 de la LSC. Una de las manifestaciones del deber de lealtad de los administradores es, precisamente, el deber de evitar situaciones de conflictos de intereses. El supuesto que nos ocupa quedaría englobado en este deber genérico, ya que no encajaría en ninguna de las manifestaciones concretas –aunque no taxativas– de este deber reflejadas en el artículo 229 de la LSC. Este deber implica que el órgano de administración de la sociedad deberá abstenerse de designar como «representante especialmente designado» a uno de sus miembros (o a sí mismo, en el caso del administrador único), cuando de su implicación en los hechos investigados pueda surgir ese conflicto de intereses. El administrador afectado por el conflicto de interés deberá informar a los demás miembros del órgano de administración (o a la junta general, en caso de ser un administrador único) y esta situación será objeto de reflejo en la memoria (art. 229.3 LSC). Las consecuencias del incumplimiento de este deber y la provocación de un perjuicio a la sociedad están previstas en los artículos 227 y 232 de la LSC. El artículo 227, en su apartado segundo, establece que el ad-

ministrador infractor del deber de lealtad vendrá obligado no solo a «indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también [a] devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador». Por su parte, el artículo 232 de la LSC dispone que podrán ejercitarse, además de la «acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguientes» (arts. 238 y 241 LSC), las acciones «de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad».

El resto de posibles representantes en el proceso penal no están ligados por un estatuto legal tan exigente frente al conflicto de intereses. Así, por ejemplo, los socios o partícipes de la sociedad, por su parte, también tienen un deber de lealtad para con la sociedad. No obstante, este deber está normativamente muchísimo menos desarrollado que el de los administradores. El deber de lealtad de los socios, con anclaje en el genérico deber de buena fe (arts. 7 y 1.258 Código Civil) cuenta con una previsión específica en la LSC respecto a los conflictos de intereses con la sociedad (art. 190 LSC). No obstante, ninguno de los supuestos contemplados es exactamente aplicable al conflicto de intereses procesales. Además, los remedios que ofrece la LSC (privación del voto del socio afectado o régimen especial de impugnación del acuerdo adoptado) no resultan de aplicación a nuestro supuesto, puesto que no es competencia de la junta general el nombramiento de representantes.

Por lo que respecta a otros posibles sujetos, como los empleados de la sociedad, estarían vinculados por el también genérico deber de buena fe y diligencia previsto tanto en los artículos 7 y 1.258 del Código Civil como en el artículo 5 a) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores (ET).

La situación del *compliance officer* y otros directivos dependerá de la naturaleza de su relación con la sociedad. Si se trata de una persona jurídica de reducidas dimensiones (autorizada a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada según el artículo 31 bis apartado 3 CP), las funciones y figura del *compliance officer* pueden ser asumidas por el órgano de administración, en cuyo caso resultaría de aplicación el deber de lealtad y de evitar situaciones de conflicto de interés que hemos visto. En caso contrario, el *compliance officer* estará vinculado por el genérico deber de buena fe contemplado en los artículos 7 y 1.258 del Código Civil (y 5.a ET en caso de tener una relación laboral), además de por el concreto contenido contractual en cada caso, según sea un encargado interno o externo.

3.2. Remedios procesales

Por otro lado, para el caso de que las anteriores normas no impidan la designación de un representante afectado por un conflicto de intereses procesales, la jurisprudencia ha esbozado, con base en los principios de defensa y tutela judicial efectiva, un análisis casuístico, por parte de las autoridades judiciales, para evitar la indefensión de la persona jurídica.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2016 indicaba al respecto:

La regla prevista en el art. 786 bis de la LECrim no está exenta de dificultades. No aborda muchos de los problemas imaginables. *Será la experiencia la que vaya marcando las pautas para eludir el riesgo de colisión de intereses* que se traduzca en una práctica orientada a camuflar las responsabilidades individuales de las personas físicas autoras del delito de referencia, haciéndolo bajo el paraguas protector de una estrategia de defensa al servicio de aquella.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016, por su parte, exhortó el Alto Tribunal a los jueces a ejercitar una suerte de control sobre estas circunstancias:

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*

[...]

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.

Igualmente, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de julio de 2016:

Nos hallamos ante un compendio de *situaciones variadas, indeseables, que se deben intentar evitar*, a falta de la deseable reforma legislativa que se encargue de hacerlas desaparecer.

Y ahora debemos referirnos a las orientaciones e instrucciones concretas que nos suministra nuestro Tribunal Supremo en su sentencia n.º 154/2016, de 29 de febrero de 2016, en orden a las *situaciones procesales que, en lo sucesivo, se deben evitar con el fin de impedir que las mismas conlleven un grave menoscabo del derecho de defensa en las personas jurídicas.*

Más recientemente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2019 confirmó esta postura en los siguientes términos:

Pero, en primer lugar, es responsabilidad del Tribunal (STC 137/2017) verificar que las partes, en este caso los acusados, han sido citados y comparecen debidamente

representados al acto del plenario, para que puedan ser oídos. En un caso como el presente en el que, ya desde la instrucción, se había apreciado la existencia de conflicto de intereses que justificaba que la sociedad acusada estuviera representada por persona distinta de la persona física contra la que también se dirigía la acusación, era necesario asegurarse de que la persona jurídica acusada era citada en la persona designada, precisamente, para su representación.

[...]

La designación de la persona física que ha de operar en la causa penal como representante de la persona jurídica imputada o acusada tiene trascendencia respecto de las posibles estrategias de defensa y de la posición que pueda adoptar en el proceso respecto de las imputaciones efectuadas a la persona jurídica, de manera que es preciso tener en cuenta los posibles conflictos de intereses *evitando, en esos casos que la persona jurídica comparezca en el proceso representada por otro de los acusados que pueda tener intereses contrapuestos*, no solo respecto de las cuestiones de fondo, atinentes a la existencia o no del delito imputado, sino incluso en relación con la orientación que deba darse al mismo ejercicio del derecho de defensa.

[...]

Por otro lado, tampoco puede dejar de valorarse que, en el caso, *la persona jurídica y el acusado persona física comparecían representados por el mismo Procurador y defendidos por el mismo Letrado, lo cual parece difícilmente compatible con la contraposición de intereses ya apreciada en la instrucción y que había dado lugar a la designación de un representante especial y distinto del otro acusado*, sin que se constate ningún suceso que la hubiera hecho desaparecer.

No obstante, como hemos visto, la LECRIM no se ocupa de regular este conflicto de intereses y, consiguientemente, no regula cuáles son las actuaciones concretas que han de poner en marcha las autoridades judiciales cuando constaten la existencia del mismo en el curso de un procedimiento penal. La jurisprudencia tampoco aclara en qué podría consistir este trámite *a priori* pues se expresa en términos amplios y vagos acerca de este control.

La situación es más clara, en cambio, cuando se trata de remediar la indefensión una vez ha tenido lugar, es decir, cuando el representante especialmente designado ha realizado una actuación en el procedimiento que ha lesionado el derecho de defensa de la sociedad representada.

El artículo 238.3.º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial (LOPJ) dispone la nulidad de pleno derecho de los actos procesales, entre otros, en los casos en que «se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión». Entre las normas esenciales del procedimiento están, lógicamente, la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa en el procedimiento penal, con sus diversas manifestaciones concretas, que ya hemos visto. Así, si la sociedad ha visto lesionado su de-

recho de defensa en el procedimiento por la existencia de un conflicto de intereses en la persona física que la representa, podrá ser anulado el acto del procedimiento en que haya tenido lugar esta indefensión y retrotraer las actuaciones para repetir el proceso desde este punto.

Debemos tomar esta posibilidad con cautela, puesto que para anular un acto procesal se exige que esté viciado y haya provocado una indefensión real y relevante. A título ilustrativo, la Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala de lo Penal, Sección 1.^a (Roj: STS 3210/2017), de 19 de julio de 2017, expone:

Desde el punto de vista material o de fondo, es decir desde la necesidad de indagar en qué medida puede anudarse algún género de indefensión a esa supuesta omisión (un trámite formal de última palabra a una persona jurídica que estaba defendida por letrado, cuyos titulares reales eran parte en el juicio, y que no había designado a nadie diferente para ostentar su representación, designación que en todo caso correspondía a esos propietarios reales también partes en el proceso y que por tanto lo conocían de sobra su existencia y vicisitudes), las conclusiones no pueden ser más contundentes: ninguna indefensión ha podido producirse.

Frente a la jurisprudencia más antigua que consideraba que la desnuda constatación de la ausencia de ofrecimiento al acusado del derecho a manifestar lo que conviniera al término del juicio bastaba para provocar la nulidad (STS 891/2004 entre otras) es doctrina común hoy que *solo cuando esa omisión ha supuesto una efectiva privación de un medio de defensa con contenido real será planteable un desentlace anulatorio*. Básica en este punto es la STC 258/2007, de 18 de diciembre: tras razonar que *una irregularidad procesal o infracción de las normas de procedimiento solo alcanza relevancia constitucional cuando produzca un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de quien la denuncie*, concluye que la vulneración del derecho a la última palabra no se debe configurar como una mera infracción formal desvinculada de la comprobación de que se ha generado una indefensión material. Argumentar sobre esa indefensión material es carga procesal del recurrente. Solo habrá indefensión material con relevancia cuando no sea descartable que el trámite omitido hubiera sido decisivo en términos de defensa, en el sentido de que hubiera podido determinar un fallo diferente.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016, por su parte, el Alto Tribunal manifestó:

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*.

En cuanto al procedimiento para acordar la nulidad de un acto procesal por indefensión, el artículo 240 de la LOPJ establece que deberá solicitarse por las partes mediante los recursos que procedan contra la resolución de que se trate, y en el caso de apreciarse dicha nulidad de oficio, podrá declararse previa audiencia a las partes, siempre que no haya recaído resolución que ponga fin al procedimiento. En cualquier caso, la vulneración del derecho de defensa ha de denunciarse por las partes tan pronto se advierta, para poder reproducir esta cuestión en recursos posteriores. En caso de que la indefensión causante de la nulidad se produzca en un momento procesal en el que no quepa recurso ordinario ni extraordinario, y no haya podido denunciarse antes de que recaiga resolución que ponga fin al proceso, el artículo 241 de la LOPJ prevé la posibilidad de plantear un incidente excepcional de nulidad de actuaciones.

Por su parte, la LECRIM completa este régimen con un trámite específico al inicio del juicio oral. Así, el artículo 786.2 de la LECRIM dispone que, tras la lectura de los escritos de acusación y defensa, a instancia de parte, el juez o tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de una serie de cuestiones y, entre ellas, la «vulneración de algún derecho fundamental» o la «nulidad de actuaciones». El juez o tribunal resolverá en el mismo acto sobre dichas cuestiones, decisión frente a la cual no cabe recurso sin perjuicio de formular protesta y reproducir la cuestión, en su caso, en el recurso frente a la sentencia que recaiga. El artículo 790.2 de la LECRIM establece que, a la hora de recurrir la sentencia recaída, en caso de que se pidiera la declaración de nulidad del juicio «por infracción de normas o garantías procesales que causaren la indefensión del recurrente, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia», deberá acreditarse haberse pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo que se hubieren cometido en momento en el que fuere ya imposible la reclamación. En última instancia, y agotados todos los recursos ordinarios y extraordinarios, podría interponerse un recurso de amparo constitucional (arts. 41 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional).

La jurisprudencia ha apreciado la nulidad de pleno de derecho en procedimientos criminales en los que se había lesionado el derecho de defensa de la persona jurídica. Se trata, por ejemplo, de la STS de 8 de marzo de 2019:

Después de resaltar estos aspectos, decíamos en la STS n.º 154/2016, de 29 de febrero (Pleno), 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 acordará «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.

[...]

En el mismo sentido, en la STC 128/2017, se decía que «para que la indefensión alcance dimensión constitucional, es necesario que sea imputable y que tenga su origen inmediato y directo en actos u omisiones de los órganos judiciales; esto es, que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del artículo 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan» (por todas, STC 179/2014, de 3 de noviembre).

[...]

En consecuencia, *ha de apreciarse un déficit relevante en las condiciones en las que la persona jurídica compareció y pudo desarrollar su defensa en el plenario, y no solamente por no haber sido adecuadamente citada la persona especialmente designada para su representación en la causa penal, sino también porque fue representada procesalmente por la misma Procuradora y defendida por el mismo Letrado que actuaban en representación y defensa de otro acusado con el que se había apreciado la existencia de intereses contrapuestos, lo que en el caso, dadas las circunstancias, bien pudo haber causado un déficit en la defensa.*

[...]

4. La existencia de una situación de indefensión para la persona jurídica impone la nulidad de la sentencia y del juicio oral en lo que a ella se refiere.

3.3. Reforma legislativa

Finalmente, la solución última a este sistema incompleto sería la reforma del mismo mediante la modificación de la LECRIM. El propio Tribunal Supremo, en la STS de 29 de febrero de 2016, tras exponer las consideraciones que hemos visto acerca de las cautelas que ha de tomar el órgano jurisdiccional, llama al legislador a acometer una modificación procesal en este sentido:

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.

Esta misma sentencia continúa haciéndose eco de otras opciones legislativas en el derecho comparado:

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.

En este último punto, la atribución de la defensa de la persona jurídica al *compliance officer*, coincide también la doctrina, por ejemplo, Agudo Fernández (2016):

En un futuro, además, deberán introducirse ciertas mejoras que eviten posibles conflictos de intereses entre las personas físicas acusadas del delito y las personas jurídicas que sean representadas por esas mismas personas físicas, atribuyendo, por ejemplo, la defensa al oficial de cumplimiento (Compliance Officer), para asegurar así la efectividad del derecho de defensa de la persona jurídica (p. 57).

Resume la situación a la perfección la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de julio de 2016: nos encontramos ante «un compendio de situaciones variadas, indeseables, que se deben intentar evitar, a falta de la deseable reforma legislativa que se encargue de hacerlas desaparecer».

4. Conclusiones

En nuestro ordenamiento, el conflicto de intereses procesales en la defensa penal de la persona jurídica es un riesgo muy difícil de evitar. La escasa regulación de la representación procesal de la persona jurídica deja espacio para la vulneración de sus garantías procesales. No solo eso, sino que la propia técnica legislativa, tal y como ha diseñado el sistema, propicia la aparición de este tipo de situaciones. La representación de la persona jurídica tiende a recaer, por inercia, en las personas físicas que tienen participación o conocimiento directo de los hechos base que dan origen a la responsabilidad penal de la persona jurídica. Y extraño será que esas personas físicas no tengan responsabilidad personal en esos hechos, bien sea penal como acusado u otro tipo de responsabilidad (sea directa, indirecta, civil, laboral, penal, por acción u omisión, etc.). Nos encontramos ante un círculo vicioso que condena a la persona jurídica a ver comprometido su derecho de defensa. Aunque la jurisprudencia se ha ocupado de esta cuestión y ha tratado de poner el foco de atención sobre la misma para

arrojar algo de claridad, la realidad de la práctica procesal sigue siendo insatisfactoria, como demuestra el llamamiento a una reforma legislativa por parte del Alto Tribunal.

Por otro lado, debemos reconocer que esta parca y –en este punto– deficiente regulación de la representación de la persona jurídica en términos de defensa, es tal vez inevitable. Ello, habida cuenta de la complejidad de la realidad societaria, que arroja infinitos escenarios llenos de particularidades, nunca idénticos. Resulta extraordinariamente complejo, además, conjugar la autonomía de la voluntad con los estándares del derecho de defensa, pues también resultaría lesivo imponer normativamente los criterios para la designación del representante especialmente designado. Habrá que estar a cada caso concreto, para salvaguardar la libertad de defensa.

Una posible modificación de la LECRIM podría ser añadir, junto con la prohibición de que declare como testigo en el juicio quien sea representante especialmente designado de la persona jurídica, la exclusión de las personas físicas investigadas en la causa penal. Sin embargo, incluso esta posibilidad encontraría un escollo en las sociedades de reducidas dimensiones, en las que el abanico de posibles candidatos puede ser extraordinariamente estrecho y una limitación así podría apartar a las pocas personas mínimamente vinculadas con la sociedad, con conocimiento de los hechos y voluntad de proteger el interés social.

El modelo de representación penal de las personas jurídicas es, en definitiva, imperfecto. El reconocimiento de este problema y el incremento de la práctica judicial permitirá, al menos, evitar este conflicto de intereses en algunos pocos casos y, en otros, remediar sus consecuencias. No obstante, mientras el legislador no reforme la LECRIM, deberemos aprender a convivir con esta ambigüedad y, cuando el sistema falle, poner en práctica instrumentos para garantizar el derecho de defensa.

Referencias bibliográficas

Agudo Fernández, E. (2016). *La persona jurídica como nuevo sujeto de la responsabilidad penal. Fundamento y cuestiones de parte general. Aspectos procesales*. Dykinson.

Chozas Alonso, J. M. (Coord.). (2015). *Los sujetos protagonistas del proceso penal*. Dykinson.

Gascón Inchausti, F. (2012). *Proceso penal y persona jurídica*. Marcial Pons.

Gudín Rodríguez-Magariños, A. E. (2017). La imputabilidad de las personas jurídicas y su capacidad para ser parte en el proceso penal. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 43.

Pérez Arias, J. (2014). *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Dykinson.