



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas

Medidas cautelares frente a personas jurídicas

Presentado por:

Ricardo Beltrán Izquierdo de la Fuente

Tutelado por:

Coral Arangüena Fanego

Valladolid, 16 de Junio de 2016

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
1.1. Concepto y finalidades.....	5
1.2. Caracteres de las medidas cautelares.....	7
1.3. Personas jurídicas imputables.....	9
2. REGULACIÓN LEGAL.....	11
2.1. Punto de partida: la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio.....	11
2.2. Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, y panorama normativo actual.....	12
3. MEDIDAS CAUTELARES SUSCEPTIBLES DE ADOPCIÓN FRENTE A PERSONAS JURÍDICAS.....	19
3.1. ¿Son posibles las medidas cautelares reales? Reflexión de algunos autores.....	20
3.2. Respuesta. Interpretación restrictiva del art.544 quáter.....	22
3.3. Tipos de medias cautelares. Conclusión.....	23
4. PRESUPUESTOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES.....	25
4.1. <i>Fumus boni iuris</i> (apariencia de buen derecho).....	26
4.2. <i>Periculum in mora</i>	28

4.3.	Proporcionalidad.....	29
5.	DURACIÓN.....	33
6.	PROCEDIMIENTO.....	35
6.1.	Previa petición de parte.....	35
6.2.	Celebración de vista.....	35
6.3.	El auto que acuerda -o deniega- la medida cautelar...37	
7.	CLASIFICACIÓN Y CATÁLOGO DE MEDIDAS CAUTELARES APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	39
7.1.	MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES.....	39
7.1.1.	Suspensión de actividades.....	40
7.1.2.	Clausura de locales y establecimientos.....	42
7.1.3.	Intervención judicial.....	43
7.2.	MEDIDAS CAUTELARES REALES.....	47
7.2.1.	La fianza.....	47
7.2.2.	El embargo.....	49
7.2.3.	La anotación preventiva.....	49
7.2.4.	Conservación de efectos e instrumentos del delito.....	50
7.2.5.	Otras medidas señaladas en el art.727 LEC.....	51
7.3.	MEDIDAS CAUTELARES ESPECÍFICAS.....	51

7.4.	MODIFICACIÓN, SUSTITUCIÓN Y ALZAMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES.....	53
8.	PROPUESTA DE TEXTO ARTICULADO DE LECrim:	
	ART.200.....	57
9.	CONCLUSIONES.....	59

1.- INTRODUCCIÓN.

La Ley Orgánica 5/2010, de 23 de junio, de reforma del Código Penal ha supuesto la introducción de un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas completamente novedoso. Ya no puede seguir sosteniéndose el conocido aforismo *societas delinquere non potest*. Ahora y desde ese momento, las personas jurídicas pueden ser autoras de delitos y ser sujetos pasivos en procesos penales, por medio de los cuales se le podrán imponer verdaderas penas en los términos de los arts.33.7 y 66 bis del CP.

Dicha revolución no es únicamente sustantiva, como bien señala GASCÓN INCHAUSTI¹, sino también procesal. Al contrario de lo que ocurre en los procesos civiles o laborales, en los que desde siempre ha sido posible encontrarnos con la eventual condición de parte de una persona jurídica, nuestro ordenamiento había asumido con comodidad que el sujeto pasivo del objeto penal en el proceso penal era siempre una persona física, hasta ahora.

No es de extrañar, por tanto, que toda la regulación acerca del *status* procesal del investigado y acusado, se hiciera pensando exclusivamente en la persona física, y que conllevara la necesidad de reformar la legislación procesal penal para dar cabida a las características propias de la persona jurídica, con todas las nuevas problemáticas que ello implica. No obstante y como veremos, la reforma procesal no se produjo hasta un año después de la vigencia de la reforma sustantiva.

El objetivo de este trabajo es centrarse en el estudio de la figura de las medidas cautelares aplicadas a las personas jurídicas, así como en su regulación, funcionamiento y práctica por los tribunales.

1.1.- Concepto y finalidades.

En una primera aproximación podemos definir las medidas cautelares como los <<*medios o instrumentos legales de prevención de las contingencias que provocan las dilaciones del proceso, solicitadas para asegurar la efectividad de la pretensión deducida, para prevenir el evento de que, siendo estimada en la resolución judicial que pone fin al proceso, esta pueda verse impedida o dificultada*>>². Su principal característica es su instrumentalidad, en cuanto su

¹ GASCÓN INCHAUSTI, *Proceso penal y persona jurídica*. F., Ed. Marcial Pons (2012), págs.153 y ss.

² GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. Los procesos especiales*, Colex, Madrid, 4ª ed., 2012, pág.36

existencia y razón de ser se encuentra vinculada a una sentencia que pueda dictarse en el proceso principal, por la función de asegurar su efectividad práctica y en cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva establecida en el art.24.1 CE.

El art.100 de la LECrim nos dice que *“de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil”*. La presencia de la acción civil en el proceso penal va a ser siempre contingente y no obligatoria, puesto que puede el interesado renunciar a ella o reservársela expresamente para un proceso civil posterior. Esta posibilidad de confluencia en el proceso penal de ambas acciones, da lugar a la adopción de medidas cautelares dirigidas a asegurar tanto la responsabilidad penal del sujeto, como su responsabilidad civil directa.

En lo que se refiere a la acción penal, las medidas cautelares buscarán como objetivo mediato o final restaurar el orden jurídico lesionado por la infracción. Mientras que si hablamos de la acción civil, las medidas irán destinadas a restaurar las consecuencias negativas, que hayan derivado de la comisión del hecho delictivo, en los intereses particulares de los afectados, que pueden serlo tanto la propia víctima del hecho delictivo como un tercero.

Siguiendo las consideraciones del magistrado VELASCO NUÑEZ³, se pueden mencionar cuatro finalidades que cumplen las medidas cautelares en sus distintas formas en el proceso:

1. Finalidad asegurativa. El art.299 LECrim nos dice que *constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio (...), asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos*. Asegurar y garantizar la futura eficacia de los hipotéticos pronunciamientos penales y civiles constituye parte fundamental del proceso preparatorio del juicio oral.

2. Finalidad conservativa. La realidad nos muestra cómo, desde que el proceso se inicia hasta la fecha en que se dicta sentencia, puede transcurrir un tiempo excesivo. Esta dilación que justifica y explica también el punto anterior, conlleva la necesidad de conservar los elementos precisos para que el juez pueda dictar una resolución lo más correcta posible.

³ VELASCO NÚÑEZ, E., “Medidas cautelares sobre la persona jurídica delinciente”. *Diario La Ley*, Nº 8169, el 14 de octubre de 2013. Pág.1

3. Finalidad anticipativa. En algunos casos, la medida cautelar trata de anticipar pronunciamientos paliativos. Pongamos como ejemplo la prevista en el art.765 LECrim sobre procesos relativos a hechos derivados del uso y circulación de vehículos de motor. El Juez o Tribunal podrá en este caso señalar y ordenar el pago de una pensión provisional para atender a la víctima. Ni siquiera la interposición de un recurso suspenderá la obligación de pago de la pensión.

4. Finalidad preventiva. Busca la protección de la misma u otras víctimas, tratando que el presunto mal no se reitere o se perpetúe. El fin es evitar más perjuicios o agravamientos futuros con su actuación.

Al respecto cabe hacer una puntualización. La jurisdicción penal se puede decir que fue concebida para castigar un hecho delictivo únicamente cuando éste hubiera tenido lugar. Sin embargo aquí se plantea que pueda alargar sus funciones, dando la posibilidad de dictar medidas cautelares con el propósito de evitar futuras reiteraciones del hecho delictivo, anticipándose así a la comisión del hecho delictivo.

Coarta derechos a favor de la protección de otro bien jurídico. El razonamiento que subyace es el siguiente. Si una persona ha cruzado la línea del delito, atentando una vez contra la vida o integridad física de otra persona por poner un ejemplo, ¿qué impide que pueda volver a cruzar esa línea? El único problema es que no existe sentencia firme que declare culpable al presunto infractor al que se pretenden limitar sus derechos. ¿Debemos entender que se vulnera el principio de presunción de inocencia del sujeto pasivo del proceso?

El respeto de este principio pasará por una actuación cuidadosa y diligente del juez o tribunal, que deberá resolver sobre la aplicación y alcance de las medidas cautelares tras una valoración conjunta de todos los elementos del caso concreto y argumentando de forma justificada su decisión. Cuando hablemos del procedimiento para la implantación de las medidas cautelares haremos más hincapié en esta aparente contradicción y su tratamiento.

1.2.- Caracteres de las medidas cautelares.

De forma breve podemos destacar los siguientes caracteres de las medidas cautelares cuya concurrencia debe observar el órgano judicial para su imposición⁴:

a) Idoneidad.

⁴ GIMENO BEVIÁ. *El proceso penal de las personas jurídicas*. Aranzadi, Cizur Menor, 2014. Págs. 349-350.

La imposición de la medida cautelar de que se trate deberá ser *exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial* (art.726.1 LEC). Puesto que la medida cautelar pretende asegurar la eficacia de la futura resolución judicial que ponga fin al proceso, ésta debe estar relacionada con el objeto del mismo.

b) Necesidad.

La medida que imponga el Juez deberá ser estrictamente necesaria y requerida para la protección de los intereses en conflicto⁵. Según el art.726.2 LEC, la medida que se imponga no puede ser *susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz (...) pero menos gravosa o perjudicial para el demandado*. Con otras palabras, se debe optar siempre por la medida menos gravosa e invasiva de entre las que permitan obtener el mismo resultado buscado.

c) Proporcionalidad.

Este requisito, en el que nos detendremos más adelante, consiste brevemente en la exigencia de ponderación de los intereses en conflicto, de forma que la injerencia es solo admisible si el interés público en la adopción de la medida es preponderante respecto al interés del sujeto pasivo y de los terceros afectados.

Además de los caracteres expuestos por GIMENO BEVIÁ, podemos mencionar otros que ayudan a definir la figura de las medidas cautelares y su funcionamiento.

- Jurisdiccionalidad: las medidas cautelares son restrictivas de derechos y por este motivo únicamente pueden ser acordadas por el Juez. Aunque por regla general el Juez no puede adoptar *motu proprio* una medida cautelar, sino que deberá siempre ser solicitada por las partes interesadas, le corresponde de forma exclusiva la valoración y adopción o no de la misma.
- Instrumentalidad: la medida cautelar se encuentra siempre vinculada por naturaleza a un proceso principal. Solo tiene sentido su existencia dentro de un proceso cuya efectividad trata de velar.
- Temporalidad y revisibilidad: permanecerán estas medidas en el tiempo tanto como lo haga el proceso principal en cuyo seno fueron adoptadas,

⁵ GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal civil... Op.cit.*, pág. 40

o hasta que cese la situación que las motivó. Si varían las circunstancias existentes en el momento de la adopción de la medida, podrá ésta ser modificada, sustituida o revocada.

1.3.- Personas jurídicas imputables.

De cara al estudio de las medidas cautelares dirigidas a personas jurídicas es preciso, para empezar, definir este concepto, para lo cual nos remitiremos a la definición que aporta el art. 35 CC según el cual “*son personas jurídicas:*

1. *Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley.
Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.*
2. *Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.”*

Partiendo de esta definición, debemos hacer una diferenciación esencial entre personas jurídicas imputables e inimputables. La persona jurídica es la estructura que interviene de forma casi generalizada en el tráfico jurídico y económico, con el consiguiente protagonismo en la delincuencia económica. El art.31 *ter* CP deja clara la compatibilidad existente y la autonomía entre la sanción de la persona física y la de la persona jurídica.

La Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2016, se pronuncia en los siguientes términos⁶:

“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

⁶ FGE, Circular 1/2016, de 22 de enero de 2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015. Págs. 27 y siguientes.

suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación el art. 31 bis, especialmente tras la completa regulación de los programas de cumplimiento normativo. (...)"

Por tanto, aquellas personas jurídicas que tengan un carácter instrumental total, sin ninguna otra clase de actividad legal, o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos, tendrán la consideración de personas jurídicas inimputables. Se entienden sin embargo dentro del círculo de responsabilidad de las personas jurídicas y por tanto, son imputables, las persona jurídicas a las que se refiere el art.66 bis 2ª CP, aun cuando la actividad ilegal sea más relevante que la legal, pues en estos casos entendemos que sí existe un mínimo desarrollo organizativo y una cierta actividad, y no se trata de una mera sociedad pantalla⁷.

⁷ En la reciente sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero, nos encontramos, entre, otras, con la persona jurídica Geormadrid Machinery S.L., que se presenta según el relato de hechos como una persona jurídica estrictamente instrumental o “pantalla”, carente por tanto de cualquier actividad lícita y creada, exclusivamente, para la comisión de hechos delictivos. Según esta sentencia y para futuras interpretaciones del artículo 66 bis CP, 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, requisitos para valorar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Con este planteamiento deberán considerarse en adelante dichas entidades como inimputables.

2.- REGULACIÓN LEGAL.

2.1.- Punto de partida: la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio

El punto de partida de la regulación de las medidas cautelares en personas jurídicas lo encontramos con la reforma penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Fruto del proceso constante de revisión del orden jurídico en busca de una progresiva mejora de los niveles de bienestar y respeto de los Derechos Fundamentales, junto con las obligaciones internacionales que conlleva el proceso de armonización jurídica europea, llevaron a esta necesaria reforma que instauró la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas. Se abandona así el clásico *societas delinquere non potest* que funcionaba hasta entonces.

Diversas Decisiones marco y Directivas venían exigiendo la introducción de sanciones a las personas jurídicas para perseguir de manera más eficiente distintos tipos delictivos cuyas consecuencias trascendían las fronteras nacionales. Una de ellas, la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo se pronuncia en estos términos: “*El principal objetivo de la delincuencia organizada es el beneficio económico y, en consecuencia, el establecimiento de normas comunes relativas al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito es objetivo prioritario para conseguir una eficaz lucha contra aquella*”.

Es cierto que ninguno de estos textos provenientes de organismos europeos requerían instaurar sanciones de carácter penal, pudiendo haber optado por un sistema sancionador de carácter administrativo⁸.

Las razones de optar por este modelo de responsabilidad penal están relacionadas con la necesidad de combatir adecuadamente la criminalidad cada vez más compleja de nuestros días, y que tiene lugar en gran medida a través de empresas. Se ha establecido un listado *numerus clausus* de delitos, y una doble vía para la fijación de la responsabilidad:

- Delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho.
- Infracciones propiciadas por falta del debido control sobre sus empleados.

⁸ En ese sentido se pronuncia BRETONES ALCARAZ, F.J. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de tráfico de drogas”, *Noticias Jurídicas*, 7 de setiembre 2015, a la luz de del art.6 de la Decisión Marco 2004/757/JAI, 25 de octubre, sobre delitos de tráfico de drogas. No existe obligación alguna para los Estados Miembros de establecer una responsabilidad penal de las personas jurídicas en sus legislaciones. Los preceptos se refieren únicamente a una responsabilidad de las personas jurídicas, y a la posibilidad de sanciones no necesariamente penales, sino que pueden consistir en multas administrativas u otras medidas. Tan solo se prevé la obligación de imponer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias

Delito	Artículo del Código Penal
Tráfico ilegal de órganos	156 bis
Trata de seres humanos	177 bis
Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores	189 bis
Delitos contra la intimidad y allanamiento informático	197
Estafas y fraudes del artículo 251	251 bis
Insolvencias punibles	261 bis
Daños informáticos	264
Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores	288
Blanqueo de capitales	302
Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social	310 bis
Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros	318 bis
Delitos de construcción, edificación o urbanización ilegal	319
Delitos contra el medio ambiente	327, 328
Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes	343
Delitos de riesgo provocado por explosivos	348
Delitos contra la salud pública en la modalidad de tráfico de drogas ...	369 bis
Falsedad en medios de pago	399 bis
Cohecho	427
Tráfico de influencias	430
Corrupción de funcionario extranjero	445
Financiación del terrorismo	576 bis

Catálogo de delitos de los que pueden ser responsables las personas jurídicas.

Fuente: Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, Apartado IV

2.2.- Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 37/2011 del 10 de octubre, y panorama normativo actual.

La reforma penal de 2010, que introducía la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, no fue acompañada en su momento de la consecuente reforma procesal necesaria que debía dotar de sentido y garantías plenas al nuevo modelo. Quedo huérfana de regulación procesal hasta octubre de 2011. Es en este momento, y no antes, cuando se promulgó la Ley 37/2011 de medidas de agilización procesal, que venía a cubrir la laguna normativa sobre el status procesal de la persona jurídica y a remendar nuestra vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal. No obstante, esta regulación ha sido tachada de insuficiente además de tardía, en cuanto deja muchos aspectos por regular, y otros tantos son remitidos a otros cuerpos normativos. De esta forma, nos

vemos obligados a acudir al Código Penal o a la Ley de Enjuiciamiento Civil para poder tener una visión global y completa de la materia. Esta regulación va a guardar silencio sobre aspectos tan importantes como el procedimiento y los presupuestos que deben darse para aplicar las medidas cautelares.

Antes de entrar a analizar los cambios que supuso la promulgación de esta ley, cabe hacer un breve inciso que acompañó al legislador a la hora de redactar la norma. Todos los autores coinciden en que se trata de una regulación problemática.

Esto se debe en primer lugar a la urgencia de dotar de soporte procesal específico a las reglas de responsabilidad penal de personas jurídicas. Estas reglas, vigentes ya desde el año anterior, eran de obligatoria aplicación por los jueces y sin embargo carecían de un cauce procesal. Estaban obligados a acudir a una normativa procesal que ya de por sí era obsoleta en no pocos puntos para personas físicas, y cuya aplicación a personas jurídicas resultaba muy forzada.

La urgencia motivó las prisas. Y las prisas motivaron una regulación bastante mejorable. Lo ideal hubiera sido que hubiera existido un debate doctrinal profundo en España sobre el proceso penal contra personas jurídicas. Las discusiones fueron dirigidas a cuestiones de principio, como si las personas jurídicas podían ser culpables o no, o si eran sujetos idóneos a efectos penales. Pero no se abordaron cuestiones relativas al procedimiento y a la figura de la persona jurídica dentro del proceso penal. El legislador se veía obligado en definitiva a legislar sobre un campo sobre el que existían grandes disensos doctrinales, inaugurando prácticamente el debate, cuando la normativa debía de haber sido la conclusión a dicho debate.

La primera versión de esta regulación preveía que la persona jurídica estuviera personada en el proceso *a través de su abogado*, que podía estar acompañado si la empresa así lo deseaba de un representante *ad hoc*. De esta forma sería el abogado con quien se practicaría la comparecencia según el texto propuesto para el artículo 119 LECrim, quien representara a la entidad en el juicio oral o quien estaría presente en las diligencias que requirieran la presencia del imputado.

Optaba por una posición *formalista* de la presencia de la persona jurídica en el proceso, atribuyendo al abogado un papel central. Con esta solución se conseguía simplificar la personación de la entidad y evitaba el problema de la declaración de la persona jurídica o del derecho a la última palabra. También se evitaban posibles tácticas dilatorias de las personas jurídicas imputadas como no nombrar representantes o ir cambiándolos a lo largo del proceso, de forma que los posteriores alegasen su ignorancia respecto de las actuaciones acaecidas hasta el momento.

Esta solución que daba el legislador al principio parece estar en confrontación con el respeto a diferentes derechos y garantías procesales de base constitucional, en concreto con el derecho a la defensa. Recortaba el contenido de este derecho hasta hacerlo coincidir con el derecho a la representación letrada. A este respecto traemos a colación lo que el Tribunal Constitucional ha repetido en numerosas ocasiones: *el derecho de defensa no se agota en el derecho a la representación letrada*. En tanto la persona jurídica sólo podía intervenir a través de su abogado, esta regulación resultaba inadmisibile.

Ello motivó seguramente que el texto diera un vuelco en el trámite parlamentario pasando de un modelo *formalista* a un modelo en el que se permitía a la persona jurídica la posibilidad de designar un representante procesal, además del derecho de asistencia letrada, de forma que pudiera intervenir de manera más directa e intensa en el procedimiento. Del modelo resultante cabe destacar las siguientes normas procesales que afectan de modo directo o indirecto a la adopción de medidas cautelares y constituyen un antecedente ineludible para entrar posteriormente a su estudio.

- Regla de competencia (art. 14 bis LECrim). Según este artículo añadido por la LAP (Ley 37/2011) *cuando (...) 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*.
- Citación, comparecencia y personación en el proceso penal de la persona jurídica (art.119 LECrim). Se prevé en este artículo, que cuando haya de procederse a la imputación de una persona jurídica, la citación se hará en el domicilio social de la entidad, requiriéndola para que, además de abogado y procurador, nombre un representante *ad hoc*⁹.

⁹ Surge el interrogante, planteado en la STS 154/2016, acerca de cuál habrá de ser el régimen para designar la persona física que deba actuar en representación de la persona jurídica, encargada de dirigir y adoptar también las decisiones sobre la estrategia de defensa a seguir para defender los intereses propios de la representada. Especial relevancia tiene el caso en que la tarea de representación se encomienda a un posible responsable de la infracción que da origen a la condena de la representada, con intereses distintos y contrapuestos. De forma resumida, si se le atribuye a esta persona la capacidad de dirigir la estrategia de defensa de la persona jurídica y la protección de sus intereses, existe el riesgo de que dicha persona busque exclusivamente ocultar la propia responsabilidad del representante, tomando decisiones que no vayan en línea con el mejor interés de su representada, limitando de forma intolerable su derecho a la defensa.

La misma sentencia recoge soluciones adoptadas por otros ordenamientos como la designación por el propio órgano jurisdiccional de una especie de “defensor judicial”, o 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. El mismo Borrador de Código Procesal Penal de 2013 (art.51.1) optaba por la atribución de esas funciones de defensa, con carácter prioritario al “director del sistema de control interno de la entidad”.

Igualmente se le advierte que de no nombrar representante, el procedimiento continuará con el abogado y procurador (los cuales serán de oficio si igualmente la persona jurídica no los designa). VELASCO NÚÑEZ¹⁰ recuerda al respecto que dicho representante no podrá ser aquel que deba declarar en el juicio como testigo, para evitar el fraude de designar como “figurante” a aquel que precisamente más sabe sobre los hechos investigados.

La citación referida se realiza a fin de practicar la comparecencia del art.775 LECrim, en la que el juez informará al representante de forma comprensible de los hechos que se le imputan, bien por escrito, bien por entrega de duplicado de la denuncia o querrela presentada. Si el representante no comparece, la comparecencia se realizará sólo con el abogado defensor.

La designación del Procurador sustituirá a la indicación del domicilio a efectos de las notificaciones, practicándose con el Procurador designado todos los actos de comunicación posteriores. Si el procurador ha sido nombrado de oficio se comunicará su identidad a la persona jurídica imputada (art.119.1.d) LECrim).

- Asistencia a la práctica de diligencias de instrucción. En las diligencias de investigación o de prueba anticipada que, de acuerdo con las disposiciones de la LECrim, requieran o autoricen la presencia del imputado, dicho requerimiento se entiende referido siempre al representante *ad hoc* designado por la persona jurídica, que podrá asistir acompañado de la defensa de ésta (art.120 LECrim). En el apartado segundo advierte de nuevo que la incomparecencia del representante no impide la celebración del acto o diligencia que se sustanciará con la persona del Abogado defensor.

- Declaración de la persona jurídica imputada acompañada de abogado (art.409 bis LECrim). Declarará a través del representante que ha designado. Le asistirán todos los derechos procesales que sean compatibles con la naturaleza de la persona jurídica. En especial podrá acogerse al derecho de guardar silencio, al de no declarar en este caso contra la entidad a la que representa y a no confesar su culpabilidad. La incomparecencia del representante da lugar a que se dé por celebrado este acto, entendiéndose que la persona jurídica se acoge a su derecho a no declarar.

El objeto de esta declaración es la averiguación de los hechos ocurridos que sean constitutivos de delito y la participación en ellos de la persona jurídica imputada, además de otras que hubieran podido

¹⁰ VELASCO NÚÑEZ, E., “Responsabilidad de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales” en *Diario La Ley*, nº7883, de 19 de junio de 2012.

intervenir. A tal efecto, la persona jurídica podrá igualmente proponer diligencias de prueba.

Más debatible es sin embargo que le ampare el derecho a la no incriminación cuando se le pida colaborar en los requerimientos que se le hagan, por ejemplo en el caso de ordenarle la aportación de prueba documental que se encuentre en manos de la imputada.

- Comparecencia en el Juicio Oral (art.786 bis LECrim). Durante este acto, la empresa jurídica estará representada por el sujeto designado a tal efecto *debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados*, el cual podrá prestar declaración – o guardar silencio - en su nombre con todas las garantías, y ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio. En caso de incomparecencia, la vista se celebra solamente con abogado y procurador.

El artículo añade que no se podrá designar como representante a quien haya de declarar en el juicio como testigo.

- Conformidad de la persona jurídica acusada (art.787.8 LECrim). En el caso de que sea el acusado una persona jurídica, el representante deberá contar con un poder especial para poder prestar la conformidad, que en todo caso se sujetará a los requisitos generales para la conformidad y con independencia de la posición que adopten los demás acusados. El contenido de la conformidad no vinculará en el juicio que se celebre en relación a éstos.

- Requisitoria y rebeldía (art.839 bis LECrim). Únicamente será llamada mediante requisitoria la persona jurídica imputada *cuando no haya sido posible su citación para el acto de primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido*. Constarán sus datos especificativos, el delito que se le imputa y su obligación de comparecer en un plazo ante el Juez que conoce de la causa, y se publicará en el Boletín Oficial del Estado y, en su caso en el Boletín Oficial del Registro Mercantil -o cualquier otro periódico o diario oficial relacionado con la naturaleza, objeto social y actividades del imputado-. Si no comparece se la declarará rebelde, pudiendo ser condenada en rebeldía si se cumplen los requisitos del art.786.1.2 LECrim.

No se contempla que la persona jurídica imputada pueda ser objeto de órdenes de búsqueda y captura.

Como ha quedado expuesto, el Proyecto del Gobierno, inicialmente formalista, fue intensamente transformado en el Parlamento hacia un modelo radicalmente distinto, que apuesta por una presencia procesal de la persona jurídica en términos más parejos a los de la persona física. Éste es el que finalmente ha pasado a formar parte de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El texto finalmente aprobado resulta menos problemático que la versión originaria, y más respetuoso con los derechos y garantías procesales de la persona jurídica imputada.

En cualquier caso volvemos a recordar que la citada ley fue sacada adelante sin la deseable puesta en debate sobre la materia por parte de doctrina y otros operadores jurídicos, que hubiera proporcionado un *feedback* al legislador con el que trabajar, y que hubiera influido en la calidad normativa de la reforma. Sería deseable una revisión de la materia para cubrir lagunas y deficiencias en relación con la regulación que aquí nos atañe.

3.- MEDIDAS CAUTELARES SUSCEPTIBLES DE ADOPCIÓN FRENTE A PERSONAS JURÍDICAS

Tras las últimas reformas y con la desaparición de la virtualidad del clásico aforismo *societas delinquere non potest*, las personas jurídicas se han convertido en sujetos pasivos de persecuciones penales. Ahora van a poder ser condenadas por la comisión de un delito. Como consecuencia de la responsabilidad directa de las personas jurídicas, y dentro de la construcción de un status procesal con el que instrumentar su participación en el proceso, resulta necesario plantear la necesidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la eficacia de las sentencias en casos dirigidos contra ellas.

Del artículo 100 LECrim, extraemos que de todo delito o falta nace acción pública penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil, siempre accesoria y/o contingente para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible, de naturaleza resarcitoria privada. Cabe pues plantearse la adopción de medidas cautelares respecto de ambas vertientes del objeto del proceso penal constituido.

Como ya hemos dicho, el sentido y la razón de la existencia de las medidas cautelares se encuentra en la necesidad de asegurar la eficacia de una sentencia posterior, que acabe condenando al que hasta ese momento no era más que un presunto culpable (o presunto inocente). Tienden a asegurar la declaración y ejecución del derecho en el ámbito del proceso penal. Ello se debe a la gran dilación que existe a la hora de dictar sentencia. Desde que el proceso se inicia hasta su conclusión, pueden trascurrir largos períodos de tiempo. Tiempo durante el cual el inculcado puede sustraerse de la acción de la justicia, puede ocultar, alterar o inutilizar los efectos relacionados con el hecho delictivo o buscar su propia insolvencia para evitar la responsabilidad pecuniaria.

El momento de la adopción de estas medidas cautelares es ante todo aquel que las permita alcanzar su objetivo. Dentro del título referido a la fase de instrucción, el artículo 299 de la LECrim nos perfila, ya desde el principio, el contenido y finalidad del sumario: constituyen aquel, las actuaciones encaminadas a preparar el juicio (...), *asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos*.

Pero ya antes de la fase de instrucción es posible adoptar medidas cautelares, mediante las llamadas primeras diligencias. Están reguladas en el artículo 13 de la LECrim, y recoge las siguientes:

“(…) la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas”.

Permite acordar como medidas cautelares aquellas contenidas en el artículo 544 bis, o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de la LECrim, que buscan la protección de la víctima. ARANGÜENA FANEGO plantea la conveniencia de permitir, al amparo de esta norma, la disponibilidad de alguna medida de protección, no únicamente para la víctima, sino también para los trabajadores de la empresa, como la intervención judicial¹¹. Al fin y al cabo, los trabajadores y socios son víctimas primarias de la propia acción delictiva de quien representa o actúa en su provecho.

Como estudiaremos en profundidad más adelante, dependiendo del riesgo concreto que queramos evitar, nos encontraremos con medidas cautelares de diferente naturaleza. Algunas nos servirán para asegurar los pronunciamientos pecuniarios (multas, fianzas, costas, provisiones de fondos para pericias o medios probatorios, etc). Otras consisten en la ocupación, retención, conservación y custodia de efectos y vestigios del delito. Otras tratan de evitar más perjuicios o agravamientos futuros derivados de una nueva actuación del presunto culpable.

En este punto conviene hacer una reflexión que algunos autores se plantean sobre una parte de las medidas cautelares de las que dispone el Juez en el proceso: las medidas cautelares reales.

3.1.- ¿Son posibles las medidas cautelares reales sobre personas jurídicas?

La pregunta que se hacen algunos autores nace a raíz de la redacción literal del art.544 quáter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la Ley 37/2011, que se expresa en estos términos:

1. Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente

¹¹ ARANGÜENA FANEGO C., “Responsabilidad penal de la persona jurídica y medidas cautelares personales”. *REDEM – Revista de Derecho Empresarial*. Nº2 – Octubre 2014. Pág.91, Ref.18.

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.

En efecto, el primer párrafo establece que las medidas cautelares que podrán imponérsele a la persona jurídica son las expresamente previstas en el Código Penal. La redacción taxativa del artículo sobre las medidas aplicables no parece dar mucho margen de actuación al juez ni dar paso a una interpretación extensiva. ¿Cuáles son las medidas cautelares previstas en el Código Penal? Únicamente las contenidas en los arts. 33.7 in fine y 129.3 CP: la suspensión de sus actividades, la clausura de locales y establecimientos y la intervención judicial. No cabrían otras medidas diferentes.

El Proyecto de Ley tal y como estaba inicialmente redactado no contenía una regulación específica para personas jurídicas. Optaba por considerar aplicable toda la legislación sobre medidas cautelares de personas físicas en todo lo que no fuera incompatible con la propia naturaleza de las personas jurídicas. Por ejemplo, la prisión provisional evidentemente no sería aplicable en este supuesto. De esta forma el juez, atendidas las circunstancias del caso disponía de un elenco amplio de medidas cautelares, tanto reales (como el embargo o la fianza) como personales, sin encontrar obstáculos de legalidad formal. La versión del artículo 544 quáter que venía recogido en el Proyecto antes de ser modificado y tal como se publica en el BOCG Senado 7/9/2011 dice así:

1. Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente previstas en el Código Penal, siempre que no existan otras igualmente idóneas y menos gravosas para los intereses de la entidad. Al acordarlas, deberán respetarse las exigencias derivadas de los principios acusatorio y de proporcionalidad, y habrán de concurrir los siguientes requisitos:

1.º Que conste la existencia de un hecho delictivo y que éste pueda imputarse a la persona jurídica contra la que se va a dirigir la medida cautelar.

2.º Que exista un riesgo de despatrimonialización de la persona jurídica, o de ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba, o de protección de los bienes de la víctima.

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.

Este texto, que fue poco más tarde modificado y acortado, sí que daba opción a otras medidas diferentes (“*siempre que no existan otras igualmente idóneas y menos gravosas para los intereses de la entidad*”). Según el profesor DOPICO GÓMEZ-ALLER¹², las razones de que dichas pautas fueran finalmente descartadas para el texto definitivo pudieran estar relacionadas con la idea de que introducir dicha regulación en las medidas cautelares para personas *jurídicas* habría subrayado aún más el vacío regulatorio respecto de las medidas cautelares para personas *físicas*.

En cualquier caso, el precepto fue modificado, eliminando parte de él, y dejando sobre el papel una redacción cuya interpretación literal nos llevaría a pensar en un sistema de medidas cautelares tasado y extraordinariamente limitado, con una curiosa particularidad: contemplaría las intervenciones más invasivas, y sin embargo no permitiría al juez medidas menos intensas y normalmente más necesarias como anotaciones preventivas, fianzas o embargos.

3.2.- Respuesta. Interpretación restrictiva del art.544 quáter

La solución planteada pasa por considerar que el artículo 544 quáter, cuando se refiere a que “*exclusivamente*” se podrán adoptar estas medidas cautelares, dicha limitación ha de entenderse hecha únicamente a las medidas cautelares personales. Su ubicación dentro de la LECrim es el primer indicio. El artículo se encuentra en el Libro II, Título VII llamado “*De la libertad provisional del procesado*” en el que se regulan medidas cautelares personales (privación provisional del derecho a conducir vehículos, prohibición de residir en un determinado lugar, comunicarse con ciertas personas, la orden de protección para víctimas de violencia doméstica o la prisión provisional).

Por ello, lo que el legislador vendría a decirnos es que la suspensión, la clausura y la intervención judicial son las únicas medidas cautelares **personales** posibles, las únicas medidas “privativas de libertad” que tienen cabida.

Además, una interpretación restrictiva en tal sentido ayudaría, en muchas situaciones, a alcanzar medidas cautelares más proporcionales y respetuosas con el reo. Es una interpretación que favorece al imputado, al permitir medidas reales cuya injerencia en su esfera es menor.

¹² DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.D., “Proceso penal contra persona jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos”. Apartado 1º: La presencia procesal de la persona jurídica imputada. Un giro legislativo de última hora. *Diario La Ley*, Nº 7796, a 13 de febrero de 2012.

En consecuencia, dicha limitación no afectaría a las medidas cautelares reales, que se encuentran reguladas en otros títulos distinto de la LECrim. El juez podrá disponer de un margen de discrecionalidad tan amplio como del que dispone respecto de las medidas cautelares destinadas a personas físicas. Lo que no quita para que el legislador intervenga de forma ineludible y con cierta celeridad para corregir y aclarar este escenario.

3.3.- Tipos de medidas cautelares. Conclusión.

Las medidas cautelares que puede acordar el juez en procesos contra personas jurídicas no van a estar concentradas en un mismo título, ni siquiera en un mismo texto legal. A modo de adelanto y de forma breve estas son las medidas cautelares previstas en el ordenamiento jurídico, que desarrollaremos más tarde por separado.

El precepto clave que vino a introducir la Ley 37/2011 en relación a las **medidas cautelares personales** contra personas jurídicas fue el **art.544.querter LECrim**, visto en conjunto con los **arts. 33.7 y 129.3 CP** a los que remite. Estos artículos habilitan al Juez Instructor -aunque no será éste el único capacitado- a establecer medidas cautelares durante la instrucción de la causa, desarrollando aspectos fundamentales de la suspensión de las actividades sociales, la clausura temporal de local o establecimiento y la intervención judicial, sobre las que nos centraremos más adelante.

Podrán así mismo acordarse en relación con las responsabilidades civiles pecuniarias **medidas cautelares reales** (fianzas, embargos,...) previstas en los **arts. 589 y ss de la LECrim**. Tan solo en el artículo 614 se remite en todo lo que no esté previsto en este Título, a la legislación civil.

En el Libro IV, encontramos una especialidad con el **procedimiento abreviado**. El artículo 764 LECrim que contempla la adopción de medidas cautelares para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, se remite en el apartado 2º a las normas sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria de las medidas cautelares establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Concretamente deberá aplicar el Juez o Tribunal los arts. 721 a 747 de la LEC.

Finalmente, y pese a los intentos de sistematización, existen determinados delitos comisibles por personas jurídicas que van a llevar asociadas **medidas cautelares específicas** (arts. 194 y 339 CP).

Además en la proyectada reforma de la legislación procesal penal, que sin embargo no salió adelante y en la que nos detenemos más adelante, se incorporaban dos nuevas medidas cautelares (véase art.200 de la Propuesta de texto articulado de LECrim).

4.- PRESUPUESTOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES.

Lo primero que llama la atención es la notable falta de regulación sobre este aspecto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El procedimiento, esto es, el camino que se debe seguir y tener en cuenta a la hora de dictar medidas cautelares, ha de ser siempre tal que respete y garantice en todo momento los derechos fundamentales de las personas, tanto físicas como jurídicas.

El artículo 24.2 de la CE reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva e incluye en su seno, entre otros, el principio de presunción de inocencia constituyéndose como uno de los pilares fundamentales del sistema penal en los Estados democráticos. Define NOGUEIRA ALCALÁ¹³ la presunción de inocencia como el derecho que tienen todas las personas a que se considere que su actuación es conforme, a priori y como regla general, a la recta razón, y que se comportan de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un Juez o Tribunal imparcial no adquiera la convicción, a través de medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible y ello se plasme en una sentencia firme y fundada. No impide todo ello que se puedan adoptar medidas cautelares, pero sí implica que éstas han de ser aplicadas de forma restrictiva, pues suponen una intromisión en la esfera de derechos individuales del investigado.

Siguiendo a FERRAJOLI¹⁴, el derecho a la presunción de inocencia presenta una doble dimensión. El TC ha seguido esta línea en su STC 128/1995 de 26 de julio en la que, en relación a la prisión provisional, dice que *“opera en el seno del proceso como una regla de juicio, pero constituye a la vez una regla de tratamiento, en virtud de la cual el imputado tiene derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo”*. Como regla de juicio despliega sus efectos en el momento de la valoración de la prueba. Como regla de tratamiento, determina que el imputado ha de ser tratado como inocente a lo largo de todo el proceso penal, incluyendo también el momento de imposición de las medidas cautelares, en cuanto estas son un instrumento al servicio del proceso.

Por tanto, un requisito necesario para entender no vulnerada esta presunción de inocencia, es la observancia en el caso concreto de unas exigencias procesales, que se resumen en la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), en el peligro por el retardo (*periculum in mora*) y en la sujeción al

¹³ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”. *Revista Ius et Praxis*, 11 (1): 221-241, 2005.

¹⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*. 5ª edición, Madrid, Ed. Trotta, 2001, pág.549.

principio de proporcionalidad. Seguir estas exigencias supone una garantía de que la adopción de medidas cautelares no tiene lugar de forma automática, y que su acogimiento es el resultado de un ejercicio de ponderación de los derechos en juego y de justificación. De otra forma estaríamos atentando contra la presunción de inocencia de la persona jurídica investigada. Y en la medida que su adopción implica un juicio provisional de la conducta del investigado y de los hechos, un profundo sentido de prudencia debe presidir la actuación del juez.

Es importante destacar que esta presunción de inocencia no queda solo al alcance de las personas físicas, sino que debe proclamarse igualmente respecto de las personas jurídicas, aunque no esté expresamente previsto en la LECrim este examen de concurrencia de los presupuestos citados¹⁵. La persona jurídica ha de estar representada legalmente en el proceso penal con iguales derechos, deberes y garantías, como señala ECHARRI CASI¹⁶. Igualmente ARANGÜENA FANEGO¹⁷ defiende trasladar en bloque, con las correspondientes matizaciones, el conjunto de garantías constitucionales y formales de las que las personas físicas son acreedoras en el seno del proceso penal, y convertir este reconocimiento en la regla general para no provocar la indefensión de las personas jurídicas investigadas. A igualdad de gravámenes y de cargas entre los inculcados, igualdad de derechos y garantías.

Entramos ahora al análisis detallado de cada uno de los presupuestos que han de concurrir para una respetuosa aplicación de las medidas cautelares.

4.1.- *Fumus boni iuris* (Apariencia de buen derecho).

El primer presupuesto cuya concurrencia es necesaria para imponer las medidas cautelares previstas en el ordenamiento tanto personales como reales, es la llamada apariencia de buen derecho, que en el proceso penal se formula como *fumus comissi delicti*. Este requisito se traduce en:

1. Los hechos que se estén investigando en el proceso penal han de revestir el carácter de delito.

¹⁵ En esta línea se pronuncia la reciente STS 221/2016, de marzo, en el que se establece que la imposición de penas a personas jurídicas exige del fiscal el mismo esfuerzo probatorio que le es requerido para justificar la procedencia de cualquier otra pena que tenga como destinataria a una persona física. Rechaza que el proceso penal pueda así discurrir por una doble vía probatoria. Además explica que la responsabilidad de los entes colectivos, no puede afirmarse sin más a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física, sino que requiere el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendida las circunstancias del caso.

¹⁶ ECHARRI CASI, F.J., "Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales", en *Diario La Ley*, N^o7632, de 18 de mayo de 2011.

¹⁷ ARANGÜENA FANEGO, C., "Responsabilidad penal...". Op.cit. Pág.99, Ref.45.

2. Este delito debe formar parte del catálogo *numerus clausus* de delitos susceptibles de generar una responsabilidad penal de la persona jurídica (nos remitimos al listado extraído de la Circular 1/2011 FGE expuesto anteriormente).
3. Debe existir además una probabilidad de la participación del investigado en la comisión de dicho hecho delictivo.

Ya se puede ver como el *fumus boni iuris* recoge un elemento objetivo, la producción de unos hechos delictivos, y un elemento subjetivo, la presunta responsabilidad de la persona contra quien se decreta la medida.

Se trata de un juicio provisional e indiciario motivado por la dilación de los procesos, que supone un riesgo de que la sentencia condenatoria devenga ilusoria al no poder ser ejecutada en sus términos. Se trata de evitar los obstáculos que puedan darse y que echen por tierra la efectividad de la sentencia contraviniendo la tutela judicial efectiva del art.24 de la CE.

No es necesario que exista una certeza, que solo se alcanzará en el momento de la sentencia, sino que al órgano jurisdiccional le sirve con que exista una apariencia de buen derecho. El juez o tribunal valorará los indicios, elementos o circunstancias que rodean la fundamentación de la medida cautelar, confiriéndola una apariencia probable de legitimidad, sin prejuzgar el fondo del asunto.

Al tratarse de una persona jurídica, y siguiendo al magistrado VELASCO NUÑEZ¹⁸, se examinará la apariencia de delito realizada en nombre o por cuenta y “en provecho” de la persona jurídica, y donde es importante calibrar la proporción de gravedad realizada entre la persona física y la persona jurídica.

La expresión que hace referencia al requisito *fumus boni iuris* en la ley procesal española es la de “**indicios racionales de criminalidad**”. Por *indicio* debemos entender aquellas circunstancias ciertas de las que se puede extraer, por un proceso de inducción lógica apoyado en la experiencia y la ciencia, una conclusión acerca de la existencia –o inexistencia- de un hecho a probar. Estos indicios han de obrar en las actuaciones, y tener un soporte documental y probatorio.

Además han de ser indicios *racionales*, es decir, que obedezcan a juicios basados en el pensamiento y la razón. De ninguna forma se permiten indicios arbitrarios o caprichosos. Esta racionalidad se ha de plasmar igualmente en la **fundamentación** que ha de acompañar preceptivamente la adopción de medidas cautelares y que permitirá un control sobre la solidez y seriedad de los indicios.

En consecuencia y recapitulando, el *fumus boni iuris* supone la imputación motivada y verosímil de responsabilidad penal o civil en un proceso penal

¹⁸ VELASCO NUÑEZ, E., “Medidas cautelares...” Op.cit. Apartado IV.

contra una persona por unos concretos hechos con carácter indiciario, no definitivo.

4.2.- *Periculum in mora.*

El segundo de los presupuestos para poder acordar medidas cautelares pasa por “...que la parte que pretende obtener la tutela cautelar justifique ante el Tribunal una situación de <<periculum in mora>>” (STS 5081/2015).

El solicitante de la medida cautelar ha de justificar la existencia marginal de un riesgo tal que, de no adoptarse las medidas solicitadas, puedan producirse situaciones que pongan en peligro la efectividad y ejecutividad de la sentencia. El proceso puede llegar a extenderse un largo período de tiempo, durante el cual pueden tener lugar situaciones dañosas para la persona que intenta hacer valer sus derechos frente a los tribunales. La adopción de las medidas cautelares se justifica así para tratar de que sus derechos no resulten a la postre de muy difícil o casi imposible realización.

Este peligro se podría sustanciar por ejemplo en la posibilidad de que el potencial responsable civil de unos hechos delictivos vacíe de contenido su patrimonio dedicándose a distraer o a ocultar bienes con el fin de impedir la efectividad de la sentencia, revelándose impracticable o de muy costosa o casi imposible ejecución. O bien en la posible ocultación de pruebas determinantes para dilucidar la existencia o responsabilidad de los hechos delictivos

Se trata en definitiva de asegurar que el trascurso de tiempo no afecte a la tutela judicial efectiva. Que la sentencia sea tan susceptible de ejecución como lo sería si fuera dictada el primer día del proceso.

Existe una íntima relación entre las concretas medidas cautelares que se pueden adoptar y el *periculum in mora* existente en cada caso concreto. El Juez o Tribunal deberá analizar detenida y cuidadosamente, a la luz de la situación concreta, la legitimidad de la adopción de la medida cautelar solicitada, legitimidad que se apoya en la constitucionalidad de sus fines.

Como señala ARANGÜENA FANEGO¹⁹, cada una de las medidas cautelares del reducido elenco del CP obedecen a una finalidad concreta y pretenden conjurar un determinado tipo de *periculum*. En función del tipo de peligro que concurra en un determinado supuesto, se decidirá la medida cautelar más conveniente al caso:

¹⁹ ARANGÜENA FANEGO, C., “Responsabilidad penal...”. Op.cit. Apartado 4.3.2

- **Suspensión cautelar de actividades.** El peligro que se quiere conjurar es que se reitere la conducta y se continúe cometiendo el hecho delictivo por la persona jurídica, prosiguiendo la vulneración del bien jurídico que se pretende proteger. Se ha de probar, junto a la solicitud de la medida cautelar, un defecto en la organización de la persona jurídica y/o una falta del debido control sobre sus empleados, situaciones estas que hagan perdurar el riesgo arriba explicado.
- **Clausura cautelar** de locales y establecimientos. El peligro que se quiere evitar en este caso puede ser, o bien que las fuentes de prueba sean aseguradas de cara a la investigación penal, o bien tratar como en la medida cautelar anterior que no se continúe o reitere por la persona jurídica con la conducta delictiva.
- **Intervención cautelar judicial.** El riesgo que se pretende erradicar es el de una mala gestión por parte de la persona jurídica que puede derivar en la insolvencia de la misma que perjudique a sus acreedores, o bien en una reducción de plantilla o cierre de la persona jurídica con el consiguiente perjuicio sobre sus trabajadores. Es por todo ello una medida cuyo fin no es otro que proteger los intereses en juego de acreedores y trabajadores de la persona jurídica.

En relación a las medidas cautelares reales, el principal riesgo que se pretende evitar es la insolvencia en el momento de la sentencia, de la persona que deba responder civilmente de los daños y perjuicios derivados del hecho delictivo. Se busca asegurar el pago de las responsabilidades civiles pecuniarias derivadas de la comisión del delito.

4.3.- Proporcionalidad

Acompañando a los dos presupuestos típicos mencionados (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*), la determinación de la medida cautelar a imponer, y su extensión y funcionamiento, debe ajustarse imperativamente a las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad.

Dicho principio no es consagrado directamente en la CE, sin perjuicio de lo cual el TC estableció que se encuentra implícitamente contenido en la idea de justicia y de dignidad humana, preceptuados en los artículos 1 y 10 de la CE. Además en el ámbito de las medidas cautelares la proporcionalidad hay que

entenderla igualmente relacionada con el principio de presunción de inocencia²⁰.

Citando a BARNÉS VÁZQUEZ²¹, el principio de proporcionalidad se define como *“el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser <<susceptible>> de alcanzar la finalidad perseguida, <<necesaria>> o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de la libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles –ley del mínimo intervencionismo–), y <<proporcional>> en sentido estricto, es decir, <<ponderada>> o equilibrada por derivarse de aquella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades”*.

Vemos que se establecen así tres requisitos para superar el juicio de proporcionalidad exigible. En el mismo sentido se pronuncia la STC 207/1996 de 16 de diciembre: *“según doctrina reiterada de este Tribunal, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales (...) viene determinada por la estricta observación del principio de proporcionalidad (...).En este sentido hemos destacado que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además de necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”*.

En resumen debemos entender la proporcionalidad como una **norma de ponderación** de derechos fundamentales en conflicto. Da lugar a un juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencia la necesidad de la adopción de la medida²². Se valorará al respecto la entidad y trascendencia del hecho delictivo cometido, que la medida sea efectivamente apta para el objetivo previsto, y que no existan otras medidas menos restrictivas de derechos para la consecución de dicho objetivo. Además dicha medida ha de ser susceptible de ser asumida por el sujeto pasivo.

²⁰ Al respecto la STC 160/1.987 incide en la vinculación entre proporcionalidad del derecho penal y los valores de justicia y dignidad humana.

²¹ BARNÉS VÁZQUEZ, J., “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario”. *Revista de Administración Pública*, Nº 135 sept-dic, 1994. Pág.500

²² SSTC 37/1989 y 7/1994

La resolución que adopte la medida cautelar debe estar **motivada** y dar razón de los motivos que han dado lugar a la limitación de los derechos del sujeto pasivo. Se cuestionará la necesidad misma de la imposición de la medida cautelar, y la fundamentación debe hacer un recorrido por los requisitos arriba mencionados que justifiquen la decisión del juez o tribunal. Dicha resolución será la que permita un control de la legitimidad de la concreta medida adoptada.

La medida que adopte el Juez en su resolución no podrá, según interpretación jurisprudencial vigente en materia cautelar de nuestro TS y TC, ser más grave que la que pida la interesada por la acusación, sin perjuicio de que en cambio acuerde otra diversa pero de menor intensidad que sea igualmente idónea para el cumplimiento del objetivo previsto.

Debemos recordar que para que una medida cautelar sea adoptada, primero es necesario que dicha medida haya sido prevista legalmente, pues de otra manera estamos vulnerando los principios de seguridad jurídica y de legalidad. El artículo 53.1 CE expone sobre los derechos y libertades del Capítulo II que *“sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”*. La cobertura legal de la medida supone un requisito ineludible para evitar que la regla de proporcionalidad asuma un papel de perversión, y sirva para restringir derechos y libertades con la excusa de la defensa de intereses públicos, abriendo la puerta a la arbitrariedad.

El problema surge cuando el catálogo de medidas cautelares deviene insuficiente para dar respuesta a las necesidades reales del caso y para una aplicación respetuosa del principio de proporcionalidad. Mediante un forzado ejercicio de interpretación, podría considerarse que si la ley permite lo más, también permite lo menos. Por ejemplo considerando que dentro de la suspensión de toda actividad, quedaría subsumida la prohibición de realizar específicas y determinadas actividades directa y estrictamente relacionadas con el delito investigado. Pero lo cierto es que los principios de legalidad y seguridad jurídica dificultan esta interpretación, haciendo que nos movamos en términos de mera probabilidad, por mucho que tratemos de justificar que el principio de proporcionalidad ampararía su adopción.

Por último, para cumplir con el requisito de proporcionalidad, debemos contemplar una visión global de las causas que han originado la situación y de las consecuencias que derivarían de la adopción de dichas medidas cautelares. Para calibrar cuál puede ser la medida menos onerosa e igualmente efectiva, puede ser útil acudir a lo que establece el art.66 bis 1ª CP sobre la fijación de la pena. Si estas reglas sirven para aplicación de la pena, con más motivo deben servir en la determinación de medidas cautelares, pues nos movemos en el

campo de la incertidumbre, en el que la inocencia aún debe presumirse. Indica que la decisión sobre su imposición y extensión debe tener en cuenta:

- a. Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad o de sus efectos.
- b. Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.
- c. El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

5.- DURACIÓN

Una de las notas que caracterizan las medidas cautelares es su provisionalidad. Todas las medidas cautelares son, por definición, temporales. Así, en primer lugar, se ha de obedecer la regla *rebus sic stantibus* (estando así las cosas), según la cual las medidas cautelares adoptadas no podrán prolongarse más allá del tiempo que excepcionalmente duren los presupuestos tenidos en cuenta para su adopción. Solo podrán mantenerse mientras sean necesarias para impedir la continuidad delictiva y sus efectos, con el fin último de asegurar la eficacia de una futura sentencia definitiva.

Debemos preguntarnos ahora si existen en nuestro ordenamiento reglas que nos impongan un máximo de duración a las medidas cautelares. Es importante establecer límites para evitar que su extensión indefinida provoque daños irreparables. Algunos autores defienden que puedan prolongarse tanto tiempo como dure la causa penal, atendiendo a su carácter de instrumentalidad. Sin embargo debe entenderse que la medida cautelar en ningún caso puede exceder la duración de la pena en caso de ser la persona jurídica declarada culpable. De otra forma estaríamos convirtiendo una medida cautelar en una pena anticipada. De esta forma se pronunció ya la FGE en su Circular 1/2011.

El artículo 66 bis CP introducido por la LO 5/2010 sobre aplicación de las penas impuestas a personas jurídicas, establece un límite de dos años para las sanciones previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 del código. Para la imposición de un plazo superior será necesario que se de alguna de las dos circunstancias siguientes:

- a) Que la persona jurídica sea reincidente.²³
- b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se da este supuesto cuando la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

En estos casos se permiten duraciones de hasta 5 años (art. 33.7 c), d) y g) Código Penal).

El magistrado VELASCO NUÑEZ²⁴ contempla también el supuesto en el que la medida cautelar se acuerde o ratifique en una sentencia recurrida, no firme. En este caso la duración de la medida no podrá exceder la de la pena privativa adoptada contra la persona física condenada.

²³ El concepto de reincidencia es definido legalmente en el art.22.8º del CP según el cual hay reincidencia cuando *“el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. (...) no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves.”*

²⁴ VELASCO NUÑEZ, E., “Medidas cautelares...”. Op.cit. Ap.VI.

Existe además para algunos delitos un máximo de duración de la medida cautelar establecido por el propio CP, cuando éstos son adoptados en la fase de instrucción. Por ejemplo el artículo 194 CP nos dice que en los supuestos de delitos de exhibicionismo y provocación sexual, y de delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores, cuando se utilizaren establecimientos o locales, abiertos o no al público, se permite la clausura temporal como medida cautelar por un período máximo de 5 años.

Conviene añadir que el tiempo durante el cual se han sufrido las restricciones de la medida cautelar, se abonará en su totalidad según el art. 58 CP para el cálculo del cumplimiento de la pena definitiva. Y aún si la medida cautelar sufrida y la pena impuesta son de distinta naturaleza, éstas podrán compensarse (art. 59 CP).

En cualquier caso, la regulación es bastante insatisfactoria como en otros puntos, y se espera que *de lege ferenda* se adopte una nueva solución. Si bien el conflicto entre la presunción de inocencia y una duración suficiente para investigar crímenes económicos complejos no da mucho margen de maniobra.

6.- PROCEDIMIENTO

La regulación en la LECrim sobre el procedimiento a seguir para la adopción de medidas cautelares, es otro de los puntos en los que el legislador se ha quedado corto. Aun con todo vino a solventar la insuficiencia de la regulación anterior que guardaba silencio absoluto sobre el procedimiento, dibujando unas líneas maestras que se concretan en el art.544quáter.2 LECrim:

“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”

Aunque las medidas cautelares se pueden solicitar en cualquier momento del juicio, normalmente se examinará en los momentos iniciales del proceso que es cuando mejor pueden servir a su finalidad: evitar los obstáculos que conllevan una dilación excesiva del proceso y asegurar la efectividad de la sentencia.

- Previa petición de parte.

Cuando estemos ante **medidas cautelares reales**, deberán éstas acordarse siempre a instancia de parte²⁵. En lo que tiene que ver con **medidas cautelares personales**, la regla es igualmente a instancia de parte, como recalca de forma clara el artículo 544 quáter.

Sobre la legitimidad para solicitar una medida cautelar, ésta corresponde al Ministerio Fiscal y a cualquier otra acusación que esté personada.

- Celebración de vista.

El Juez citará a quien solicitó la medida, al representante de la persona jurídica investigada y al resto de las partes personadas a una vista²⁶. A diferencia de otras legislaciones comparadas que sí fijan plazos para la vista, nuestro ordenamiento guarda silencio. Esta ausencia es reprochable al

²⁵ Según se puede deducir de la exposición conjugada de los artículos 766.2 LECrim y 721 LEC. Aunque el mencionado artículo se encuentre ubicado en sede del procedimiento abreviado, podría interpretarse que es igualmente aplicable a todo tipo de procesos –norma más reciente-.

²⁶ Sobre el régimen de representación procesal de las personas jurídicas nos remitimos a los arts. 119 y 120 LECrim.

legislador, pues la celeridad en la adopción de las medidas cautelares es intrínseca a su misma eficacia. La demora puede ocasionar una lesión de los intereses de las partes que han solicitado la medida.

Mediante analogía y para cubrir el silencio del legislador, atendemos al art.505 LECrim que regula una vistilla en el ámbito de la prisión provisional. La disposición que requiere la presencia del imputado se entiende referida al representante especialmente designado por la entidad, que podrá asistir acompañado del letrado encargado de la defensa de ésta (art.120.1 LECrim).

Ya en la audiencia, cualquiera de las partes personadas o el propio Ministerio Fiscal que solicitaren alguna de las medidas cautelares previstas para personas jurídicas en el artículo 33.7 CP, podrá realizar las alegaciones y proponer las pruebas que consideren necesarias, que se practicarán en el acto o en un plazo que constituya el Juez al efecto.

A pesar de la literalidad de la norma según la cual “*se citará a todas las partes personadas*”, algunos autores consideran que, si la medida solicitada es la de intervención judicial, en cuanto ésta se solicita para protección e interés de acreedores y/o trabajadores, se debería dar audiencia también a éstos. Sin embargo, nada prevé la norma en este sentido y la articulación de dicha audiencia es complicada. Además, tampoco sería necesario puesto que acreedores y trabajadores puedan tener audiencia en la vista precisamente como prueba propuesta por el Ministerio Fiscal o por cualquiera de las partes personadas.

El objetivo de esta vista es para los interesados demostrar la falta de control o el defecto de organización interna de la persona jurídica que motiva la pertinencia de las medidas cautelares solicitadas. Por el contrario la comparecencia de la entidad presuntamente culpable por medio del representante le permitirá defenderse mediante las explicaciones y manifestaciones que considere oportunas, tratando de desvirtuar la solicitud de la medida.

Será el juez el encargado de verificar la existencia de fundados indicios de criminalidad que comprometan la responsabilidad penal de la persona que está siendo juzgada. Y decidirá, atendidas las alegaciones y pruebas practicadas, sobre la conveniencia o no de la medida cautelar solicitada. Traemos a colación aquí lo que ya adelantamos en su momento, y es que el juez no puede nunca acordar una medida cautelar más grave que la que solicite la parte interesada, si bien sí podrá acordar otra de diferente naturaleza y de menor intensidad cuando sea idónea para el cumplimiento de su objetivo, de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

En el caso especial de que la audiencia no pudiese celebrarse, el Juez o Tribunal podrá acordar la medida cautelar interesada si concurren los presupuestos y requisitos necesarios. Sin embargo dentro del plazo de 72

horas, se convocará una nueva audiencia por el Juez para adoptar las medidas a que hubiere lugar por la falta de celebración de la primera audiencia. Al respecto debemos recordar que *la incomparecencia de la persona especialmente designada no impedirá la celebración del acto de investigación o prueba anticipada que se sustanciará con el abogado defensor* (art.120.2 LECrim).

- El auto que acuerda -o deniega- la medida cautelar.

Las medidas cautelares son medidas restrictivas de derechos. Por ello se exige que su adopción tenga lugar mediante auto motivado. En él se expondrán las razones que han llevado al Juez a acordar la medida y se definirá su alcance, duración y funcionamiento. Para ello, deberá haber estudiado la concurrencia de los presupuestos de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, y ponderado los derechos en juego en virtud del principio de proporcionalidad.

Se exigirá siempre la intervención del Ministerio Fiscal y el debido respeto a los principios de audiencia, contradicción y defensa del afectado por medio de la vista.

Con respecto a su **forma**, el artículo 763 LECrim nos indica que las actuaciones que motiven la aplicación de medidas privativas de libertad o restrictivas de derechos *se contendrán en pieza separada*. De esta forma se busca un acceso rápido del Ministerio Fiscal, del resto de las partes personadas y del propio órgano jurisdiccional al material específico cautelar, que se encontrará en un ramo separado de autos.

Además, deberá inscribirse la medida acordada en el Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias No Firmes. Aquellos interesados que acrediten su identidad tendrán derecho a solicitar el acceso, mediante exhibición, a los datos relativos a su persona contenidos en el Registro²⁷.

Por último, el auto que acuerde o deniegue la medida cautelar es recurrible en apelación tal como indica el artículo 544 quáter.2 de la LECrim, y tendrá una tramitación preferente.

²⁷ Para más información véase el Capítulo III del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de Registros Administrativos de Apoyo a la Actividad Judicial.

7.- CLASIFICACIÓN Y CATÁLOGO DE MEDIDAS CAUTELARES APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS.

En el ámbito procesal penal, las medidas cautelares pueden ser de dos clases: personales y reales, según limiten la libertad de la persona jurídica, en nuestro caso de estudio, o la disponibilidad sobre sus bienes respectivamente.

- Medidas cautelares personales. Son medidas que inciden en la esfera de la libertad societaria de la persona jurídica investigada, bien restringiéndola o bien privándola de ella²⁸. Están orientadas a asegurar las responsabilidades criminales que pudieran declararse en la sentencia, aunque también pueden adoptarse como medida de protección de acreedores y trabajadores.
- Medidas cautelares reales. Tienen por objeto conservar los efectos e instrumentos del delito y asegurar las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo. En el primer caso se logra mediante un depósito de dichas piezas de convicción. En el segundo mediante la constitución de una fianza o mediante la limitación de la disponibilidad de ciertos bienes del inculpado.

7.1.- MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES.

Resulta la gran novedad. La reforma del Código Penal de 2010 vino a contemplar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, y abrió la puerta a la posibilidad de disponer medidas cautelares de carácter personal contra éstas. Si bien es cierto que algunas medidas se encontraban ya previstas con anterioridad en el Código Penal para determinadas categorías delictivas como el delito contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 328²⁹ y 339 CP). Tienen todas carácter interdictivo, en cuanto restringen derechos de la persona jurídica o limitan su ámbito de actuación.

Esta regulación, a pesar de sus deficiencias, ha supuesto un adelanto respecto a la situación anterior en cuanto ha contribuido a la sistematización de las medidas cautelares personales, que han pasado a agruparse en el art.33.7

²⁸ Utilizando el paralelismo que hace DÍEZ RIPOLLÉS respecto de las penas para las personas físicas, denominando a la suspensión, la clausura y la intervención de actividades “penas privativas” o “penas restrictivas” de la libertad societaria, y adaptada por ARANGÜENA FANEGO a la temática de medidas cautelares en su artículo “Responsabilidad penal...”, op.cit. pág.96.

²⁹ La redacción del art.327 CP antes de la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se corresponde con el actual art. 328 CP.

CP, lo que ha contribuido a su vez a su mayor desarrollo³⁰. Además su redacción se revela de una importancia vital para la observancia de las exigencias de legalidad y previsibilidad de las medidas restrictivas de derechos que son susceptibles de adopción, lo que favorece la seguridad jurídica.

La Ley de medidas para la Agilización Procesal (Ley 37/2011) introdujo el art.544 quáter de la LECrim, que supone el punto de partida básico para la regulación de esta materia, puesto en relación con el último inciso del artículo 33.7 del Código Penal.

Ya hemos hecho alguna mención sobre lo reprochable de una remisión de las medidas cautelares a otro cuerpo normativo. Sin embargo el art.544 quáter indica que *las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente previstas en la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal*. Por tanto debemos concluir que las únicas medidas cautelares personales que pueden adoptarse son las del art.33.7 del Código Penal:

- a) La clausura temporal de los locales y establecimientos.
- b) La suspensión de las actividades sociales.
- c) La intervención judicial.

Dicha limitación no afecta a las medidas cautelares reales que son reguladas en otros títulos de la LECrim y de las que hablaremos más adelante.

7.1.1.- Suspensión de actividades.

Se permite en el artículo 33.7 último inciso del CP que el juez pueda acordar la suspensión de las actividades que lleva a cabo la persona jurídica. Dicha medida guarda estrecha relación de instrumentalidad y está dirigida a asegurar la efectividad práctica de las penas previstas en los artículos 33.7.c) y e)³¹.

Como indica VELASCO NÚÑEZ³², el art.66 bis CP recoge la razón genérica que da origen a la necesidad de adoptar esta medida, así como diferentes elementos que influirán en la decisión final del Juez de acordar la medida solicitada.

³⁰ Con todo, existen específicos delitos que tienen atribuidas medidas cautelares determinadas. En concreto el art.194 CP sobre delitos referentes a la prostitución, corrupción de menores, exhibicionismo y provocación sexual, y el art.339 CP sobre delitos contra la ordenación del territorio y urbanismo.

³¹ Art.33.7 CP: “Las penas aplicables a la personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes: (...) c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de 5 años. (...) e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.”

³² VELASCO NÚÑEZ, E., “Medidas cautelares...”, Op.cit. Ap.IX.

En primer lugar, la razón de ser de esta medida es prevenir la continuación de la acción delictiva o de sus efectos. En este sentido es muy claro el ejemplo de los vertidos en delito ecológico con daño para el ecosistema. Si una futura y eventual sentencia condenatoria tardara varios años en dictarse, la ausencia de dicha medida cautelar significaría que la empresa podría *de facto* seguir emitiendo vertidos, alargando la comisión delictiva y los daños para el medio ambiente.

Al mismo tiempo, ha de valorar las consecuencias económicas y sociales que tendría la adopción de la medida, y sus efectos para los trabajadores. Especialmente en los supuestos en los que la actividad lícita de la empresa es superior a la actividad ilícita. Ello excluye a las empresas de mera cobertura o tapadera en las que la actividad lícita únicamente sirve para enmascarar el fin delictivo que persiguen y para blanquear las ganancias obtenidas previamente de la actividad ilícita³³.

Por tanto el Juez debe prestar atención y ponderar las consecuencias que deriven en caso de adoptar la medida (consecuencias sociales y económicas y efectos para los trabajadores), con las consecuencias en caso de no adoptarla (peligro de continuación del hecho delictivo y sus efectos).

El tercer elemento a valorar por el Juez es el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. La confluencia de todas estas consideraciones permitirá al Juez graduar el alcance y la duración de la medida, considerando las circunstancias atenuantes que permite el art.31 quáter CP³⁴ (confesión, colaboración, reparación, *compliance*).

Se plantea sobre si esta medida se refiere a la suspensión de todas las actividades desarrolladas por la persona jurídica, o sin en cambio permite la suspensión únicamente de determinadas actividades relacionadas con el hecho delictivo, lo que sería más acorde con el principio de proporcionalidad. Sobre todo dadas las consecuencias fatales que tiene para una persona jurídica la suspensión total de su actividad, que puede llevar a su muerte técnica y disolución. Desde el comienzo la doctrina y la jurisprudencia han optado por descartar una interpretación literal y estricta del precepto, permitiendo la suspensión tan solo de una parte de las actividades de la empresa, aquellas relacionadas con el hecho delictivo. En esta línea se pronunció también la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2011.

³³ Auto nº19/2011 de la AN en el que el ponente VELASCO NÚÑEZ ratifica la clausura y suspensión cautelar temporal por dos años de las actividades mercantiles en el auto procesadas, que encubrían el tráfico de cocaína en grandes cantidades, cometiendo un delito contra la salud pública.

³⁴ Anterior art.31 bis párrafo 4º CP.

Pensemos en el desenlace de la empresa Arthur Andersen LLP, una de las mayores compañías auditoras del mundo, cuyo tamaño no impidió que fuera abocada a su práctica desaparición en 2002 tras ser privada de poder seguir ejerciendo sus funciones de auditoría y asesoría para las sociedades registradas en la bolsa de valores de Estados Unidos. La cautela debe ser mucho mayor entonces en el terreno de las medidas cautelares, donde nos movemos en términos de mera probabilidad y no de certeza. De lo contrario estaríamos trocando lo cautelar en anticipado.³⁵

Sobre la duración máxima de la suspensión cautelar nos remitimos al epígrafe sexto de este texto. A modo de recordatorio, el plazo de la medida no podrá superar al que correspondería a la eventual pena dictada en sentencia, que en cualquier caso no podrá exceder de 5 años. Además para imponer la medida por un plazo superior a dos años se requiere que la persona jurídica sea reincidente o se utilice como instrumento para la comisión de ilícitos penales en los términos que contempla el art.66 bis.2º del Código Penal.

7.1.2.- Clausura de locales y establecimientos.

El artículo 33.7.d) del Código Penal prevé como pena aplicable a las personas jurídicas la clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de 5 años. En el último párrafo de este precepto se permitirá que esta medida pueda ser adoptada igualmente con carácter cautelar.

El objetivo, de nuevo, es evitar la reiteración de una conducta delictiva y prevenir sus efectos, en este caso mediante la clausura de establecimientos y locales tanto físicos como virtuales, en referencia estos últimos a los portales web en los que desarrolle su actividad cuando el delito se cometa a través de internet. Recae por tanto sobre elementos patrimoniales de la persona jurídica.

El Juez podrá graduar y especificar, en el auto en el que se acuerde la medida, sobre qué locales y establecimientos en concreto va a recaer. Ello supone que si por ejemplo se puede probar que se ha vendido droga en el bar

³⁵ En esta línea es acertado el Auto 26/2016 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid a fecha 26 de enero de 2016 al desestimar la suspensión cautelar de BlaBlaCar, solicitada por la patronal Confibus. La desestimación ha sido basada en la falta de prueba de la existencia de un peligro real e inminente de que la actividad de BlaBlaCar suponga un daño irreparable para el sector de transporte de viajeros, y recuerda que *“con la medida cautelar solicitada en verdad se pretende anticipar, en cierta forma, el resultado del fallo al pedir el cese de actos de competencia desleal, lo que tiene un marcado efecto anticipatorio puesto que es uno de los pedimentos de la demanda principal”*. En los mismos términos se pronunció el Juzgado de lo Mercantil nº12 de Madrid el pasado 5 de noviembre, al considerar desproporcionado solicitar el cierre cautelar de la aplicación Cabify, solicitada por la Federación Profesional del Taxi.

de un hotel, no significa que debamos decretar la clausura de toda la cadena de establecimientos hoteleros. De forma similar a lo que pasaba con la suspensión de actividades, la medida podrá recaer si se estima oportuno y en función de las necesidades, sobre todos o sólo parte de los locales o establecimientos de la persona jurídica.

Sobre el plazo durante el cual puede mantenerse esta medida, nos remitimos de nuevo al epígrafe sexto de este texto (podrá durar más de dos años si es reincidente o un instrumento para la comisión de delitos, con un máximo de cinco años). Con una puntualización: para los delitos referentes a prostitución, corrupción de menores, exhibicionismo y provocación sexual en los que se utilicen establecimientos o locales, abiertos o no al público, podrá decretarse la clausura temporal con carácter cautelar por una duración no superior a 5 años (art.194 CP).

7.1.3.- Intervención judicial.

Es la tercera de las medidas cautelares que pueden acordarse contra una persona jurídica en concordancia con la pena prevista en el artículo 33.7.g). Se caracteriza por tener una naturaleza mixta: civil y penal –lo que tiene importantes consecuencias en el régimen de presupuestos a seguir, en la duración de la medida o en la legitimidad para solicitarla.

Tiene fines tanto asegurativos (art.299 LECrim) como de carácter conservativo. Se concretan en los siguientes:

➤ **Salvaguardar los derechos de los trabajadores y acreedores.**

Esta finalidad es la primordial y la que la distingue del resto. Como señala ARANGÜENA FANEGO³⁶, si lo que resulta prioritario es poner fin a la continuidad delictiva estando estos intereses sociales en riesgo, se deberá optar en primer término por la intervención y no por la disolución o la suspensión de actividades. Esta finalidad sin embargo no tiene lugar cuando nos encontremos con empresas instrumentales o en supuestos de blanqueo de capitales, salvo que se demuestre que la actividad lícita es superior a la ilícita.

También debe señalarse que en ciertos delitos económicos, principalmente en los de insolvencia punible del art.261 bis del Código Penal, existe un conflicto entre el mantenimiento de los puestos de

³⁶ ARANGÜENA FANEGO, C., “Responsabilidad penal...”. Op.cit. Ap.4.6.3. sobre la intervención judicial. Párrafo 2º.

trabajo y la satisfacción de los créditos de los acreedores que se suele inclinar en favor de los segundos, liquidando el patrimonio salvable³⁷.

➤ **Asegurar la pena.** Se limita la libertad de obrar del infractor, si es el mismo³⁸, para evitar la continuidad de la actividad delictiva. Además se busca neutralizar la destrucción de pruebas y el incremento del mal causado por la acción delictiva.

➤ Cabe también para **impedir el vaciamiento patrimonial**, protegiendo así los intereses pecuniarios de acreedores y trabajadores (responsabilidad civil), y para **cobrar multas**.

- Regulación de la intervención judicial y naturaleza mixta.

La regulación de esta figura la encontramos en el art.33.7 *in fine* CP y, vía art.764.2 LECrim, por lo menos para el Abreviado, en los arts.630 y ss de la LEC “*de la administración judicial*”.

Si atendemos exclusivamente al artículo 33.7.g) CP debemos entender que la medida en cuestión contempla exclusivamente la **intervención judicial** en sentido estricto. Esta es la modalidad en la que un tercero –interventor– designado por el Juez realiza labores de asistencia y vigilancia sobre la gestión de la administración societaria ajena, con el fin de supervisar la actividad de la empresa y dar cuenta al juez, pero sin entrar a gestionar directamente a la sociedad.

No obstante, la remisión que se hace a la normativa procesal civil, nos invita a pensar en la posibilidad de la **administración judicial**, en la que el Juez designa a un tercero que además de asistir y vigilar la actividad de la persona jurídica, va a gestionarla directamente removiendo y sustituyendo al administrador elegido en su momento por la empresa. La doctrina y la práctica de los tribunales han considerado que efectivamente se permite esta segunda modalidad

³⁷ VELASCO NÚÑEZ E., “Medidas cautelares...”. Op.cit. Págs.9-10.

³⁸ La AN, en su Auto 59/2012, de 30 de julio, rechazó de esta forma una solicitud de intervención judicial de Bankia puesto que la directiva en ese momento era diferente de la que estaba cuando se cometieron los hechos delictivos. Dicha decisión fue recurrida al considerar que la nueva directiva de Bankia era una continuación de la destituida y que existía el peligro de que tomara medidas que le impidieran cumplir con una posible condena. Dicho recurso no prosperó porque el razonamiento de la recurrente “*sobre la insistencia en el alegato de la parcialidad de los nuevos gestores de Bankia/BFA, sustentado en exclusiva en sus presunciones de culpabilidad, no puede ser atendido en un Estado de Derecho*”.

La elección entre una modalidad u otra dependerá de la confianza del Juez hacia los responsables de la gestión de la entidad.

Sin embargo, la administración judicial no está prevista expresamente en el catálogo del artículo 33.7 CP y por tanto arroja dudas sobre su legitimidad como medida cautelar personal. Un asunto diferente sería plantear la administración judicial como una medida cautelar real o patrimonial por vía del art.764.2 LECrim, que permite aplicar cualquiera de las medidas cautelares establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias. Precisamente las dudas acerca de su adopción como medida cautelar *personal* son las que han podido motivar que en la futura reforma de la legislación penal se haya incorporado específicamente (art.200.3.e) de la Propuesta de texto articulado de LECrim) la administración judicial al catálogo de medidas cautelares personales susceptibles de adopción contra personas jurídicas.

- Procedimiento y contenido del auto por el que se acuerda la intervención/ administración judicial.

Veremos cómo el auto que declara la medida cautelar y determina el contenido y extensión de la misma se va a encontrar con un doble límite. Por un lado, la medida solo podrá alcanzar las funciones estrictamente necesarias, atendidas las circunstancias del caso y siempre con la preceptiva justificación correspondiente. Ello se traduce en una correspondencia entre el contenido de la medida y los concretos fines que se pretenden conseguir con ella.

El segundo límite que tiene el Juez es la solicitud de la parte acusadora. Ya hemos visto como jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional impiden al Juez adoptar medidas más graves que las interesadas por la acusación, sin perjuicio de acordar medidas diversas de las solicitadas pero de menor intensidad.

Como las restantes medidas cautelares, para acordarla es necesaria su solicitud a instancia de la acusación y una audiencia previa de las partes, (incluyendo la representación de la persona jurídica y a los anteriores administradores). El órgano judicial deberá recabar en este momento de las partes acusadoras los extremos necesarios. A partir de aquí el Juez podrá añadir aquello que sea imprescindible para satisfacer lo solicitado por las partes, pero no rellenar las omisiones. En la siguiente tabla se recogen

preguntas que el Juez dirigirá a las partes para concretar el contenido y extensión de la intervención judicial³⁹.

En concreto, el Juez preguntará:

- Si se debe o no constituir la medida.
- Sobre qué concretas personas jurídicas se va a constituir la medida.
- Qué modalidad adoptar (administración o mera intervención).
- El grado de formación del experto –economista, empresarial, auditor, etc.
- Número de administradores/interventores a nombrar y forma de su actuación (mancomunada, solidaria, por parejas, etc.)
- La retribución de los administradores/interventores.
- Si es precisa la constitución de caución para que respondan por sus actuaciones o basta con presentar resguardo de seguro de responsabilidad civil.
- Indicar qué tipo de actos –v. gr.: enajenación, disposición de activos, etc.- exigirán permiso judicial.
- Si se extiende a ciertas sucursales o a todo el negocio y si solo al nacional o también al internacional.
- Temporalidad de los informes de rendición de cuentas, además del informe final.
- Si debe inscribirse en registros públicos.
- Retribución de los interventores/administradores una vez tomen posesión de sus cargos y conozcan el alcance de su gestión.
- Determinación de la duración –hasta sentencia definitiva, hasta que se reintegren los bienes en la masa concursal, etc.
- Cuantos otros extremos determinen las circunstancias del caso.

Por tanto la medida cautelar *podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio* [art.33.7.g) 2 CP]. Determinará exactamente el contenido de la intervención, quién se hará cargo de ella y los plazos en los que se deberán realizar los informes de seguimiento para el órgano judicial.

- Duración de la intervención

³⁹ VELASCO NÚÑEZ E., “Medidas cautelares...”, Op.cit. Ap. X.

No podrá exceder de cinco años según el art.33.7.g) del Código Penal. Sin embargo deberá cumplir alguno de los supuestos del art.66 bis 2ª (reincidencia e instrumentalidad) para poder imponer la medida por un plazo superior a los dos años.

No obstante, la medida podrá modificarse o suspenderse en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal.

7.2.- MEDIDAS CAUTELARES REALES

Las medidas cautelares reales penales se pueden definir como aquellas medidas procesales del Órgano jurisdiccional que, recayendo de modo exclusivo sobre el patrimonio del legalmente obligado a su prestación, están específicamente orientadas al aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias derivadas del hecho punible por el que se procede, a declarar en su día en la sentencia⁴⁰.

Recaen por tanto sobre el patrimonio de la persona jurídica, restringiendo su capacidad de disposición. En cuanto suponen una limitación del derecho de libre disposición de los bienes por su titular (art.33 CE), se requiere de una justificación suficiente y acorde al principio de proporcionalidad. Responden a la finalidad de aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias que puedan figurar en la sentencia penal, tanto de los presuntos culpables como de terceras personas obligadas por ley a responder por las mismas directa o subsidiariamente. Podemos mencionar las siguientes:

1. Fianza o embargo subsidiario.
2. Anotación de prohibición de disponer.
3. Resto de las señaladas en el art. 727 LEC incluyendo las innominadas de su párrafo 11.

7.2.1.- La fianza.

Se trata de la medida cautelar civil en el proceso penal por excelencia. Se encuentra regulada en el Título IX del Libro II de la LECrim (arts.589 y ss). Con la constitución de una fianza se busca la disponibilidad en metálico de manera inmediata o a través de la afección de bienes muebles o inmuebles de fácil

⁴⁰ ARANGÜENA FANEGO, C., *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español.*, Barcelona, 1991. Pág. 119.

realización y de valor cierto, con el fin de asegurar el pago de las responsabilidades civiles pecuniarias que deriven del hecho delictivo.

Existen distintos tipos de fianza, al igual que ocurre para la persona física:

- Personal. Mediante esta modalidad una persona distinta del investigado garantiza con su patrimonio las responsabilidades económicas que puedan derivar del proceso penal si no son asumidas por la persona jurídica investigada. El fiador personal ha de tener capacidad legal para obligarse y solvencia económica suficiente, y podrá actuar mediante la aportación de una garantía bancaria, de una Sociedad de Garantía Recíproca o mediante aval⁴¹.
- Pignoraticia. Se afectan bienes muebles, o valores cuya cotización en Bolsa haya sido autorizada, al pago de las eventuales responsabilidades pecuniarias. Esta fianza pignoraticia puede consistir en dinero en metálico, en valores o en muebles que mediante depósito se ponen a disposición del Juzgado o Tribunal.
- Hipotecaria. Es la fianza que se constituye sobre bienes inmuebles. Se constituye en escritura pública ante Notario, o *apud acta*⁴², y requiere la previa tasación por dos peritos y la examinación de los títulos de propiedad por el Ministerio Fiscal. Dependiendo del resultado de estas operaciones, el Juez determinará si la fianza hipotecaria ofrecida es suficiente o no. Podrá ser sustituido de acuerdo con el art.593 LECrim por otra fianza en metálico, efectos públicos, o valores y demás muebles del art.591 LECrim en una determinada proporción.
- Caución (fianza crediticia). Esta alternativa a las anteriores tres modalidades la contemplan los arts.591 LECrim y 529.3.2º LEC que señalan que *podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier medio que (...) garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad que se trate*. Se caracteriza por una rápida ejecución de la misma a través de la reclamación a la entidad que la ha prestado.

Independientemente de la modalidad de fianza por la que se opte, se exige que el Juez la declare suficiente (art.596 LECrim). En el supuesto de ser declarada suficiente, se tiene por prestada la fianza dejando sin efecto los

⁴¹ Sobre las condiciones que ha de reunir el fiador personal véase art.592 LECrim.

⁴² Vid. Art.595 LECrim.

eventuales embargos que pudieran haberse acordado. Si se apreciara la insuficiencia de dicha fianza, se procederá al embargo de bienes propiedad de los posibles responsables civiles en cuantía suficiente para asegurar las condenas pecuniarias.

Con independencia de que su devengo a instancia de parte es exigible y posible desde el mismo momento en que existan indicios racionales de actividad delictiva que lleve aparejada responsabilidad civil, el art.589 LECrim obliga al Juez a determinarla sin instancia de parte. El cálculo del importe de la fianza en estos casos se fija sumando al de su probable responsabilidad (incluyendo la civil, la multa y las costas) un tercio (1/3) prudencial más, que en el caso de que afecte a la presunta persona jurídica delinciente se debe modular en función de la multa imponible a la persona física (actual art.31 ter CP) con quien conforma el grado de solidaridad que quiere el art.116.3 CP⁴³.

7.2.2.- El embargo.

Se concibe al embargo como una medida subsidiaria al afianzamiento. El art.597 LECrim se pronuncia en los siguientes términos:

“Si en el día siguiente al de la notificación del auto dictado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 589 no se prestase la fianza, se procederá al embargo de bienes del procesado, requiriéndose para que señale los suficientes a cubrir la cantidad que se hubiese fijado para las responsabilidades pecuniarias”.

Pretende por tanto afectar determinados bienes propiedad de la persona jurídica procesada a los pronunciamientos sobre responsabilidad pecuniaria que deriven del proceso.

Si el encausado no fuere habido o no se presta a señalar los bienes a embargar, se *hará el requerimiento a su mujer, hijos, apoderado, criados o personas que se encuentren en su domicilio* (art.598 LECrim). Y si tampoco se encontraren, se embargarán aquellos bienes que se reputen de su pertenencia, siguiendo un determinado orden establecido en el art.592 LEC.

7.2.3.- La anotación preventiva.

⁴³ VELASCO NÚÑEZ E., “Medidas cautelares...”, op.cit. Apartado XII, 3er párrafo.

Entre los distintos asientos que se pueden practicar en los libros del Registro de la Propiedad están las llamadas “anotaciones preventivas”, de acuerdo con el art.41 del RH. Éstas pueden conformar una medida cautelar a ser adoptada sobre la persona jurídica presunta delincuente.

La finalidad de esta medida es proteger registralmente a terceros de buena fe, mediante la publicidad de las pretensiones procesales que existan sobre un inmueble. Se les protege de eventuales declaraciones de nulidad (rescisión o anulabilidad) de operaciones relacionadas con dichos inmuebles en casos por ejemplo de estafas o insolvencias punibles. Se inscribirán en el Registro de la Propiedad la pendencia de una causa criminal contra la persona jurídica en cuestión, cuando la acción civil acumulada sea susceptible de afectar a bienes inscribibles en dicho Registro, porque puedan generar trascendencia inmobiliaria.

En relación a su regulación legal, la remisión del art.764 LECrim nos lleva a las medidas contempladas en la LEC entre las que se encuentra la anotación preventiva (art.727.5ª LEC), desarrollada más extensamente en los artículos 42 y siguientes de la LH.

Hay que tener en consideración que la regulación protege las realidades materiales sobre las titularidades aparentes. El art.20 LH indica que *no podrá tomarse anotación de demanda, (...) si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento. En los procedimientos criminales podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de os bienes como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el encausado.*

7.2.4.- Conservación de efectos e instrumentos del delito.

Para conocer los aspectos esenciales de las medidas cautelares asegurativas sobre los cuerpos, instrumentos y efectos del delito, acudimos a los arts. 334 a 367 *sexies* de la LECrim. Se incluyen todos los productos y ventajas generados con el delito así como los medios para su ejecución. En definitiva todo aquello que tenga relación con el delito y que contribuya a la búsqueda de la verdad material y al aseguramiento de la efectividad de una eventual futura condena, asegurando la prueba⁴⁴.

⁴⁴ VELASCO NÚÑEZ, E., “Medidas cautelares...”. Op.cit. pág.12.

Para cumplir su objetivo, su obtención se configura como preferente⁴⁵, y no admite tercerías ni reclamaciones, que deben aceptarse, más adelante cuando terceros ajenos al delito demuestren con claridad su pertenencia con exclusión de cualquier grado de connivencia o participación en la actividad delictiva en cuestión.

Dependiendo de la naturaleza de los cuerpos, instrumentos y efectos del delito, éstos podrán constituirse en:

- Depósito dirigido a asegurar tanto su futuro poder de convicción como penas como la del decomiso.
- Conservación (art.338 LECrim) para garantizar su integridad de cara a asegurar su restitución, además de la convicción.
- Destrucción de activos (art.367 *bis-sexies* LECrim) en los supuestos en que su almacenamiento suponga algún tipo de peligro o se trate de productos ilícitos o sean percederos.
- Realización (art.367 *quater, quinquies* LECrim) para supuestos de conservación costosa, sujetos a depreciación, desfase y desgaste en su uso, de tal manera que sea preferible convertirlo en dinero aguardarlos en la cuenta de consignación del Juzgado.

7.2.5.- Otras medidas señaladas en el art.727 LEC

A través de la remisión que hace la LECrim en su art.764 a la legislación procesal civil para las medidas cautelares de carácter real, se podrán aplicar el resto de medidas cautelares previstas en este artículo 727 de la LEC. No es una lista cerrada de medidas pues el propio artículo admite la posibilidad de adoptar otras diferentes a las contenidas en este artículo.

Por ejemplo se contemplan la suspensión de acuerdos sociales impugnados, depósitos, formación de inventarios de bienes, la intervención y administración judiciales de carácter civil y en general todas aquellas medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio.

7.3.- MEDIDAS CAUTELARES ESPECÍFICAS

⁴⁵ Art. 366 LECrim: “Las diligencias prevenidas en este capítulo y en el anterior se practicarán con preferencia a las demás en el sumario, no suspendiéndose su ejecución para asegurar la persona del presunto culpable o para dar auxilio necesario a los agraviados por el delito”.

Determinados delitos comisibles por la persona jurídica van a llevar aparejadas medidas cautelares específicas o desarrolladas de forma concreta. Estas disposiciones van a enturbiar aún más si cabe los intentos de sistematización de las medidas cautelares posibles susceptibles de adopción contra las personas jurídicas, pero se admiten a la luz de las especificidades de estos delitos.

Así en los **delitos referentes a la prostitución, corrupción de menores, exhibicionismo y provocación sexual**, llevados a cabo con utilización de establecimientos o locales, abiertos o no al público, prevé **el artículo 194 del CP** como medida cautelar su clausura temporal o definitiva con una duración máxima de 5 años.

En el **artículo 339 del CP** sobre disposiciones comunes a los **delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo** regulados en el Título XVI del Libro II, se permite la ordenación por parte del Juez o tribunal, la adopción de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como cualquier otra medida cautelar necesaria a cargo de la empresa autora del hecho.

También en otros textos legales podemos encontrar específicas medidas cautelares. Es el caso del **artículo 141 de la Ley de Propiedad Intelectual**. En caso de infracción o cuando exista temor racional y fundado de que ésta va a producirse de modo inminente, la autoridad judicial podrá decretar a instancia de los titulares de los derechos reconocidos en esta ley, las medidas cautelares necesarias.

Entre las medidas posibles de aplicación encontramos las de:

- Intervención y depósito de ingresos
- Suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda.
- Secuestro de ejemplares, instrumentos, dispositivos, productos y componentes
- Embargo de equipos, aparatos y soportes materiales
- Suspensión de servicios prestados a terceros por intermediarios.

En los supuestos de delitos contra la Hacienda Pública, se permite que la Agencia Estatal de Administración Tributaria pueda acordar medidas cautelares de carácter provisional para asegurar el cobro de las deudas para cuya recaudación sea competente. Se encuentran reguladas en el **artículo 81 de la LGT**. Podrán ser adoptadas cuando se aprecien indicios racionales de que, en otro caso, dicho cobro se vería frustrado o gravemente dificultado.

Habrán de tratarse de medidas proporcionadas al daño que se pretenda evitar, en la cuantía estrictamente necesaria para asegurar el cobro de la deuda, y siempre que no produzca un perjuicio de difícil o imposible reparación.

En el artículo 81.4 LGT se contiene una lista no exhaustiva de las medidas cautelares que pueden adoptarse, entre las que se encuentran a modo de ejemplo, la retención del pago de devoluciones, o el embargo preventivo de bienes y derechos.

La reforma operada por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, General Tributaria, introduce al caso un nuevo artículo 614 bis en la LECrim, según el cual:

“Una vez iniciado el proceso penal por delito contra la Hacienda Pública, el juez de lo penal⁴⁶ decidirá acerca de las pretensiones referidas a las medidas cautelares adoptadas al amparo del artículo 81 de la Ley General Tributaria.”

7.4.- MODIFICACIÓN, SUSTITUCIÓN Y ALZAMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES.

En primer término, sabemos que las medidas cautelares siguen el principio *rebus sic stantibus* (“estando así las cosas”) según el cual las medidas cautelares tan sólo podrán mantenerse siempre y cuando se sigan cumpliendo todos sus requisitos.

La aplicación de este principio supone que la medida cautelar será objeto de eventuales revisiones a lo largo del procedimiento, a raíz de las cuales el Juez puede acordar bien la modificación de la medida, su sustitución por otra distinta, o su alzamiento. Si varían las circunstancias que motivaron su adopción, con sus concretos términos y alcance, es lógico que deban variar igualmente las medidas o su régimen de funcionamiento.

El silencio sobre esta materia vuelve a ser latente en el art.544 quáter, lo que no impide la posibilidad de modificar, sustituir o revocar una medida cautelar cuando varíen las circunstancias, por aplicación de la teoría general de las medidas cautelares. Es además una exigencia del debido respeto a la presunción de inocencia.

Por tanto, como adelantábamos, la revisión de las medidas cautelares puede desembocar en las siguientes situaciones:

A) Modificación.

⁴⁶ Entendiéndose que se refiere a todo juez de la jurisdicción penal y no únicamente al Juez de lo Penal.

Cuando se incrementa o debilita el *fumus boni iuris* o el *periculum in mora*, variando por tanto los hechos y circunstancias presentes en el momento de adopción de la medida, la parte interesada podrá solicitar la modificación de la medida ante el Juez competente. Éste deberá seguir el cauce contradictorio previsto en el art.544 quáter LECrim, dando audiencia a todas las partes personadas.

Como consecuencia se podrá modificar su contenido, duración o cualquier otro aspecto concreto de su funcionamiento.

B) Sustitución.

Al cambiar las circunstancias que motivaron la adopción de la medida también puede ocurrir que ésta se revele inefectiva. O bien la medida adoptada en su día no está dando los resultados que se esperaban de ella. En estos casos, es recomendable optar por su sustitución por otra medida diferente, en vez de modular la medida existente.

De nuevo es la parte interesada la que debe solicitarlo en virtud del principio dispositivo que preside el régimen cautelar.

C) Alzamiento.

Supone la finalización o terminación de la medida cautelar. Tiene lugar cuando desaparecen los presupuestos que motivaron su adopción. Se diferencia de las dos anteriores en que no se requiere solicitud de la parte interesada, sino que en este caso debe ser decretada de oficio, tan pronto como el Juez observe la ausencia del *fumus boni iuris* o del *periculum in mora*.

Podemos añadir a las anteriores una cuarta categoría que contempla GIMENO BEVIÁ⁴⁷: la **suspensión**.

Esta figura que ha sido regulada con detalle por el legislador italiano y que expondremos muy brevemente, no ha sido en cambio prevista por el legislador español. Consiste en dejar sin efecto la medida cautelar durante un periodo de tiempo determinado. Resulta una figura interesante, en cuanto la posibilidad de suspender las medidas cautelares supone que la sociedad pueda tener un mayor interés en actuar para reparar el daño, mediante la adopción de un “programa de cumplimiento”.

⁴⁷ GIMENO BEVIÁ J. “El proceso penal...”. Op.cit. págs.360 a 362.

De esta forma la persona jurídica muestra su disposición a poner fin a los defectos organizativos que han supuesto la comisión del delito, y a implantar medidas de prevención para evitar que vuelva a producirse esa situación en el futuro. El resultado es que se elimina el *periculum in mora* que justificaba la adopción de la medida cautelar.

Para evitar que dicho programa de cumplimiento sea una mera apariencia, le corresponde a la persona jurídica presentar una caución de cuantía no inferior a la mitad de la sanción pecuniaria mínima prevista por el delito que se le imputa (se permite también la constitución de una garantía hipotecaria o fianza personal y solidaria).

Además, el Juez establecerá un plazo dentro del cual la sociedad deberá cumplir con unos requisitos que, si no son cumplidos provocará la pérdida de la caución. Si se cumplen, se revocará la medida cautelar y se restituirá la caución a la persona jurídica.

8.- PROPUESTA DE TEXTO ARTICULADO DE LECrim DE 2013: ART.200.

La referencia al art.200 de esta Propuesta de texto articulado de la LECrim presentada en 2013⁴⁸, es interesante en cuanto constituye un precedente y una idea sobre la que partir de cara a una futura reforma de la legislación procesal penal en materia de medidas cautelares.

Anteriormente a éste, existió un Anteproyecto de reforma de la LECrim en el año 2011, presentado por el exministro de Justicia Francisco Camaño, pero al que no haremos referencia en cuanto no preveía aún una regulación procesal específica sobre medidas cautelares contra personas jurídicas.

Ambos textos tienen en común que no llegaron a tener vigencia. Contemplaban el fin de un modelo penal, otorgando al fiscal la dirección de la investigación en el proceso penal, y reforzando la posición de los jueces como garantes. Un cambio radical respecto del panorama legal decimonónico anterior que supuso que no llegaran a ver la luz.

El artículo 200 de la mencionada Propuesta de reforma del año 2013, daba cobertura a no pocas lagunas y defectos del vigente art.544 quáter, al que se le reprocha precisamente su silencio sobre muchos aspectos de la regulación de las medidas cautelares, así como la remisión a otros textos legales:

Artículo 200. Medidas aplicables a las personas jurídicas

1.El Fiscal y las acusaciones podrán instar al Tribunal que acuerde la imposición de medidas cautelares a las personas jurídicas encausadas, con estricto cumplimiento de los requisitos de legalidad, jurisdiccionalidad, idoneidad, necesidad, proporcionalidad y provisionalidad y siguiendo lo dispuesto en los artículos subsiguientes.

2.El régimen jurídico de estas medidas será el previsto en la presente Ley y en su caso el contenido en las correspondientes disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3.Las medidas cautelares penales aplicables a las personas jurídicas serán las siguientes:

a. Suspensión de actividades

b. Clausura de locales y establecimientos

c. Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, y para el disfrute de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.

d. Intervención judicial.

e. Administración judicial.

4.Para la adopción de cualquiera de estas medidas se habrá de celebrar otorgar audiencia a las partes, por escrito por plazo de cinco días, o en comparecencia.

⁴⁸ Elaborada por la Comisión institucional creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, disponible en www.mjusticia.gob.es

5. La duración de las medidas cautelares no podrá ser superior a la prevista para la pena imponible que corresponda por el delito o delitos indiciariamente cometidos.

6. El Tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66 bis del Código Penal, al considerar la procedencia y graduación de la medida imponible a la persona jurídica.

7. Lo dispuesto en este artículo será aplicable a las personas jurídicas o entidades que puedan resultar condenadas a alguna de las consecuencias accesorias de la pena previstas en el artículo 129 del Código Penal.

Vemos que se incorpora información sobre quién está legitimado a instar la imposición de medidas cautelares, sobre los requisitos que ha de cumplir (legalidad, jurisdiccionalidad, idoneidad, necesidad, proporcionalidad y provisionalidad) y sobre la duración. Prevé, a diferencia de la regulación actual vigente, un plazo de 5 días desde la solicitud de la medida, dentro del cual se ha de celebrar la audiencia. No remite a otros textos normativos para señalar las medidas cautelares personales susceptibles de adopción, e incorpora dos más: la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, y la administración judicial (despejando así las dudas sobre su posible adopción como medida *personal* y sobre su naturaleza civil o penal).

En definitiva, *de lege ferenda*, es un precepto a tener en cuenta y que puede aportar una base normativa sobre la que trabajar.

9.- CONCLUSIONES.

Un primer estudio de la normativa y estructuración de las medidas cautelares no puede arrojar otra primera conclusión que su insuficiencia y sobriedad. Recordemos que la necesaria reforma procesal que debía acompañar al nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, fue ratificada con un año de retraso. Aprovechó el legislador la Ley 37/2011 de medidas de agilización procesal, para introducir una regulación que fue, a pesar de la dilación, discreta y llena de lagunas y remisiones. En definitiva, un parche para ir tirando.

Hubiera sido deseable la existencia de un debate previo que alimentara la discusión y la reflexión, con participación directa de doctrina y operadores jurídicos, que proporcionaran al legislador el *feedback* necesario para mejorar la calidad normativa de la regulación, dándole traslado de las necesidades con las que tienen que lidiar en el día a día, y de la realidad social tan compleja con la que se encuentran, con especial mención al fenómeno de la delincuencia económica y empresarial.

Los defectos de la regulación han sido puestos de manifiesto a lo largo del trabajo, y cubiertos en buena medida acudiendo a la teoría general de las medidas cautelares. Esta falta de sistematización en materia cautelar provoca que su aplicación resulte en exceso confusa y complicada. Sería recomendable a mi juicio, y en vista de que una reforma general de la Ley de Enjuiciamiento Criminal puede tardar en llegar por falta de consenso, sacar adelante al menos una regulación completa y clara de las medidas cautelares contra personas jurídicas, que proporcione a los operadores jurídicos los instrumentos suficientes y con la variedad precisa para luchar contra la comisión de delitos por medio de personas jurídicas cada vez más complejos. En definitiva, la premisa sería: puestos a recurrir a la técnica del *parcheo*, hacerlo mejor, a la espera de una reforma profunda de nuestro ordenamiento procesal penal que sustituya nuestro decimonónico texto de enjuiciamiento criminal por otro actualizado a las necesidades presentes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arangüena Fanego, C. “Responsabilidad penal de la persona jurídica y medidas cautelares personales”. *REDEM – Revista de Derecho Empresarial*, No.2 – Octubre 2014. Págs. 83-115
- Arangüena Fanego, C. *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*. Barcelona, 1991
- Barcones Agustín, N. “El aseguramiento de responsabilidades civiles en el proceso penal: la fianza hipotecaria”. *Noticias Jurídicas* (1/12/2009)
- Barnés Vázquez, J., “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario”. *Revista de Administración Pública*, Nº 135 sept-dic, 1994.
- Bretones Alcaraz, F.J. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de tráfico de drogas”. *Noticias Jurídicas*, 7 de septiembre de 2015.
- Dopico Gómez-Aller, J. “Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos”. *Revista La Ley* (nº7796) 13 de febrero 2012.
- Echarri Casi, F.J., “Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales”, *Diario La Ley*, Nº7632, de 18 de mayo de 2011.
- Fernández Ogallar, B. *El derecho penal armonizado de la UE*. Ap.X.2: Págs.383-390. Feb. 2014.
- Ferrajoli, L., *Derecho y razón*. 5ª edición, Madrid, Ed. Trotta, 2001.
- Fiscalía General del Estado, Circular 1/2011, de 1 de junio de 2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por la ley orgánica número 5/2010.
- Fiscalía General del Estado, Circular 1/2016, de 22 de enero de 2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

Flors Maties, J. “Medidas cautelares personales”
www.tirant.com/derecho/actualizaciones/Tema%2013:Paginas%2001_03.pdf

Gascón Inchausti, F. *Proceso penal y persona jurídica*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.

Gimeno Beviá, J. “El proceso penal de las personas jurídicas”. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014

Gimeno Sendra, V., *Derecho Procesal Civil. Los procesos especiales*, Colex, Madrid, 4ª ed., 2012

Nogueira Alcalá, H. “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”. *Revista Ius et Praxis*, 11(1): 221-241, 2005.

Roig Altozano, M. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: *societas delinquere et puniri potest*”. *Noticias Jurídicas*. 1 de febrero de 2012.

Velasco Núñez, E. “Medidas cautelares sobre la persona jurídica delinciente”, *Diario La Ley*, Nº 8169, de 14 de octubre de 2013.

Velasco Núñez, E., “Responsabilidad de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales” en *Diario La Ley*, nº7883, de 19 de junio de 2012.

SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

- STC 37/1989, de 15 de febrero.
- STC 7/1994, de 17 de enero.
- Auto de la AN nº19/2011, de 28 de febrero.
- Auto de la AN nº59/2012, de 30 de julio.
- STS 514/2015, de 2 de septiembre.
- STS 5081/2015, de 14 de diciembre.
- Auto 26/2016, de 26 de enero, del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Madrid.
- STS 154/2016, de 29 de febrero.
- STS 221/2016, de 16 de marzo.