Universidad de Valladolid

Escuela de Doctorado Universidad de Valladolid

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

TESIS DOCTORAL:

DEFENSA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL.

ESPECIAL REFERENCIA A LOS INFORMES PERICIALES DE *COMPLIANCE.*

Presentada por Óliver Pascual Suaña para optar al grado de Doctor por la Universidad de Valladolid

Dirigida por: Prof. Dra. Coral Arangüena Fanego

A Seila: Por el tiempo robado. Te lo devolveré el resto de *nuestra* vida.

A mis Padres: Por ser el contexto perfecto para crecer.

A mi Hermano: Por creer en mí. Desde siempre. Antes que nadie.

A Coral: Por su tiempo. Por sus impagables consejos.

A los que preguntaban: *¿Qué tal va la tesis?*

ABREVIATURAS **13**
INTRODUCCIÓN **17**
PARTE PRIMERA **21**

CAPÍTULO 1. APROXIMACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA. **23**

1.1 PLANTEAMIENTO. 23

1.2 ELEMENTOS VERTEBRADORES DEL DERECHO DE DEFENSA. 23

1.3 GÉNESIS DEL DERECHO DE DEFENSA: LA IMPUTACIÓN. 30

1.3.1 Concepto de imputación. *30*
1.3.2 El momento de la imputación. *32*
1.3.2.1 Introducción. 32
1.3.2.2 Imputaciones sorpresivas. 34
1.3.2.3 Imputación de sujetos que han intervenido previamente en el proceso como testigos. 39
1.3.3 Contenido de la imputación. *41*
1.3.4 La imputación como acto interruptivo de la prescripción. *46*

1.4 EL DERECHO DE DEFENSA. 49

1.4.1 La imputación como una garantía. *49*
1.4.2 El derecho de defensa y sus derechos instrumentales. *52*
1.4.3 El derecho de defensa según la normativa y jurisprudencia supranacional. *55*
1.4.3.1 El derecho de defensa según el CEDH, y la jurisprudencia del TEDH. 55
1.4.3.2 CDFUE. 60
1.4.3.3 Fortalecimiento de los Derechos Fundamentales en la UE. 61

1.5 EJERCICIO DUAL DEL DERECHO DE DEFENSA. DEFENSA MATERIAL Y DEFENSA TÉCNICA. 71

1.5.1 Defensa material. *73*
1.5.2 Defensa técnica. *76*

CAPÍTULO 2. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. TOMA DE POSTURA SUSTANTIVA Y SU RELEVANCIA PROCESAL. **81**

2.1 PLANTEAMIENTO. 81

2.2 SISTEMAS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. HETERORRESPONSABILIDAD O AUTORRESPONSABILIDAD. 84

2.2.1 Heterorresponsabilidad. *85*
2.2.2 Autorresponsabilidad. *88*

2.3 TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO Y EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ESPAÑA: EL DEFECTO ORGANIZATIVO COMO ELEMENTO DEL INJUSTO. 89

2.3.1 Introducción. *89*
2.3.2 La acción de las personas jurídicas. *90*

2.3.3 El injusto objetivo de las personas jurídicas. 91
2.3.4 El injusto subjetivo de las personas jurídicas. 94
2.3.5 Culpabilidad de las personas jurídicas. 95

2.4 PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y SU RELACIÓN CON LOS HECHOS OBJETO DEL PROCESO. 96

2.4.1 Introducción. 96
2.4.2 Hechos de referencia o delito base. La doble vía de imputación del artículo 31 bis CP. 97
2.4.2.1 Elementos comunes de ambas vías de imputación. 98
2.4.2.2 Primera vía. Delitos cometidos por personas físicas con capacidad de decisión, organización y control en la persona jurídica. 99
2.4.2.3 Segunda vía. Delito cometido por subordinados. 101
2.4.3 Hechos internos de la persona jurídica. 104
2.4.3.1 Hechos relativos al defecto organizativo. 104
2.4.3.2 Hechos relativos a las causas de exoneración de la responsabilidad penal (artículo 31 bis. 2 y 4 CP). Especial referencia a los modelos de prevención penal. 106
2.4.3.3 Hechos relativos a las causas de atenuación de la responsabilidad penal (párrafo segundo de la condición 4ª del aptdo. 2 del artículo 31 bis CP, y artículo 31 quater del CP). 115
2.4.3.4 Hechos determinantes de la pena. 121
2.4.4 Hechos propios de la persona física. 123

2.5 CONSECUENCIAS DEFENSIVAS DEL OBJETO DEL PROCESO EN EL ENJUICIAMIENTO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. 123

CAPÍTULO 3. DEFENSA MATERIAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. 127

3.1 PLANTEAMIENTO. 127

3.2 EL PLAN DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO PENAL. 129

3.2.1 Idoneidad y eficacia del modelo de prevención penal. 129
3.2.2 Adopción y ejecución por los representantes legales. Liderazgo y compromiso. 131
3.2.3 Política de compliance penal. 134
3.2.4 El código de conducta. 135
3.2.5 Modelo de prevención penal (elementos imprescindibles). 137

3.3 CANAL DE DENUNCIAS E INVESTIGACIONES INTERNAS. 146

3.3.1 Introducción. 146
3.3.2 Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Análisis general y excurso: sus consecuencias sobre el derecho a no incriminarse de las personas jurídicas. 148
3.3.3 Objetivos del canal de denuncias. 153
3.3.4 La gestión del canal de denuncias: interno o externo. 154
3.3.5 El origen de la investigación interna. 156
3.3.5.1 Formulación de una denuncia. 156
3.3.5.2 Auditorías internas. 165
3.3.6 Investigaciones internas. 165
3.3.6.1 Derechos del denunciado. 165
3.3.6.2 Fases de la investigación. 175

3.4 IMPUTACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA. EL REPRESENTANTE ESPECIALMENTE DESIGNADO. 181

3.4.1 Introducción. 181

3.4.2 Autonomía o simultaneidad de la imputación respecto a la persona física. 182
3.4.3 Traslado de la imputación y designación del representante especial. 184
3.4.3.1 Primera comparecencia de la persona jurídica imputada. Artículo 119 LECrim. 184
3.4.3.2 Facultad de designar al representante especial. 186
3.4.3.3 El sujeto apto para ser representante especialmente designado. 189
3.4.3.4 Las funciones del representante especialmente designado. 193
3.4.3.5 Situaciones de conflicto de interés. 194

3.5 LA DECLARACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA COMO INVESTIGADA O ACUSADA. 196

3.5.1 Declaración en instrucción. 196
3.5.2 Interrogatorio de la persona jurídica acusada. 204

3.6 CONFORMIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA. 208

3.6.1 Breve caracterización. 208
3.6.2 Poder especial del representante designado. 212
3.6.3 Control judicial de la conformidad. 213
3.6.4 Independencia de la conformidad de la persona jurídica respecto a las personas físicas. 213
3.6.5 No vinculación de la conformidad de la persona jurídica respecto a los juicios posteriores. 214

3.7 DERECHO A LA ÚLTIMA PALABRA. 215

CAPÍTULO 4. DEFENSA TÉCNICA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. ESTUDIO SOBRE EL PAPEL DEL ABOGADO COMO *COMPLIANCE OFFICER*. 221

4.1 PLANTEAMIENTO. 221

4.2 EL COMPLIANCE OFFICER. 221

4.2.1 Definición y funciones. 221
4.2.2 Cualidades esenciales del compliance officer. 225
4.2.2.1 Autonomía. 226
4.2.2.2 Independencia. 227
4.2.3 Asignación de las funciones de supervisión del modelo de prevención penal. 227
4.2.3.1 Órgano con poderes de iniciativa y control. 228
4.2.3.2 Órgano encargado legalmente de supervisar la eficacia de los controles internos. 229
4.2.3.3 Órgano de administración. 230
4.2.4 Formación exigible al compliance officer. 230
4.2.5 El órgano de compliance ideal: órgano interno de la persona jurídica + abogado externo. 232
4.2.6 Responsabilidad penal del compliance officer y sus consecuencias para la persona jurídica. 234
4.2.6.1 Punto de partida: la relevancia del grado de delegación de funciones correctivas y ejecutivas recibidas por el oficial de cumplimiento. 234
4.2.6.2 El *compliance officer* omite los controles fijados en relación con un delito, que podrían haberlo evitado. 236
4.2.6.3 El *compliance officer* negligente que no revisa o implanta un control diseñado para evitar el ilícito. 237
4.2.6.4 El *compliance officer* ocultador del ilícito. 238
4.2.6.5 Responsabilidad del *compliance officer* por el incorrecto diseño del modelo de prevención penal. 239

4.3 EL SECRETO PROFESIONAL. 240

4.3.1 Definición y fundamento. 240
4.3.2 Regulación. 241
4.3.3 Tendencia legislativa a la limitación del secreto profesional. 244
4.3.4 Contenido del secreto profesional. 247

4.3.5 Personas jurídicas y secreto profesional. *248*
4.3.5.1 Sujetos amparados por el secreto profesional de las personas jurídicas. 248
4.3.5.2 Confidencialidad abogado – cliente: momento de inicio y aplicabilidad a los abogados internos. 250

4.4 CONFLICTOS DE INTERÉS EN LA DEFENSA TÉCNICA DE LA PERSONA JURÍDICA Y EL AUTOR INDIVIDUAL. 256

CAPÍTULO 5. EL DERECHO A NO INCRIMINARSE DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. 261

5.1 PLANTEAMIENTO. 261

5.2 DEFINICIÓN Y FUNDAMENTO. 262

5.3 REGULACIÓN POR EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. 264

5.3.1 Reconocimiento constitucional como derecho fundamental. *264*
5.3.2 Derecho a no incriminarse según la LECrim. *265*

5.4 DERECHO A NO INCRIMINARSE SEGÚN LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA SUPRANACIONAL. 266

5.4.1 Derecho a no incriminarse según el TEDH. *266*
5.4.1.1 Punto de partida. Reconocimiento implícito en el CEDH; concepto autónomo de acusación en materia penal; y el *balancing test*. 266
5.4.1.2 Prohibición de coacciones dirigidas el sujeto pasivo del proceso para la obtención de pruebas autoincriminatorias. 270
5.4.1.3 Exclusión del ámbito de protección del derecho del material que exista con independencia de la voluntad del investigado. 272
5.4.1.4 Prohibición de extraer consecuencias negativas del silencio del acusado. La excepción de la explicación razonable. 276
5.4.2 Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. *278*
5.4.3 Derecho a no incriminarse según el TJUE. *281*

5.5 DERECHO A NO INCRIMINARSE SEGÚN EL TC. 283

5.5.1 El TC y la aportación de documentos: diferencia entre aportar prueba y soportar prueba. *283*
5.5.2 Extracción de consecuencias negativas del silencio. El test de la explicación. *286*

5.6 DERECHO A NO INCRIMINARSE SEGÚN EL TS. 287

5.6.1 Extracción de consecuencias negativas del silencio. Asunción del "test de la explicación". *287*
5.6.2 Aportación de documentos con contenido directamente incriminatorio. *288*

5.7 DERECHO A NO INCRIMINARSE Y PERSONAS JURÍDICAS. 289

5.7.1 Reconocimiento legislativo y dudas doctrinales sobre su alcance. *289*
5.7.2 Extensión subjetiva del derecho a no incriminarse de las personas jurídicas. *293*
5.7.3 Ámbito objetivo del derecho a no incriminarse de las personas jurídicas. Especial referencia a su aplicabilidad a los elementos del modelo de prevención penal. *295*

CAPÍTULO 6. PRUEBA EN LOS PROCESOS PENALES FRENTE A PERSONAS JURÍDICAS. 301

6.1 PLANTEAMIENTO. 301

6.2 DERECHO A VALERSE DE LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES PARA SU DEFENSA (ARTÍCULO 24.2 CE). 302

6.2.1 Naturaleza jurídica y definición. 302
6.2.2 Contenido del Derecho. 304

6.3 DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. 307

6.3.1 Naturaleza jurídica. 307
6.3.2 Definición y fundamento. 312
6.3.3 Contenido de la presunción de inocencia. 313
6.3.4 Derecho a la presunción de inocencia y personas jurídicas. 315

6.4 CARGA DE LA PRUEBA DE LOS MODELOS DE PREVENCIÓN PENAL, Y DEL RESTO DE ELEMENTOS DE LOS APTDOS. 2 Y 4 DEL ARTÍCULO 31 BIS CP. 316

6.5 PRUEBAS EN LOS PROCESOS PENALES FRENTE A LAS PERSONAS JURÍDICAS. 324

6.5.1 Introducción. 324
6.5.2 Declaración de los acusados en el juicio oral. 324
6.5.3 Prueba testifical. 326
6.5.4 Informe pericial. 327
6.5.5 Prueba documental. 328

PARTE SEGUNDA 329

CAPÍTULO 7. EL INFORME PERICIAL EN EL PROCESO PENAL. 331

7.1 PLANTEAMIENTO. 331

7.2 CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL INFORME PERICIAL. 332

7.3 NATURALEZA JURÍDICA DEL INFORME PERICIAL. 336

7.3.1 Posibles orígenes de la discusión doctrinal. 336
7.3.2 Pericial como medio de prueba. 337
7.3.3 Pericial como auxilio del Juzgador. 339
7.3.4 Pericial como auxilio judicial y medio de prueba. 341

7.4 EL PERITO. 343

7.4.1 La capacidad del perito. 343
7.4.2 La imparcialidad del perito. 345

7.5 EL INFORME PERICIAL. CONTENIDO. 348

7.6 PERICIAL, Y SU DISTINCIÓN DE OTRAS FIGURAS AFINES. 355

7.6.1 El testigo – perito. 355
7.6.2 Pericial y documental. 356

7.7 PERICIALES JURÍDICAS. 357

7.7.1 Estado de la cuestión. *357*
7.7.2 Justificación del cambio de paradigma. *359*
7.7.2.1 Evolución del hecho jurídico. 359
7.7.2.2 Expansión del Derecho Penal. 361
7.7.3 Admisibilidad de periciales jurídicas. *366*
7.7.4 Periciales de compliance. *370*
7.7.5 Alternativa a las periciales jurídicas. Cuestiones prejudiciales devolutivas. *372*

CAPÍTULO 8. EVALUACIÓN PROCESAL DE LOS MODELOS DE PREVENCIÓN PENAL. LA POSIBLE INTERVENCIÓN DE LOS INFORMES PERICIALES DE *COMPLIANCE*. 381

8.1 PLANTEAMIENTO. 381

8.2 DIFICULTADES DE PERSECUCIÓN PENAL EN LA DELINCUENCIA EMPRESARIAL: LA IMPORTANCIA DE LAS PERICIALES. 382

8.3 GUÍA PARA LA EVALUACIÓN PROCESAL DE LOS MODELOS DE PREVENCIÓN PENAL. 388

8.3.1 Introducción. Principales textos de referencia. *388*
8.3.2 Fase 1. Diseño del modelo de prevención penal. *394*
8.3.2.1 Participación del órgano de administración en el diseño. 395
8.3.2.2 Previsibilidad del ilícito objeto de enjuiciamiento. 397
8.3.2.3 Procesos y procedimientos para el tratamiento de los riesgos penales detectados. 399
8.3.2.4 Controles establecidos, y su eficacia *ex ante*. 400
8.3.2.5 Diligencia debida. 408
8.3.2.6 Fusiones y adquisiciones. 413
8.3.2.7 Canal de denuncias. 414
8.3.3 Fase 2. Implantación efectiva del modelo de prevención penal. Dotación de recursos suficientes. *416*
8.3.3.1 Compromiso de la alta dirección. 416
8.3.3.2 Recursos. 417
8.3.3.3 Autonomía e independencia del *compliance officer*. 418
8.3.3.4 Formación y comunicaciones. 420
8.3.3.5 Integración operativa. 423
8.3.4 Fase 3. Eficacia práctica del modelo de prevención penal. *423*
8.3.4.1 Eficacia en relación con otros incumplimientos distintos al enjuiciado. 424
8.3.4.2 Eficacia en relación con el hecho enjuiciado. 427

CAPÍTULO 9. INFORMES PERICIALES DE *COMPLIANCE.* 433

9.1 PLANTEAMIENTO. 433

9.2 LA NORMA UNE 19601 Y SU CERTIFICACIÓN. 434

9.2.1 Origen de la NORMA UNE 19601. *434*
9.2.2 NORMA UNE 19601. Una visión panorámica. *435*
9.2.2.1 Introducción. 435
9.2.2.2 Contexto de la organización (Capítulo 4). 436
9.2.2.3 Liderazgo (Capítulo 5) 437
9.2.2.4 Planificación (Capítulo 6) 438
9.2.2.5 Elementos de apoyo (Capítulo 7). 439
9.2.2.6 Operación (Capítulo 8). 442

9.2.2.7 Evaluación del desempeño (Capítulo 9). 442
9.2.2.8 Mejora (Capítulo 10). 445
9.2.3 Requisitos de las entidades certificadoras. *445*
9.2.3.1 Introducción. La NORMA UNE 165019. 445
9.2.3.2 Imparcialidad de las empresas certificadoras. 445
9.2.3.3 Conocimientos exigidos a los miembros de la empresa certificadora. 447
9.2.4 Naturaleza jurídica de la certificación. *449*
9.2.5 Eficacia de la certificación de los modelos de prevención penal conforme a la NORMA UNE 19601. *450*

9.3 PERITO COMO AUXILIO JUDICIAL ESTABLE. RELEVANCIA EN LOS PROCESOS FRENTE A LAS PERSONAS JURÍDICAS. 453

9.4 PERICIALES CORPORATIVAS. 457

9.4.1 Introducción. *457*
9.4.2 Propuestas análogas. *458*
9.4.2.1 El modelo italiano. 458
9.4.2.2 *Stakeholder democracy*. 460
9.4.3 Regulación y caracterización de las periciales corporativas. *461*
9.4.4 Tipología de las academias, instituciones y corporaciones. *465*
9.4.5 Aplicación jurisprudencial. *467*
9.4.5.1 Jurisdicción civil. 467
9.4.5.2 Jurisdicción Contencioso – Administrativa. 468
9.4.5.3 Jurisdicción Penal. 469
9.4.6 Pericial corporativa en los procesos penales frente a las personas jurídicas. *470*

CONCLUSIONES **477**
BIBLIOGRAFÍA **489**
JURISPRUDENCIA **529**

ABREVIATURAS

AAP: Auto de la Audiencia Provincial

AA. VV.: Varios autores

AENOR: Asociación Española de la Normalización y Certificación

AEPD: Agencia Española de Protección de Datos

Anteproyecto LECrim 2020: Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 24 de noviembre de 2020

AP: Audiencia Provincial

Aptdo/aptdos: Apartado/Apartados

AN: Audiencia Nacional

ASCOM: Asociación Española de Compliance

ATS: Auto del Tribunal Supremo

ATJ: Auto del Tribunal Superior de Justicia

BOE: Boletín Oficial del Estado

Cc: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil

CCom: Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

Cfr: Cónfer

CGAE: Consejo General de la Abogacía Española

CDFUE: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Circular 1/2011 de la FGE: Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010

Circular 1/2016 de la FGE: Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial

CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

CNMV: Comisión Nacional del Mercado de Valores

CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

DTEDH: Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

DOJ: *United States Department of Justice*

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea

ENAC: Entidad Nacional de Acreditación

EOMF: Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

F.D: Fundamento de Derecho

FGE: Fiscalía General del Estado

ISO 19600: UNE-ISO 19600:2015. Sistemas de gestión de *compliance*

ISO 37301: UNE-ISO 37301:2021. Sistemas de gestión de *compliance*. Requisitos con orientación para su uso

ISO 37001: UNE-ISO 37001:2017. Sistemas de gestión antisoborno. Requisitos con orientación para su uso

ISO 3100: Gestión del riesgo. UNE-ISO 31000:2018. Gestión del riesgo. Directrices

Ley de prevención de blanqueo de capitales: Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

LEC 1881: Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil

LECrim: Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOPD: Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

LOTJ: Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado

LSC: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital

M & A: *Mergers and Acquisitions*

Núm: Número

NORMA UNE 19601: UNE 19601:2017. Sistemas de gestión de *compliance* penal. Requisitos con orientación para su uso

NORMA UNE 19602: UNE 19602:2019. Sistemas de gestión de compliance tributario. Requisitos con orientación para su uso

NORMA UNE 165019: UNE 165019:2018. Sistemas de gestión de *compliance* penal. Requisitos para los organismos que realizan la auditoría y la certificación de sistemas de gestión de *compliance* penal conforme a la Norma UNE 19601

Ob. cit.: Obra citada

Pág/Págs: Página/Páginas

PYMES: Pequeñas y medianas empresas

TC: Tribunal Constitucional

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TUE: Tratado de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional

SFO: *Serious Fraud Office*

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

UE: Unión Europea

U.S.S.C.: *United States Sentencing Commission*

U.S.S.G.: *United Sentencing Guidelines Manual*

Vid: Veáse

INTRODUCCIÓN

La derogación del aforismo *societas delinquere non potest* y, con ella, la ubicación de las personas jurídicas como parte pasiva del proceso penal, ha provocado la reformulación de instituciones penales y procesales que parecían inamovibles.

Por citar dos ejemplos destacados. La culpabilidad, como reprochabilidad – personal – por una conducta antijurídica; o el derecho a no incriminarse, *escudo* frente a torturas, son figuras tan concatenadas a las especiales características del ser humano que en ningún caso parecían extrapolables a las entidades.

No obstante, el creciente empleo de las personas jurídicas como instrumento o salvaguarda para la comisión delictiva, y la constatación estatal de las dificultades de persecución de los ilícitos corporativos, han obligado al legislador – en determinados aspectos, *violentando* dogmas – a incorporar una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En el ámbito procesal, la imputación y enjuiciamiento de los entes colectivos genera nuevas incógnitas, hasta la fecha ajenas al ejercicio del *ius puniendi*: sobresale, principalmente, la necesaria determinación de la concurrencia del defecto organizativo, como injusto propio de la entidad (*el delito corporativo*) y, como solución a esa irresponsabilidad organizada, el modelo de prevención penal instaurado, que deberá ser evaluado con el fin de discernir si ostenta las virtudes necesarias para excluir la culpabilidad de la persona jurídica al ser expresión de una cultura corporativa respetuosa de la legalidad. Consiguientemente, en la *praxis*, surgen formas de defender a la empresa, como sujeto de imputación, distintas a las empleables para las personas físicas.

Constatado lo anterior, la tesis se divide en dos partes, claramente diferenciadas.

En la primera, referida a los derechos de defensa de la persona jurídica, y su ejercicio dual (autodefensa, y defensa técnica), trataré las especiales opciones defensivas que asisten a las mercantiles. Es palpable que atendiendo a las herramientas que les confiere nuestro ordenamiento, se multiplica la importancia de la defensa material en comparación con las personas físicas. La aprobación e implantación del programa de *compliance* penal y, dentro de este, los canales de denuncias (quizá dos de los aspectos más destacados de la autodefensa), permitirán a la persona jurídica prepararse y construir su *mejor* versión de los hechos para el proceso penal.

También la defensa técnica de las personas jurídicas difiere en buena medida de las personas físicas, como trataré en el primer bloque de este estudio. La necesaria existencia de un órgano interno (órgano de *compliance*) dedicado al cumplimiento normativo penal de la organización, facilita que la persona jurídica desarrolle su objeto social como si la comisión de un ilícito en su seno fuera solo cuestión de tiempo, permitiéndole así ir preparando – *preconstituyendo*, si se me permite la expresión – elementos que, en un momento dado, justifiquen su exención de responsabilidad criminal. Los soportes generados con el desarrollo de tal encomienda, pueden además quedar excluidos de miradas ajenas, no expresamente autorizadas por la persona jurídica, si en su elaboración participan, aunque sea indirectamente, letrados externos que preserven el material bajo las ventajas del secreto profesional.

Las anteriores referencias, que denotan quizá una estrategia principalmente defensiva-inactiva, no deben llevar a error: a las personas jurídicas no les basta una actuación procesal pasiva, mediante, por ejemplo, un empleo exacerbado de su derecho a no incriminarse. Se ha cargado a las empresas con una *affirmative defense*, que les obligará a acreditar que el modelo de prevención penal implantado, aunque no haya sido suficiente para evitar el delito presupuesto objeto de enjuiciamiento, está alineado con las *best practices* en la prevención, detección y evitación de delitos.

En la evaluación procesal del *compliance program* aprobado por el órgano de administración de la persona jurídica, confluirán, por un lado, los argumentos defensivos, que pretenderán subrayar la virtuosidad de este sistema preventivo y, por otro, las acusaciones, tratando de acreditar que carece o no cumple adecuadamente alguno de los requisitos establecidos en el aptdo. 5 del artículo 31 bis CP, lo que cortaría la opción de lograr la buscada exoneración de responsabilidad criminal.

Dada la complejidad intrínseca al examen de estos modelos de prevención penal, compuestos en ocasiones de elementos *extraterrestres* al proceso penal – los programas de cumplimiento normativo están imbuidos no solo de conceptos provenientes de otras ramas del ordenamiento, sino incluso de reglas técnicas propias de cada concreto sector de la actividad empresarial –, tendrán una importancia procesal indudable las conocidas como periciales de *compliance*: a ellas dedicaré la segunda parte de este trabajo.

Por último, antes de entrar en el desarrollo de la tesis, y a modo *nota del autor*, debo aclarar que el estudio se realiza centrado en el modelo de proceso penal general que regula la vigente LECrim, sin perjuicio de que, bien a pie de página o, cuando tengan especial relación con los temas tratados en la tesis, en el cuerpo de la misma, se hará referencia al proceso penal acusatorio puro que ya coexiste en nuestro ordenamiento con el mixto, a resultas de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. El mencionado texto perfila una estructura del proceso similar a la que prevé el Anteproyecto LECrim 2020, al que también haré alusión constante.

PARTE PRIMERA

CAPÍTULO 1. APROXIMACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA.

1.1 Planteamiento.

En buena medida, esta tesis se articula en torno al interrogante sobre cómo podrá defenderse la persona jurídica en el supuesto de adquirir la condición de sujeto pasivo del proceso penal. Por ello, a modo de esbozo, trataré en las próximas líneas las notas configuradoras del derecho de defensa.

Como elemento vertebrador de la defensa, comenzaré desgranando la imputación, acto procesal que, además de dotar de sustantividad al proceso, provoca el mismo surgimiento del derecho.

Este derecho de defensa – o, mejor dicho, *derechos* de defensa – se ha potenciado en virtud de la jurisprudencia emanada del TEDH, del impulso europeo materializado en la CDFUE y, principalmente, con las Directivas surgidas del Programa de Estocolmo. A estas fuentes supranacionales y a su influencia en el ordenamiento español consagraré otro aptdo.

Cerrando el capítulo, analizaré a los dos sujetos que, de forma dual, encarnan el derecho de defensa: el propio encausado (*defensa material*), y el abogado (*defensa técnica*).

1.2 Elementos vertebradores del derecho de defensa.

La idea misma de defensa, como concepto extrajurídico, está insoslayablemente unida a la preexistencia de un ataque[1], que en los procesos penales se concreta en la imputación de la comisión de un hecho delictivo dirigida a la persona que, *prima facie*, aparezca como responsable del ilícito.

[1] En este sentido, señala MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, Madrid: Civitas, 1982, pág. 17: "*La palabra defensa lleva aparejada, en cualquier caso, la idea de un conflicto, que nace siempre de una agresión, existente o meramente temida. En un sentido prejurídico y natural, la defensa se vincula a un elemental mecanismo de actividad instrumental necesaria: la reacción frente a la agresión, que se posibilita y tiene lugar con la vida en sociedad, al salir el hombre de su individualidad*".

Esa atribución criminal inicial, como el mismo proceso, avanza o cristaliza de manera progresiva[2], de tal forma que su objeto, sintetizado primigeniamente[3] en el auto de procesamiento (artículo 384 LECrim), o en su equivalente auto de transformación en los procedimientos abreviados[4] (artículo 779.1.4º LECrim), sufre una segunda concreción relevante con la formulación del escrito de calificación provisional que, en palabras de la exposición de motivos de la LECrim[5], sería el equivalente a la demanda del proceso civil.

Por lo tanto, la dinámica procesal confiere a la acusación un papel vertebrador de la *litis*, de tal forma que la pretensión penal[6] que en ella se contiene constituye la sustancia del proceso[7]. Incluso, la función y ubicación de la acusación, y el juez, constituyen las notas que diferencian los sistemas procesales - penales[8].

---

[2] En palabras del ATS de 27 de diciembre de 2018 (F.D. 2º) "*La existencia al alcance de las defensas de momentos hábiles distintos para reivindicar o para cuestionar la competencia de un órgano judicial no es sino expresión de una idea elemental, a saber, que el objeto del proceso penal es de cristalización progresiva. Se dibuja de una forma incipiente con la denuncia o querella y se va formateando conforme avanzan las investigaciones. El auto de procesamiento permite al instructor proclamar, también en el plano indiciario, los elementos fácticos sobre los que ha de apoyarse la competencia del tribunal. Ese objeto queda provisionalmente fijado en las conclusiones y con esa provisionalidad se inician los debates del juicio oral (…)*".

[3] En el Anteproyecto LECrim 2020, que regula un procedimiento único (con la única excepción de los procedimientos especiales, previstos en el Libro VIII) sin distinguir en función de la gravedad de la pena, se contempla como *equivalente* de los actuales autos de imputación el decreto de conclusión y continuación del procedimiento (artículo 589) dictado por el fiscal cuando considere que concurren elementos suficientes para ejercitar la acción penal, resolución a la que deberá acompañar el escrito de acusación.

[4] El auto de procesamiento, y el auto de transformación en los procedimientos abreviados, son considerados por el grueso de la doctrina como la resolución formal de imputación. No obstante, la Catedrática de Derecho Procesal SENES MOTILLA, C., "*Dictamen sobre cuando se adquiere la condición de imputado formalmente en el proceso penal español*", *Law&Trends*, 6 de marzo de 2019 (Dicatamen_condicion_imputado.pdf (lawandtrends.com) ubica la imputación formal en el auto de apertura del juicio oral.

[5] Aptdo. XIX.

[6] A la que, de forma eventual, según establece el artículo 100 LECrim, puede *unirse* la pretensión civil. Al respecto de la acumulación de la acción civil a la penal, vid. PALOMO HERRERO, Y., "La pretensión civil deducible en el proceso penal.", *Revista jurídica de Castilla y León*, N.º 14, enero 2008, págs. 293-334.

[7] ASENCIO MELLADO, J.M., *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid: Trivium, 1991, págs. 30-31.

[8] Superado el antiguo sistema inquisitivo en que el juez y el acusador son la misma persona, el proceso criminal español se ubica en los conocidos como sistemas mixtos (durante la instrucción al juez le corresponden funciones como "acusador"). Se trata probablemente del paso previo a la instauración del sistema acusatorio puro hacia el que apunta el Anteproyecto LECrim 2020. No obstante, entre tanto, la entrada en vigor de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea ha provocado que, a la fecha, coexistan en nuestro ordenamiento procesal el sistema mixto, para el grueso de delitos contemplados en el CP, y el sistema acusatorio puro, previsto por el meritado texto legal para aquellos delitos que perjudiquen los intereses financieros de la UE. La dificultad de *acompasar* ambos modelos es confesada por el legislador en el preámbulo (último párrafo del apartado I). Por lo tanto, en los ilícitos afectantes a los intereses financieros de la UE, los fiscales europeos delegados tendrán

La concepción de la acusación como *delimitadora* del proceso surge de las exigencias emanadas del principio acusatorio, que, según el TS, comporta la debida congruencia entre la acusación formulada y el fallo condenatorio. Esto, en opinión del Alto Tribunal[9], provoca a cargo del órgano decisorio tres vinculaciones: (i) a los hechos sustentadores de la acusación, sin añadir otros, pues de lo contrario se generaría indefensión; (ii) a la calificación jurídica señalada por la parte actora, aunque cabe cierta modulación si existe homogeneidad entre el bien jurídico objeto de acusación y el luego recogido en el fallo, y (iii) a la pena, que no podrá ser superior a la más grave de las acusaciones que concurran.

De este modo, la premisa de la que nace el proceso es una acusación – mejor dicho, *proyecto de* acusación – que recibirá una correlativa respuesta en forma de defensa que, siguiendo con el boceto contenido en la exposición de motivos de la LECrim, sería el equivalente a la excepción o contestación en el proceso civil.

La presencia de estas dos posiciones enfrentadas nos sitúa ante un proceso dual, en que la contradicción se erige en auténtico motor. Para el TS[10], el principio de contradicción supone *"la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesalmente el reconocimiento de sus derechos e intereses. El proceso penal solo se concibe como una oposición entre pretensiones que un órgano imparcial resuelve y las partes han de tener igualdad de armas con posibilidades homogéneas de alegar y probar cada una de ellas lo que sea pertinente al objeto discutido*." Es decir, que la

---

la competencia en el conjunto del territorio nacional para investigar y ejercer la acción penal (artículo 4), correspondiéndole la competencia judicial a la Audiencia Nacional, salvo en los supuestos de aforamiento, en que le estará atribuida al Tribunal Supremo o al Tribunal Superior de Justicia (artículo 7). En cada uno de los meritados órganos judiciales se constituirá un juez de garantías, al que le corresponderá (artículo 8) autorizar las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales; acordar las medidas cautelares personales cuya adopción esté reservada a la autoridad judicial; asegurar la fuente de prueba personal ante el riesgo de pérdida de la misma; autorizar el secreto de la investigación y su prórroga; acordar la apertura del juicio oral o disponer el sobreseimiento; resolver las impugnaciones contra los decretos del fiscal europeo delegado; y adoptar las medidas de protección de testigos y peritos que procedan a instancia del fiscal europeo delegado. En relación con el proceso de creación de una de una *European Public Prosecutor's Office*, y la aprobación del Reglamento (UE) 2017/1939, del Consejo, de 12 de octubre de 2017, vid. GONZÁLEZ CANO, M.I., "Fiscalía Europea y represión del fraude contra los intereses financieros de la Unión Europea" en RODRÍGUEZ GARCÍA, N., CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL A., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., (Eds.), SÁNCHEZ BERNAL, J., CARRILLO DEL TESO, A.E, *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 153-186.
Sobre las características de los tres sistemas procesales vid. NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal III. Proceso Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 17-33.

[9] STS núm. 655/2014 de 15 octubre (F.D. 2º).

[10] STS núm. 152/2018 de 2 abril (F.D. 9º)

contradicción es "*consustancial a la idea del proceso"*[11] de tal forma que sin esta garantía "*la idea de juicio justo es una simple quimera"*[12]. Según ASENCIO MELLADO[13], la existencia de posturas encontradas, que impiden que el proceso se convierta en un monólogo de la acusación, es la mejor garantía para el efectivo esclarecimiento de la verdad.

En esta confrontación acusación – defensa, la *tendencia* buscada es la igualdad de armas[14], instituida en "*corolario de la contradicción"*[15]. Como apunta LÓPEZ BARJA DE QUIROGA[16], el TEDH[17] ha sido un importante promotor del principio de igualdad de armas, conceptuándolo como la exigencia de que todos los intervinientes en el proceso tengan idénticas oportunidades para conocer y contraponer los argumentos y pruebas de la oponente.

No obstante, en el mejor de los escenarios, puede hablarse de una orientación o vocación hacia la igualdad, que aún hoy resulta irreal. Es incontestable que la evolución del proceso penal en las últimas décadas ha sido sinónimo de aumento de las garantías del justiciable, principalmente en el ejercicio del derecho de defensa. Tomando como ejemplo la asistencia letrada, desde 1978[18] la presencia del abogado ya en la declaración del detenido en sede policial resultaba imperativa, aunque el hecho de que solo después del interrogatorio realizado por la fuerza actuante estuviera

[11] STS núm. 669/2006 de 14 junio (F.D. 5º). En este sentido, afirma GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, N., "El derecho de defensa y la marca de Caín" en CASTILLEJO MANZANARES, R., (Dir.), SANDE MAYO, M.J., MARTÍNEZ PÉREZ, M., (Coords.), *Nuevos debates en torno a la justicia española,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, págs. 289-344, pág. 289, que "*sin contradicción no hay proceso*".

[12] STC núm. 91/2000 de 30 marzo (F.D. 14º).

[13] ASENCIO MELLADO, J.M., "Principio acusatorio y derecho de defensa…ob. cit. pág. 95.

[14] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, pág. 122. Como indica el autor en cita, este principio tiene como cara contrapuesta el de supremacía de la parte acusadora pública, que implicaría el predominio del Ministerio Fiscal sobre la defensa.

[15] STC núm. 186/1990 de 15 de noviembre. En el mismo sentido, dice la STJUE de 17 de julio de 2014, *Juan Carlos Sánchez Morcillo y Otros c. BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A*, C-169/14, ECLI:EU:C:2014:2099 (aptdo. 49) que "*el principio de igualdad de armas, lo mismo que, en particular, el de contradicción, no es sino el corolario del concepto mismo de proceso justo*".

[16] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "Tratado de Derecho Procesal… ob. cit. pág. 123.

[17] Por referir un ejemplo, STEDH de 7 de junio de 2011, *Kress c. Francia*, ECLI:CE:ECHR:2001:0607JUD003959498, aptdo. 72.

[18] Con anterioridad a la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, por la que se modifican los artículos 23, 37, 53, 118, 302, 311, 333, 520 y 522 de la LECrim y se deroga el artículo 316 de la misma, el nombramiento del abogado y procurador no se producía hasta el dictado del auto de procesamiento. De acuerdo con lo indicado por ARAGONESES ALONSO, P., *Curso de Derecho Procesal Penal*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1986, pág. 141, en virtud de esta reforma, al permitirse al investigado actuar ejercitando su derecho de defensa durante la instrucción, se establece un equilibrio entre posiciones acusadora y defensora, acercándose así nuestro sistema al acusatorio puro. Tal y como apunta ARMENGOT VILAPLANA, A., *El imputado en el proceso penal*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013, pág. 26, la propia exposición de motivos de la LECrim contempla que, dado que al cometer el delito el reo se había puesto en situación de desigualdad respecto al Estado, esto es, en ventaja, ello justificaba que no pudiera defenderse hasta el plenario.

permitida la entrevista reservada entre el letrado y el sujeto de imputación provocaba que, en la práctica, el abogado fuera un mero convidado de piedra, cuya función se limitaba a velar por el cumplimiento de las garantías constitucionalmente reconocidas a los cautelarmente privados de libertad. De ese modo, hasta que el procedimiento no alcanzaba la fase judicial, el abogado no podía intervenir en la que, junto el aseguramiento de los derechos del investigado o acusado, es su principal función: la fijación de la estrategia procesal más adecuada atendiendo a las circunstancias fácticas obrantes en autos. La presencia letrada en la declaración policial casi como mero *atrezo* se ha prolongado hasta que la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, ha transpuesto en el ordenamiento interno la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. Entre otras cuestiones, este texto ha instaurado el derecho del detenido a entrevistarse reservadamente con el abogado designado antes de que se le reciba declaración por la policía.

Si bien la referida modificación – y otras muchas en una línea similar – ayudan al empoderamiento de la defensa frente a la acusación, la desigualdad entre ambas posturas procesales es constatable por diferentes cuestiones:

1. Aunque el derecho de defensa ha sufrido un importante impulso por el influjo europeo que trataré en este trabajo, siendo un ejemplo la Directiva ya referida *ut supra*, en el espacio de libertad, seguridad y justicia[19] existe una indudable preponderancia de la seguridad frente a la justicia[20].

[19] Artículo 3, aptdo. 2, del TUE y título V del TFUE (artículos 67 a 89).
[20] Según LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., *Garantías procesales en el espacio de justicia penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pág. 106, "*Mientras no exista una verdadera armonización en el marco del Derecho Penal de la Unión, tanto en la vertiente material como procesal, se estará favoreciendo la máxima punibilidad con el menor garantismo*". Sobre esta contienda Justicia Vs Seguridad, señala RODRÍGUEZ GARCÍA, N., "La conformidad de las personas jurídicas en el proceso penal español", *La Ley Penal* nº 113, marzo-abril 2015. Delitos de Corrupción, Nº 113, 1 de marzo de 2015, pág. 3, que "*los cambios experimentados por el proceso penal español con posterioridad a la Constitución de 1978 están trufados de una gran dosis de ambigüedaddebido a la superposición simultánea en el tiempo de dos antitéticas políticas legislativas: de una parte, la de la consolidación de los derechos humanos en el nuevo proceso penal de la democracia, y de otra la de su limitación ante la imperiosa necesidad de incrementar la*

2. Principalmente en los supuestos de las criminalidad organizada y empresarial, se ha producido una progresiva tendencia a que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, mediante sus investigaciones preprocesales, monopolicen las indagaciones realizadas[21]. Ello está comportando que, en muchas ocasiones, gran parte de los indicios recabados frente a los investigados hasta la apertura del juicio oral tengan un origen anterior al proceso judicial[22]. Esta práctica convierte la instrucción en un trámite, en que el juzgado se limita a tomar declaración al investigado para dar cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 779.1. 4ª LECrim. La imposibilidad de que la defensa intervenga *realmente* durante esta fase en principio primigenia provoca que parte del material incriminatorio quede trenzado sin una participación real del investigado. A este respecto, apunta SÁNCHEZ RUBIO[23] en acertada síntesis sobre la postura de diferentes autores en relación con el ejercicio del derecho de defensa en las investigaciones preliminares, que parte de la doctrina[24] se inclina por aseverar

defensa social frente a la amenaza terrorista, y sucesivamente con la surgida frente al narcotráfico, el crimen organizado y la corrupción".

[21] IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, J. M., *La investigación preliminar del Ministerio Fiscal: la intervención de las partes en la misma,* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2001, pág. 256, en referencia a las investigaciones efectuadas por la policía científica, indica que "*en la actualidad la investigación judicial es subsidiaria de la misma, cabe también preguntarse cuál es el régimen aplicable al ejercicio del derecho de defensa durante este tipo de investigación*".

[22] Ya llamaba la atención PEDRAZ PENALVA, E., "Algunas reflexiones sobre policía y Administración de Justicia", en AA.VV. *Policía y sociedad: I Seminario de colaboración Institucional entre la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y la Dirección General de Policía: Santander, 17 al 21 de Julio de 1989*, Madrid: Dirección General de la Policía, 1989, págs. 109-126, págs. 121-122: "*del sistema mixto – como en cierta medida el italiano – es factible que dimanen serios problemas. No es imposible que, en su caso se corran riesgos como los siguientes. De una comisarización del juzgado, ...; de convertir a jueces, magistrados y fiscales en "mandos" de determinados policías...; de posibilitar un práctico abandono en poder de la policía de la investigación delictiva, incluso declinando en ella facultades propias ya del juez instructor ya, en su caso, del Ministerio Fiscal (como se ha puesto de manifiesto por ejemplo en Alemania federal) y, lo que sería más grave, convirtiéndola en un filtro de actuaciones susceptibles de persecución penal; de renuncia a la plena y eficaz utilización de los modernos medios de descubrimiento y lucha contra el delito, únicamente al alcance de una policía única y centralizada con supresión de recelos e interferencias entre cuerpos distintos o, verbigracia, entre locales, regionales y nacionales; etc. ¿No podrían suscitarse dudas acerca de si esta solución mixta: de dependencia solo funcional de la judicatura y fiscalía, ignorando otras orientaciones —como por ejemplo la anglosajona—, no favorece en demasía un robustecimiento de la independencia de la Jurisdicción?*".

[23] SÁNCHEZ RUBIO, A., "El papel de la defensa en la investigación científico – criminal", *Revista General de Derecho Procesal*, nº 41, 2017, págs. 11-12.

[24] En este lado, ubica la autora a CALVO SÁNCHEZ, M.C., "Algunas sugerencias en torno a la futura reforma del Proceso Penal", *Revista Justicia* núm. 1/1990, págs. 49-76, pág. 70; DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Granada: Comares, 1996, pág. 260; GIMENO SENDRA, V., "La naturaleza de la defensa penal a la luz de la CE y CEDH; Crisis de la Justicia y reformas procesales*", en I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, *Madrid, Ministerio de Justicia*, Madrid, 1988, págs. 249-265, y LÓPEZ LÓPEZ, A.M., "Defensa técnica y proceso penal", *Actualidad Penal*, núm. 34/1994, pág. 712.

que, dado que no nos encontramos en una fase puramente judicial, están justificadas determinadas restricciones al derecho de defensa durante la indagación policial. En cambio, los procesalistas de la posición contraria[25] consignan como principal argumento (al que me adhiero) para sostener la plenitud del derecho de defensa también en esta fase previa, que el artículo 118 LECrim no hace distinciones sobre su vigencia según el estado del proceso. Profundizando en los motivos que pueden sustentar el rechazo a la intercesión de la defensa durante las pesquisas iniciales, BLASCO SOTO[26] refiere que los letrados están "*bajo sospecha*" por suponer un riesgo para los fines de la investigación. Con independencia de las diferencias doctrinales, parece indiscutible que cuanto mayor peso tengan las indagaciones policiales, menores serán las garantías del sujeto pasivo.

3. Los avances tecnológicos[27] aplicados en las medidas de investigación suponen, en la práctica, un sustancial aumento de las posibilidades de la acusación para generar suficientes elementos de cargo[28] incluso desde la misma instrucción. Aunque habrá quien diga que esas diligencias también pueden servir para constituir argumentos de descargo que coadyuven al propósito de la defensa, la realidad es que, pese a lo establecido en el artículo 2 LECrim, la intención con que se solicitan estas averiguaciones es buscar la confirmación de la tesis acusatoria.

4. La concepción de la figura que encarna la defensa, el abogado, como de menor *calidad* que el Ministerio Fiscal, representante de la acusación pública, genera, como afirma RODRÍGUEZ RAMOS, "*un detrimento de los derechos del justiciable"* [29].

[25] Amén de la propia SÁNCHEZ RUBIO, entrarían en este bloque, según la autora, ORTELLS RAMOS, M., "Las partes no oficiales en el proceso penal abreviado", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref D-67, Tomo 1, pág. 2; GÓMEZ COLOMER, J.L., *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso pena*l, Barcelona: Bosh, 1988, pág. 129; y REVERÓN PALENZUELA, B "La contradicción procesal como garantía de derecho de defensa en la llamada fase intermedia del proceso penal por delito", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-183, tomo 3, pág. 4.

[26] BLASCO SOTO, M.C, "El derecho de asistencia letrada en la instrucción del proceso penal", *Revista Jurídica de Castilla y León,* nº 14, enero de 2008, págs. 249-291, pág. 254.

[27] Quizá la mejor muestra de la evolución digital y su aplicación en los procesos criminales es el actual artículo 588 LECrim, que alcanza nada menos que un número octies.

[28] Aunque resulta indiscutido que solo tienen la condición de verdaderas pruebas las que se practiquen en presencia del órgano de enjuiciamiento, también es obvio que el grueso de la prueba documental de la que el tribunal toma conocimiento vía artículo 726 LECrim se recaba durante la fase de instrucción.

[29] RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Reflexiones sobre la limitada vigencia del derecho de defensa", *Cuadernos de Política Criminal* nº100, Segunda Época, págs. 61-75, pág. 69.

Plásticamente, esta desigualdad de armas es caricaturizada por RODRÍGUEZ RAMOS[30]: el "*Ius puniendi alzándose poderoso, cual Leviatán, frente a un modesto ciudadano comparable a un pequeño pez (…)"*.

1.3 Génesis del derecho de defensa: la imputación.

1.3.1 Concepto de imputación.

Siguiendo a ARMENGOT VILAPLANA[31], el imputado – ahora denominado investigado – es el "*sujeto al cual se atribuye, con un mínimo de fundamento, la comisión de unos hechos que revisten caracteres de delito. El imputado es la persona sobre la cual recae la sospecha de haber cometido un hecho criminal; es el sujeto frente al que se dirige inicialmente la instrucción preliminar y que adquiere, desde ese primer momento, la calidad de parte pasiva del proceso penal*".

Dado que mediante la imputación el investigado toma conocimiento de que el procedimiento se dirige contra su persona, la doctrina procesalista tiene consensuado que una de las consecuencias automáticas que conlleva es el surgimiento del derecho de defensa. La imputación además cumple otras dos funciones: determinación del elemento subjetivo de la instrucción; y presupuesto de la acusación, toda vez que no puede ser acusado quien previamente no haya sido oído durante la instrucción.

Aunque la relevancia de este hito procedimental quizá requeriría que necesariamente se recogiera en una resolución judicial motivada – esto es, un auto –, en la práctica, como señala GÓMEZ COLOMER[32], desde la promulgación de la CE el auto de procesamiento (artículo 384 LECrim), perdió el monopolio como acto generador de la condición de imputado. De esta forma, a resultas de la redacción dada al artículo 118 de la LECrim[33], se provoca también esa consideración de parte pasiva del proceso respecto a quien haya sido detenido o sometido a cualquier otra medida cautelar

[30] RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Reflexiones sobre la limitada vigencia…ob. cit. pág. 63.
[31] ARMENGOT VILLAPLANA, A., "El imputado en el proceso… ob. cit. pág. 183.
[32] MONTERO AROCA, J., (*et. al*) *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pág. 164.
[33] También el Anteproyecto LECrim 2020 asume esta línea, como no podía ser de otra manera. Por ejemplo, el artículo 14, que contempla el derecho a conocer los cargos y la acusación (paso previo necesario para ejercitar el derecho de defensa, como ya he indicado), señala en su aptdo. 1 que surge "*desde que se dirija el procedimiento contra una persona determinada (…)"*.

(prisión, libertad provisional, requisitoria de búsqueda y captura) o por constar la persona identificada en algunos de los actos que dan lugar al inicio del proceso penal (denuncia, querella, o iniciación de oficio). En todo caso, según se analizará al tratar la interrupción de la prescripción como uno de los efectos de la imputación, y sin perjuicio de la preexistencia de un acto de imputación de parte, para la plena consideración de una persona como investigada es siempre necesaria la intervención judicial[34], que valore la verosimilitud de los hechos, y la posibilidad de su comisión por la persona a la que se le atribuyan[35]. El grado de credibilidad necesario para imputar es, como afirma ARMENGOT VILAPLANA[36], *cualitativa* y *cuantitativamente* inferior al necesario para el ulterior dictado del auto de imputación formal, y ya no digamos respecto al preciso para condenar tras el juicio oral.

Por lo tanto, en una fase tan *inaugural* del proceso, el juez instructor debe verificar, primeramente, si los hechos que han llegado a su conocimiento resultan verosímiles; en segundo término, si son constitutivos de infracción penal; en tercer lugar, si existen indicios que permitan arrogar esa conducta a un sujeto determinado; y por último, si en la persona que indiciariamente aparece como responsable concurren causas de exención de la responsabilidad criminal[37].

Si coexisten los presupuestos consignados en el anterior párrafo, se debe atender a la paradigmática STC núm. 186/1990 de 15 noviembre, en lo que respecta a la fijación del momento, contenido, y efectos del acto procesal que me ocupa. Establece la resolución[38] que "*tan pronto como el Juez instructor, tras efectuar una provisional ponderación de la verosimilitud de la imputación de un hecho punible contra persona determinada, cualquiera que sea la procedencia de ésta, deberá considerarla imputada con ilustración expresa del hecho punible cuya participación se le atribuye para permitir su autodefensa, ya que el conocimiento de la imputación forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la defensa en la fase de instrucción*".

[34] Intervención que, de salir adelante el Anteproyecto LECrim 2020, se traspasaría al fiscal. Concretamente, establece el artículo 550 que cuando el fiscal tenga conocimiento de una infracción penal (en virtud de denuncia, investigación de la policía, o de oficio, dice el artículo 525 LECrim), dictará decreto de iniciación de la investigación mediante el que determinará la identidad de la persona investigada, las personas ofendidas y perjudicadas, los hechos objeto de investigación, y la calificación jurídica que provisionalmente pueda atribuirse.
[35] En este sentido, ARMENGOT VILLAPLANA, A., "El imputado en el proceso… ob. cit. pág. 187.
[36] ARMENGOT VILLAPLANA, A., "El imputado en el proceso… ob. cit. pág. 199.
[37] ARMENGOT VILLAPLANA, A., "El imputado en el proceso… ob. cit. pág. 221.
[38] F.D. 5º.

Tomando como hilo conductor la precitada sentencia, analizaré algunos de los aspectos más destacados de esta institución.

1.3.2 El momento de la imputación.

1.3.2.1 Introducción.

Aunque ya he indicado que el auto de procesamiento no es la única resolución que confiere la condición de imputado, la literalidad del precepto que lo regula (artículo 384 LECrim) sí que concede una pauta, aplicable a cualquier acto de imputación, sobre el instante en que debe producirse la atribución del ilícito. Así, señala nada más comenzar su redacción, que "*Desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad…*".

De este modo, en el momento en que se manifieste un vestigio (no hace falta tan siquiera una pluralidad) contra persona determinada, el juzgado de instrucción está obligado a convertirla materialmente en el sujeto pasivo del proceso, al que se le deberá conceder la oportunidad de ser oído tras la correspondiente información de los derechos que le asisten.

La concepción de la imputación como una garantía, a la que me referiré más adelante, provoca que su retardo injustificado sea contrario al fundamental derecho de defensa[39]. No resulta infrecuente que incluso en supuestos en que el juzgado tiene conocimiento de una investigación policial, por haberle sido comunicada, tal y como exige el artículo 284 LECrim, permita o incluso se promueva que la policía judicial continúe con las indagaciones sin previamente imputar al sujeto frente al que constan indicios de criminalidad. La consecuencia es que, como ya he indicado, estas diligencias (testificales, por ejemplo, de perjudicados o personas que han presenciado los hechos)

[39] Esta afirmación, una obviedad, no tiene reflejo real en la jurisprudencia. En cambio, con acierto, el Anteproyecto LECrim 2020 da debida respuesta a esta problemática, indicando en el artículo 560, párrafo 1, que "*En ningún caso el Ministerio Fiscal podrá retrasar la realización de la primera comparecencia*." Como sanción al incumplimiento de esta obligación, el artículo 624 prevé que, si se ha causado con el retardo un perjuicio irreparable al derecho de defensa, se debe acordar el sobreseimiento. Si no existe tal daño irreparable, el juez podrá decretar la nulidad de los actos investigadores realizados sin previo traslado de cargos, así como de las pruebas que de dichos actos se deriven. En esta línea, la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea preceptúa en el artículo 29 (rubricado como "retraso en la primera comparecencia") que en los casos en los que el fiscal europeo delegado retrase injustificadamente el acto de la primera comparecencia, el juez de garantías, previa petición de la defensa, declarará la nulidad de los actos de investigación realizados sin previo traslado de cargos, siempre que, por esa causa, haya podido producirse una situación de indefensión.

se efectúen sin la presencia efectiva de la defensa. Justifica ARMENGOT VILAPLANA[40] estos retardos en que "*en esa inevitable tensión entre el derecho del imputado a conocer la imputación y el interés público en la investigación, debería prevalecer hasta cierto momento y en ciertos supuestos, el interés estatal*".

No obstante, en mi opinión, como señala JIMÉNEZ DE PARGA en su voto particular plasmado respecto al parecer mayoritario de la STC núm. 100/1996 de 11 de junio, y en idéntico sentido en el realizado en la Sentencia núm. 87/2001 de 2 de abril, la imputación debe ponerse en conocimiento del investigado desde el mismo instante en que se produzca la admisión de la denuncia o querella, pues así se infiere sin ambages del artículo 384 LECrim y del artículo 118 del mismo texto.

En consonancia con la debida evitación de imputaciones tardías, la STC núm. 126/2011 de 18 julio[41], recordó que la doctrina jurisprudencial prohíbe que la acusación se "*haya fraguado a sus espaldas* [del investigado]", por lo que el objetivo que se debe colmar al aplicar el artículo 118 LECrim es "*informar al acusado acerca de su situación para que pueda ejercitar su derecho de defensa y evitar, de esta forma, una real indefensión derivada del desconocimiento de su condición procesal*". De esta exigencia, según el TC, se derivan tres consecuencias:

1. El acusado debe haber ostentado antes la condición de imputado.

2. En base a lo anterior, se tiene que haber conferido al investigado la oportunidad de ser oído durante la fase de instrucción.

3. No se puede citar a un sujeto como testigo cuando de las actuaciones ya se puede intuir su intervención en el hecho punible como responsable criminal.

Por lo tanto, a la luz esta doctrina, concurren dos grandes riesgos *desde* la concepción de la imputación como garantía del justiciable: las imputaciones sorpresivas, y las dirigidas frente a personas que previamente han intervenido en el proceso como testigos.

[40] ARMENGOT VILLAPLANA, A., "El imputado en el proceso… ob. cit. pág. 273.
[41] F.D. 12º.

1.3.2.2 Imputaciones sorpresivas.

a) Imputación por hechos que no han sido objeto de la instrucción.

Entre otras derivaciones, del artículo 779.1. 4ª de la LECrim surge la exigencia de que el auto de acomodación en el procedimiento abreviado recoja hechos respecto a los que se le haya dado la oportunidad al imputado de ser oído[42]. La implicación correlativa, y que se complica sustancialmente en instrucciones con pluralidad de hechos punibles, es que se le tiene que haber tomado declaración por todas las conductas que luego se recojan en la resolución de imputación formal pues, de lo contrario, se impediría una contradicción real durante la fase sumarial[43].

En este sentido, el AAP de Castellón (Sección 2ª) núm. 383/2010 de 25 octubre, dictado en el seno de unas diligencias previas tramitadas por un delito de revelación de secretos, tildó la imputación de sorpresiva al recoger el instructor, en el auto de transformación, una serie de conductas criminales constitutivas de un delito de malversación de caudales públicos, en relación con las cuales no se le formularon preguntas a los investigados en su declaración en instrucción. Por ello, la AP anuló parcialmente la resolución.

b) Acusación frente a sujetos que no han sido oídos durante la fase de instrucción.

En el marco del procedimiento abreviado, y por mor de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECrim, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, no cabe la imputación formal frente a un sujeto que previamente no haya sido oído según las exigencias del artículo 775 LECrim.

Aunque la ineludible toma de declaración antes del auto de transformación en procedimiento abreviado constituya, *digamos*, de una obviedad procesal contemplada en el artículo 779.1. 4ª LECrim, no faltan las resoluciones en el ámbito del enjuiciamiento de las personas jurídicas que

[42] El Anteproyecto LECrim 2020 no contiene una prevención similar en su artículo 589, si bien la regulación de la primera comparecencia para el traslado de cargos, como diligencia que imperativamente debe practicarse cuando se atribuyan hechos punibles a una persona determinada, permite considerarla una exigencia implícita en el meritado precepto, y en la propia sistemática del Anteproyecto.

[43] Aunque la contradicción alcanza su mayor grado de desarrollo durante el plenario, resulta exigible en todas las instancias de los procesos penales (STC núm. 83/1992 de 28 de mayo).

acuerdan la absolución del ente colectivo por no haber sido citado como investigado durante la instrucción, como analiza la STS núm. 221/2016 de 16 de marzo. En el supuesto tratado por el Alto Tribunal, el representante legal, imputado además como persona física, había prestado declaración en la fase sumarial solo a título particular. Aunque el Ministerio Fiscal alegó la inexistencia de indefensión al calificar el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas como vicarial, y señalando que "*es la misma persona física la que declara como imputada y la representante de la persona jurídica"*[44], el TS rechazó ese argumento, subrayando la necesidad de que la pena corporativa descanse en un injusto propio, lo que obliga, según TS, a que cada uno de los sujetos de imputación pueda "*defenderse con arreglo a un estatuto constitucional que no puede vaciar su contenido en perjuicio de uno u otro de los acusados"*[45].

c) Acusación por hechos punibles no comprendidos en el auto de transformación en procedimiento abreviado.

Más frecuente resulta en la práctica forense que se produzca la imputación de hechos que no constan recogidos en el auto de imputación, produciendo el *supuesto tipo* de las denominadas *imputaciones sorpresivas*.

Esta casuística es la tratada por la SAP de Madrid (Sección 3ª) núm. 198/2013 de 19 abril[46]. La resolución recuerda la necesidad de que la decisión judicial finalizadora de la instrucción recoja, aun sucintamente, la determinación de hechos punibles, refiriendo la sentencia que nuestro sistema procesal "*residencia en el Juez de Instrucción la efectiva garantía frente a imputaciones injustificadas*". Concretamente, dado que en el auto de imputación analizado (referido principalmente a delitos fiscales) no se incluyó mención expresa al impuesto de sociedades de una mercantil en un determinado ejercicio, se acordaba anular la condena de instancia por delito fiscal referido a ese año.

Situación similar es analizada por el AAP de Salamanca (Sección 1ª) núm. 287/2011 de 26 septiembre[47]. En el auto de transformación, a uno de los sujetos imputados solo se le atribuía la

[44] Se recogen los argumentos del Ministerio Fiscal en el F.D.5º, letra f.
[45] F.D. 5º, letra F.
[46] F.D. 1º.
[47] F.D. 5º.

intervención en lesiones constitutivas de falta. No obstante, el auto de apertura de juicio oral le arrogó un delito de lesiones, motivo por el cual la AP acordó la nulidad parcial de la resolución prevista en el artículo 783 LECrim. Se trata de una decisión cuestionable. Dado que la diferencia entre una falta de lesiones, o un delito, se refiere únicamente al resultado punitivo (es decir, hay absoluta homogeneidad de elementos típicos) en la práctica, en el supuesto referido, no se le generó indefensión al imputado.

d) Imputación solicitada durante la fase intermedia como diligencia complementaria (artículo 780.2 LECrim).

Aunque el título del epígrafe parezca un imposible jurídico atendiendo a las consideraciones efectuadas en los aptdos. a y b, en ocasiones, y principalmente a resultas de la enorme carga de trabajo soportada por el Ministerio Fiscal, su representante no puede realizar un examen pormenorizado de la causa hasta que, de acuerdo con el artículo 780.1 LECrim, el juez instructor le dé traslado de las actuaciones para que, en el plazo común de diez días, solicite la apertura de juicio oral formulando escrito de acusación.

De este modo, puede que hasta este hito procesal el acusador público no se percate de la concurrencia de indicios de criminalidad contra una persona que, sin embargo, no ha sido oída y, por supuesto, ha quedado fuera del auto de imputación. Ante esta situación, la única vía procesal que le restaría al actor sería acudir al trámite de las diligencias complementarias (artículo 780.2 LECrim[48]), promoviendo dirigir el proceso contra ese sujeto hasta el momento *desconocido* para el procedimiento o recurrir el auto de transformación.

Para la resolución de la controversia debe anticiparse que, siendo el *proceso tipo* objeto de análisis en este trabajo el abreviado[49], y a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento ordinario, la fase

[48] En el modelo esbozado por el Anteproyecto LECrim 2020, con la investigación atribuida en exclusiva al Ministerio Fiscal, lógicamente no tienen cabida este tipo de diligencias.

[49] Atendiendo al catálogo de delitos comisible por las personas jurídicas, éste será el cauce habitual. Como excepciones, cabe señalar el tráfico de órganos principales (artículo 156 bis CP); la trata de seres humanos cuando el autor sea jefe, administrador o encargado de la organización (artículo 177 bis CP), los subtipos agravados de prostitución de menores, incapaces o personas especialmente vulnerables (artículo 188 CP); el delito de exposición de personas a radiaciones ionizantes (artículo 343.1 CP); la falsificación de moneda (artículo 386 CP); y el delito de terrorismo (artículo 576 CP), ilícitos que seguirán los cauces del común ordinario. En el supuesto de los conocidos como delitos de corrupción (cohecho, tráfico de influencias, y malversación de caudales públicos), el procedimiento

intermedia no sirve para completar o paliar las deficiencias de la investigación sumarial[50]. Ante esto, existen dos posturas sobre qué alternativas tiene la acusación pública si, dictado el auto de transformación, pretende la imputación de un nuevo sujeto:

i. Recurso frente al auto de transformación en procedimiento abreviado.

Esta posición, en favor de la que me inclino, cerraría la posibilidad de acordar imputaciones en fase intermedia, de tal manera que la única vía para que el Ministerio Fiscal logre un nuevo sujeto de imputación sería mediante la impugnación del auto de acomodación en procedimiento abreviado.

El primer motivo que sustenta esta postura es la propia literalidad del artículo 780.2 LECrim, que posibilita que el acusador público solicite las diligencias que resulten indispensables para formular acusación por faltar en la instrucción alguno de los "*elementos esenciales para la tipificación de los hechos*". Es decir, las diligencias complementarias sirven para colmar las lagunas de la instrucción afectantes a la constatación de los componentes del tipo penal, no para traer al proceso personas a las que se le atribuya el ilícito. Diligencias esenciales, entiende la STS núm. 108/2019 de 5 marzo[51], son las relativas a la "*comprobación de un elemento del tipo penal, es decir, referente a la autoría, a la responsabilidad penal, a la calificación o al encuadramiento legal de la conducta, y a una causa exonerante de sanción, o lo que técnicamente se conoce como acción típicamente antijurídica, culpable y punible. Ello significa que la carencia puede consistir en dudas acerca de la antijuridicidad, o de la imputabilidad, o de la culpabilidad graduada por circunstancias calificantes (agravantes o atenuantes) o de la punibilidad si falta comprobar algún*

sería el previsto en la LOTJ, salvo que concurran con ilícitos que no sean competencia del jurado. Parece haber consenso (por todos, PÉREZ GIL, J., "Cauces para la declaración de responsabilidad penal de las personas jurídicas" en ALVAREZ GARCÍA, F.J., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, págs. 583-590, pág. 585) sobre que, dado que el enjuiciamiento de los entes colectivos en ningún caso será sencillo, no cabe emplear los trámites del juicio rápido. A resultas de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, y toda vez que las personas jurídicas son susceptibles de cometer ilícitos contrarios a los intereses de la UE, competencia de la Fiscala Europea, se podrían ver inmersas en procedimientos regulados en virtud del mencionado texto. En todo lo no previsto en la meritada ley orgánica será de aplicación lo establecido en la LECrim y, en particular, lo dispuesto para el procedimiento abreviado, con independencia de los delitos perseguidos o las penas asociadas a los mismos (artículo 2.2).

[50] En este sentido, ATS de 18 septiembre de 2003.

[51] F.D. 22º.

extremo que excluya el castigo por la existencia de una excusa absolutoria o causa excluyente de la punibilidad".

El segundo argumento que sustenta mi rechazo a esta opción es que la imputación durante la fase intermedia impediría, *de facto*, el ejercicio del derecho de defensa del investigado durante la instrucción. Debe tenerse en cuenta además que, dada la redacción actual del artículo 324 LECrim[52], si antes del transcurso de los plazos máximos de instrucción, o de la prórroga concedida, de oficio o a instancia de parte, no se acuerda nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción, no podrán interesar las diligencias de investigación complementarias previstas en los artículos 627 y 780 LECrim.

El propio Ministerio Público – parte que monopoliza en la práctica el empleo de las diligencias complementarias – rechazó en la Circular 1/2003, de 7 de abril, sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado, que cupiera otra posibilidad procesal más que recurrir el auto de transformación en procedimiento abreviado[53].

En esta línea, se pronuncia el AAP de Barcelona (Sección 2ª) núm. 133/2010 de 2 marzo, señalando también el recurso frente al auto de acomodación como mecanismo idóneo para lograr la imputación de un nuevo sujeto.

ii. Posibilidad de imputar a nuevos sujetos vía diligencia complementaria.

No faltan resoluciones que avalan la imputación ya en la fase intermedia, como la STS núm. 714/2006 de 29 junio e, incluso, la antes citada Sentencia núm. 108/2019 de 5 marzo. Según esta corriente jurisprudencial, ciertamente asentada, cabe pedir la imputación vía diligencia complementaria, si bien, para asegurar que se produzca contradicción en la fase sumarial, sería

[52] Dada en virtud de la Ley 2/2020, de 27 de julio.

[53] "*La práctica de diligencias complementarias, previstas en el art. 780.2 LECrim, no es un cauce apropiado para extender la acusación a personas distintas de las expresamente consignadas en el auto de traslado para calificación. No se puede, por tanto, pedir como diligencia complementaria la declaración en calidad de imputado de quien no ha declarado en esta condición con anterioridad, y en consecuencia no ha podido ser incluido como imputado en el citado auto. En el caso descrito, lo procedente será ¬como se ha indicado anteriormente¬ recurrir el auto interesando que se reabran las diligencias previas, se reciba declaración como imputado a la persona contra la que se va dirigir la acusación, y se dicte a continuación nuevo auto de traslado para formular acusación*".

necesaria la reapertura de la instrucción y, tras ello, el dictado de un nuevo auto de transformación en procedimiento abreviado[54].

e) Ampliación del objeto procesal vía diligencia complementarias.

En mi opinión, tampoco el trámite de diligencias complementarias ampara la inclusión de nuevos hechos punibles. Si se pretendiera extender el objeto del proceso a hechos históricos no incluidos, lo que correspondería sería hacer la *intentona* mediante la solicitud de complemento del artículo 267 LOPJ o impugnar el auto de imputación formal.

1.3.2.3 Imputación de sujetos que han intervenido previamente en el proceso como testigos.

El cambio de estatus procesal a investigados de personas que, con carácter previo, han intervenido en el proceso como testigos, es uno de los mayores focos de indefensión en el marco de los procedimientos criminales.

El origen de las disfunciones estriba en las obligaciones inherentes a la condición de testigo, que declara bajo juramento o promesa de decir verdad, con el apercibimiento de que de lo contrario podría incurrir en un delito de falso testimonio en causa criminal[55]. En cambio, como se ha llegado a decir, al investigado le asiste el *derecho a mentir*[56].

[54] Dice el F.D. 22º de la STS núm. 108/2019 de 5 marzo: "*En este sentido, haya recurrido o no formalmente el Ministerio Fiscal contra el Auto de transformación en procedimiento abreviado, si de las nuevas diligencias solicitadas como complementarias se desprende una nueva imputación por aparición de nuevos hechos o de nuevos imputados, el cumplimiento de las exigencias derivadas del artículo 779.4, en cuanto prevé que al imputado se le tome declaración conforme al artículo 775, implica necesariamente, en primer lugar, que tal declaración tenga lugar con la fase de instrucción abierta, de modo que el imputado todavía pueda solicitar nuevas diligencias de investigación en su defensa, y además, en segundo lugar, que el cierre de dicha fase se realice mediante el dictado de un nuevo Auto con el contenido legalmente determinado, el cual dependerá de la valoración que haga el Juez de instrucción de las diligencias practicadas, entre la cuales no pueden excluirse las que el imputado haya podido proponer en su defensa*".

[55] Artículo 433 LECrim. En el mismo sentido, artículo 466.4 del Anteproyecto LECrim 2020.

[56] Aunque el *derecho a mentir* viene expresamente referido en múltiples resoluciones (por todas, STS núm. 657/2013 de 15 julio) parte de la doctrina niega que exista un derecho que merezca ese calificativo (BANACLOCHE PALAO, J., "El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable", *Cuadernos de Derecho Público* Nº10, 2000, págs. 179-201, pág. 198). En favor de la existencia de un derecho a mentir, ASENCIO MELLADO, J.M., Derecho Procesal Penal, Tirant lo Blanch: Valencia 2015, pág. 52.

La problemática es resumida por la STC núm. 118/2001 de 21 mayo:[57] "*Asimismo, se impone la exigencia de que el imputado no declare como testigo desde el momento en que resulte sospechoso de haber participado en el hecho punible, por cuanto el testigo está obligado penalmente a comparecer y a decir verdad, en tanto que el imputado no solo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE*" No obstante, aunque la resolución del TC reconoce que en el proceso objeto de análisis se pudo haber anticipado la condición de imputado, evitando alguna de las declaraciones prestadas como testigo, concluye que no se produjo un "*real menoscabo del derecho de defensa*" ya que la demora no le generó un "*perjuicio real y efectivo*" evitable adelantando esa condición de investigado.

En realidad, de un somero examen jurisprudencial se extrae que solo en supuestos muy flagrantes, en los que concurren otras deficiencias procesales, la declaración previa como testigo invalida la ulterior como imputado. Este sería el caso tratado por la SAP de Huelva (Sección 2ª), núm. 16/2003 de 10 febrero[58], que motiva la anulación de la condena de instancia sobre la base de que los investigados, que previamente habían intervenido en condición de testigos, no fueron referidos como parte pasiva del proceso penal hasta el auto de apertura del juicio oral, es decir, no existió un auto de imputación formal contra ellos.

En ocasiones, los indicios de criminalidad surgen durante el transcurso de la declaración como testigo, lo cual, según las exigencias constitucionales que vengo exponiendo, provocaría la necesaria interrupción de la declaración, citando nuevamente al sujeto para que comparezca asistido de letrado al objeto de prestar declaración de acuerdos a las exigencias de los artículos 118 y 775 LECrim[59]. Como muestra de que esta situación se produce con cierta frecuencia[60], ha resultado necesario que la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un

[57] F.D. 1º.
[58] F.D. 1º.
[59] STS núm. 544/2002 de 18 marzo.
[60] Otra evidencia sería que el Anteproyecto LECrim 2020 regula expresamente la cuestión en el artículo 17.3: "*El testigo no estará obligado a declarar sobre hechos o a contestar preguntas de las que pueda resultar su propia responsabilidad penal. Si durante el curso de la declaración se pusiera de manifiesto esta circunstancia, se interrumpirá su declaración para informarle de sus derechos a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo. En ese caso, el testigo podrá acogerse formalmente a su derecho a no declarar*".

tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, haga expresa alusión a la cuestión, señalando (considerando 21) que "*en caso de que, en el curso de tal interrogatorio, una persona que no sea sospechoso ni acusado se convierta en sospechoso o acusado, se ha de suspender de inmediato todo interrogatorio. No obstante, el interrogatorio puede proseguir si se ha informado a la persona de que se trate de que es sospechoso o acusado y si puede ejercer plenamente los derechos que se otorgan en la presente Directiva*".

1.3.3 Contenido de la imputación.

El aspecto material de la imputación supone la traslación al investigado de los hechos punibles que se le atribuyen, y de los que se le debe informar con suficiente grado de detalle[61] como para que pueda desplegar su defensa repeliendo los elementos principales de cargo, pero, también, los aspectos de carácter accesorio que de un modo u otro puedan influir en la resolución decisoria del proceso penal. En referencia al derecho a ser informado de la acusación[62], señalaba PEDRAZ PENALVA[63]: "*al conocer de qué se le acusa, por quién, etc., el inculpado podrá, eventualmente, hacer uso de todos los medios procesalmente previstos para intentar disipar los datos, elementos, circunstancias que obren en su cargo*".

[61] Señalan ARANGÜENA FANEGO, C., RODRIGUEZ-MEDEL NIETO C., "Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales. Buenas prácticas para su aplicación" en ARANGÜENA FANEGO, C., DE HOYOS SANCHO, M., (Dirs.), HERNÁNDEZ LÓPEZ, A. (Coord.), *Garantías procesales de investigados y acusados en procesos penales en la Unión Europea. Buenas prácticas en España*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2020, pág. 35-69, pág. 60, que "*el grado de detalle dependerá de la fase del procedimiento, como hemos adelantado, pero en todo caso debe permitirse el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa*".

[62] En la fijación de los contornos del derecho de información al acusado han tenido una importancia crucial tres resoluciones del TC: la STC núm. 34/2017 de 30 de enero (F.D. 7º), señala que "*La negativa sin justificación alguna del Instructor a la entrega del material del que ya disponía, trajo consigo así la vulneración del derecho a la asistencia de letrado (art. 17.3 CE), el cual incluye en su contenido el derecho del detenido y su letrado a acceder a los elementos fundamentales (entonces, art. 7.1 de la Directiva 2012/13/UE) para impugnar su situación privativa de libertad*."; la STC núm. 21/2018 de 5 de marzo (F.D. 10º) estimó la demanda de amparo por "*no haber sido informado de modo suficiente sobre las razones de su detención gubernativa de naturaleza penal ni habérsele permitido el acceso a los elementos de las actuaciones que eran esenciales para impugnar su legalidad*."; y la STC núm. 83/2019 de 25 de julio (F.D. 7º) que declaró infringido el derecho por no facilitársele al detenido "*lo esencial en las actuaciones para impugnar la medida cautelar de prisión provisional que instantes antes había interesado el ministerio fiscal, pues no se le dio acceso alguno a aquellos materiales de la investigación desde los cuales, y sin perjuicio del respeto debido al secreto sumarial, poder rebatir los argumentos expuestos de contrario (arts. 17.1 y 24.1 CE)*".

[63] PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho Procesal Penal, Tomo I, Principios de Derecho Procesal Penal*, Madrid: Colex, 2000, págs. 251-252.

De acuerdo con lo aseverado por ASENCIO MELLADO[64], la imputación se proyecta en tres exigencias:

1. Se debe informar al investigado de los "*hechos históricos*" que se le atribuyan "*de forma exhaustiva y pormenorizada*." No cabe la imputación ante meras sospechas pues "*la defensa, en un sentido material, no puede ser eficaz ante un hecho sin relevancia jurídica, pues solo puede limitarse a aspectos fácticos inconcretos, indeterminados, abiertos, nunca de carácter jurídico y, en todo caso, podría afirmarse que imposible desde la negación de una tipicidad que se desconoce"*[65].

2. La información se debe referir a la calificación jurídica de los hechos, aunque en esta etapa inicial tenga un carácter meramente provisional y no resulte vinculante para las partes acusadoras. El inicio de la instrucción está vinculado a "*la noción de delito, en grado incipiente, pero de un delito, no de una conducta que no pueda ser precisada en esta calidad*" [66], por lo que no se puede atribuir la condición de imputado si no existe "*objeto penal definido, sin que consten sus elementos típicos esenciales"*[67].

3. Además, se debe poner de manifiesto "*el material probatorio en que se basa la acusación con el fin de favorecer la oportuna oposición en los términos que desee el sujeto pasivo del proceso"*[68].

La imputación inicial, por la propia dinámica de la investigación, puede sufrir mutaciones[69] que, para asegurar correctamente el derecho de defensa del investigado, tendrán que serle puestas de

[64] ASENCIO MELLADO, J.M., "Principio acusatorio y derecho de defensa…ob. cit. pág. 96.
[65] ASENCIO MELLADO, J.M., "La imputación como elemento determinante del modelo procesal de investigación", *Revista General de Derecho Procesal* nº40, 2016, pág. 5.
[66] ASENCIO MELLADO, J.M., "La imputación como elemento determinante… ob. cit. pág. 3.
[67] ASENCIO MELLADO, J.M., "La imputación como elemento determinante… ob. cit. pág. 4.
[68] En apoyo de esta afirmación de ASENCIO MELLADO, podríamos citar la STC núm. 230/1997 de 16 de diciembre, y la núm. 225/1997, de 15 de diciembre.
[69] Según ASENCIO MELLADO, J.M., "Principio acusatorio y derecho de defensa…ob. cit. págs. 96-97, "*el derecho de información de la acusación no se agota en el solo y único acto de la primera comunicación, sino que debido a que el proceso es algo vivo y cambiante y que su objeto es perfectamente variable siempre dentro de sus estrictos límites, el acusado deberá ser informado a lo largo de todo el proceso, y en cualquier fase del mismo, de aquellas mutaciones sufridas por el objeto en tanto que éstas puedan afectar a su derecho de defensa*".

manifiesto con las mismas garantías que las seguidas con la atribución delictiva inicial[70]. Aunque la necesaria traslación de las novedades relevantes parezca una obviedad, derivada del principio de contradicción, no ha sido hasta la modificación operada en el artículo 118 LECrim[71] transponiendo la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, cuando se ha positivizado esta exigencia.

La consagración de la obligación de informar al acusado sobre los cambios relevantes en la causa la encontramos en el considerando 29 de la Directiva 2012/13/UE: "*Si, durante el proceso penal, los detalles de la acusación cambian hasta el punto de afectar sustancialmente a la posición de la persona sospechosa o acusada, esta debe ser informada de ello cuando sea necesario para salvaguardar la equidad del proceso y en el momento oportuno para permitir el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa*." Ya en el articulado, dice el 6.4: "*Los Estados miembros garantizarán que se informe con prontitud a la persona sospechosa o acusada sobre cualquier cambio que se produzca en la información facilitada de conformidad con el presente artículo cuando sea necesario para salvaguardar la equidad del procedimiento*".

Interpretando los cambios realizados en los artículos 118 y 520 LECrim, la FGE, en la Circular 3/2018, de 1 de junio, sobre el derecho de información de los investigados en los procesos penales, consigna un aptdo. específico para la determinación de qué se puede considerar cambio relevante en el objeto de la investigación y en los hechos imputados, no sin antes recordar el necesario equilibrio entre la notificación al imputado de cualquier alteración de los hechos investigados, que causaría en la práctica la paralización del proceso, y lo que llama "*relajación en el cumplimiento de esta obligación*", que podría generar graves detrimentos en el derecho de defensa. Antes de entrar en el análisis partiendo de las anteriores premisas, la Circular en cita apunta la posible *vía de escape* de los fiscales ante denuncias de indefensión. Así, la condición de parte que ostentan los

[70] El artículo 14.3 del Anteproyecto LECrim 2020 señala "*Todo cambio relevante en el objeto del proceso será inmediatamente comunicado a la persona encausada a efectos de facilitar el ejercicio de su derecho de defensa*".
[71] Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la LECrim y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

sujetos pasivos del proceso les confiere la posibilidad de acceder a las actuaciones, y con ello estar plenamente informados de las alteraciones y avances que sufra la investigación.

Según la doctrina de la fiscalía, para que las modificaciones deban ser informadas expresamente tienen que ser relevantes, entendiendo por tal, por ejemplo, "*un nuevo hecho punible, o un cambio en el título de imputación*".

Para la Circular 3/2018, la tabla de medir sobre qué es un cambio relevante[72] se puede deducir del considerando 29 de la Directiva 2012/13/UE al que me he referido *ut supra*. Tendrán la condición de tales los que provoquen "*la necesidad de tomar una nueva declaración sobre los hechos imputados, de forma que de no hacerse no se pudiera formular una ulterior acusación por esos hechos, por el riesgo de causar una indefensión material al investigado*." De la anterior aseveración resulta fácil colegir que, en supuestos de variaciones destacadas, necesariamente se le tendrá que tomar nueva declaración al imputado según lo preceptuado por el artículo 775 LECrim.

En este sentido, la STJUE de 13 de junio de 2019, *Gianluca Moro c. Italia*[73], C-646/17, señaló: "*el respeto del derecho de defensa, en el sentido de esta disposición de la Carta, exige que, en el supuesto de modificación de la calificación jurídica de los hechos que son objeto de la acusación, la persona acusada sea informada en un momento en el que disponga aún de la oportunidad de reaccionar eficazmente, antes de la fase de deliberación, con el fin de poder preparar adecuadamente su defensa*" aclarando[74] que "*En cambio, el derecho de defensa establecido en el artículo 48, aptdo. 2, de la Carta no exige, en el marco del derecho a la información de la persona acusada, que esta pueda solicitar la aplicación, tras la apertura del juicio oral, de una pena pactada en el caso de modificación de los hechos en que se basa la acusación o en el supuesto de*

[72] Según ARANGÜENA FANEGO, C., RODRIGUEZ-MEDEL NIETO C., "Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a la información… ob. cit. pág. 61, ejemplificando cuando se trata de un cambio relevante, tendrían esa consideración los siguientes supuestos: "*cuando la sospecha se amplíe a otros delitos diferentes de los que motivaron la primera información (por ejemplo, inicialmente solo era sospechoso de un delito contra la salud pública y posteriormente también de un delito de blanqueo de capitales. Cuando los hechos son sustancialmente idénticos, pero durante el curso de la investigación se ha conocido alguna circunstancia de esos mismos hechos que agravan penalmente la conducta imputada (por ejemplo, inicialmente era sospechoso de un delito contra la salud pública por su distribución a un colectivo de personas y posteriormente se ha constatado que entre las personas a las que se facilitó la sustancia estupefaciente había menores de edad. Cuando los mismos hechos que fundamentaron la inicial acusación tienen consecuencias que acecen durante la investigación y agravan penalmente la conducta por la que finalmente será acusado (por ejemplo, inicialmente, era sospechoso de un delito de lesiones y, fruto de las mismas, la víctima ha fallecido, por lo que se le imputa un homicidio)*".

[73] ECLI:EU:C:2019:489, aptdo. 70.

[74] Aptdo. 72.

modificación de la calificación jurídica de los hechos que son objeto de la acusación." Sobre la base de lo anterior, la resolución concluye[75]: "*procede responder a la cuestión prejudicial que el artículo 6, aptdo. 4, de la Directiva 2012/13 y el artículo 48 de la Carta deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual la persona acusada puede solicitar durante el juicio oral la aplicación de una pena pactada en el caso de modificación de los hechos en que se basa la acusación, pero no en el supuesto de modificación de la calificación jurídica de los hechos que son objeto de la acusación*".

Por su parte, la STEDH de 25 de julio de 2000, *Mattoccia c. Italia*[76], dictaminó que se vulneró el derecho del solicitante a ser informado detalladamente sobre la naturaleza y las circunstancias de la acusación presentada, al no haberle trasladado cambios relevantes que se produjeron en el proceso[77].

Para ASENCIO MELLADO[78] "*solo es sustancial, en el marco jurídico penal, aquello que supone una modificación de la causa petendi de la pretensión penal, esto es, del objeto del proceso. Un cambio que suponga una alteración del tipo penal imputado, del delito investigado, tanto en su aspecto objetivo, como subjetivo*", añadiendo que "*De igual manera, por alteración del objeto debe entenderse ampliación del mismo a delitos diferentes a los inicialmente investigados o bien una modificación de los sujetos implicados en la misma acción o acciones conexas*".

En definitiva, a la vista de la *nueva* redacción del artículo 118 LECrim, se deberá asentar como costumbre judicial, y más en causas de cierta complejidad, que los investigados sean oídos en sucesivas ocasiones o, cuanto menos – probablemente por esta opción se opte en la práctica – al inicio y al final de la fase sumarial.

[75] Aptdo. 74.
[76] ECLI:CE:ECHR:2000:0725JUD002396994 , aptdo. 61.
[77] El supuesto fáctico objeto de autos se refería a la supuesta agresión sexual a una menor discapacitada. Durante la tramitación del proceso, se modificó el lugar y fecha de la violación, sin informar correctamente el acusado de tal cambio.
[78] ASENCIO MELLADO, J.M., "La imputación como elemento determinante… ob. cit. pág. 17.

1.3.4 La imputación como acto interruptivo de la prescripción.

De acuerdo a su ubicación sistemática (Título VII del Libro I del CP) y la definición jurisprudencialmente asumida (por todas, STS núm. 224/2002 de 12 de febrero[79]) la prescripción es una causa de extinción de la responsabilidad criminal producida por el transcurso del tiempo entre la comisión del hecho punible, hasta la incoación del proceso penal, o por la paralización del procedimiento ya incoado, y cuyo concreto plazo dependerá de la gravedad de las penas que tenga previsto el ilícito en el Código Sustantivo.

Según el Alto Tribunal (Sentencia núm. 1018/1995 de 13 octubre[80]) el fundamento de la prescripción reside "*en el aquietamiento de la conciencia social y de la intranquilidad producida, en las dificultades de prueba y en la enmienda que el tiempo produce en la personalidad del delincuente*."

Aunque en mi opinión tiene una doble naturaleza material y procesal (STC núm. 547/2002 de 27 de marzo[81]), concretada en que además de causa de extinción de la responsabilidad criminal también cercena la propia acción penal para la persecución del ilícito[82] (STS núm. 590/2004 de 6 de mayo[83]), no faltan resoluciones del TS que *niegan* la vertiente procesal al entroncar esta institución en la noción del delito (STC núm. 644/1997 de 9 de mayo[84]). Se trata de una discusión

[79] F.D. 2º y 3º.
[80] F.D. 2º.
[81] F.D. 1º.
[82] Podría abonar esta opinión el Anteproyecto LECrim 2020, que recoge diversas referencias a la prescripción, indicando diferentes actuaciones procesales que la interrumpen. Así, el artículo 175, relativo al archivo por razones de oportunidad, señala (aptdo. 5): "*Si antes de la expiración del plazo de prescripción de la infracción la persona encausada cometiera un nuevo delito, el fiscal reabrirá el procedimiento archivado por razones de oportunidad*." El 176, que regula la suspensión del proceso por razones de oportunidad, indica (aptdo. 3): "*La suspensión quedará siempre condicionada a que el sujeto no delinca en un plazo de dos años, quedando entretanto interrumpido el cómputo de la prescripción de la infracción cometida*." Por su parte, el artículo 185, enmarcado en el capítulo referido a la justicia restaurativa señala que "*El sometimiento a justicia restaurativa en el proceso por delitos leves interrumpirá el plazo de prescripción de la correspondiente infracción penal*".
[83] F.D. 4º.
[84] Dice el F.D. 2º: "*La prescripción significa la expresa renuncia, por parte del Estado, del derecho a juzgar, en razón a que el tiempo transcurrido borra de alguna manera los efectos de la infracción, institución de carácter puramente material o de derecho sustantivo, ajena por tanto a las exigencias procesales de la acción persecutoria. Transcurrido un plazo razonable, fijado por la norma, desde la comisión del delito, la pena ya no es precisa para la pervivencia del orden jurídico, ya no cumple sus finalidades de prevención social. Quiere ello decir que el «ius puniendi» viene condicionado por razones de orden público, de interés general o de política criminal, de la mano de la ya innecesaridad de una pena y de cuanto el principio de mínima intervención representa (ver las Sentencias de 4 junio*

que, amén de enriquecer el debate – se obtienen aportaciones de ambos campos de estudio – no está exenta de relevancia práctica[85].

Por lo que aquí me ocupa, las someras referencias que hago a la prescripción derivan de que uno de los principales efectos que genera la imputación es que produce su interrupción.

Según la redacción originaria del artículo 132.2 CP, la prescripción se interrumpía "*cuando el procedimiento se dirija contra el culpable*", afirmación que, dada su indeterminación, generó una sonada confrontación entre el TS y el TC.

El origen de la controversia[86] se produjo con la STC núm. 63/2005 de 14 marzo. Según el máximo intérprete constitucional, para que el procedimiento penal se entendiera dirigido frente a una concreta persona, no era suficiente la existencia de un acto de imputación *de parte* – denuncia o querella – sino que debía concurrir ulteriormente un "*acto de intermediación judicial"*[87]. En definitiva, el criterio del TC es que solo puede considerarse acto de imputación pleno aquel que derive de una previa ponderación jurisdiccional sobre la existencia de indicios de criminalidad frente a una concreta persona.

Dando contestación a la antedicha Sentencia, el TS, mediante Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 25 de abril de 2006, decidió mantener su posición. Como concita la Sentencia núm. 1329/2009 de 4 diciembre, para el TS la mera presentación en el juzgado de la denuncia o querella ostenta eficacia interruptiva.

Con la finalidad de zanjar la discusión, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, ya señalaba en la exposición de

---

y 12 marzo). En conclusión, resulta altamente contradictorio imponer un castigo cuando los fines humanitarios, reparadores y socializadores, de la más alta significación, son ya incumplibles dado el tiempo transcurrido."

[85] Tal y como señala CHOCLAN MONTALVO, J.A., "Prescripción de la acción penal y criminalidad organizada, ¿un modelo de excepción?", *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 488, 2001, pág. 5: "*si el hecho no es punible procede la absolución, mientras que si no concurre un presupuesto de procedibilidad, procede el sobreseimiento; la causa de exclusión de la punibilidad afecta a un hecho injusto y culpable que no exime de la responsabilidad "ex delicto", mientras que la falta de un presupuesto del proceso impide la misma declaración de culpabilidad y, en consecuencia, de la obligación de indemnizar, sin perjuicio de las acciones civiles a ejercitar en el proceso civil correspondiente, o de los casos que proceda el comiso frente al tercero no responsable penalmente por el hecho, a causa de la prescripción de la acción, pero de mala fe por su contribución o favorecimiento a la realización del plan delictivo*."

[86] Con mayor detalle sobre la discusión, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M., "La prescripción en la reforma del Código Penal operada por la L.O. 5/2010, de 22 de junio", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 7/2010.

[87] F.D. 8º.

motivos (IX) su vocación de dotar a la cuestión de mayor seguridad jurídica, consignando la necesidad de que, para interrumpir la prescripción, se dictara una resolución sustantiva del instructor.

En efecto, en la nueva redacción dada al artículo 132.2 CP se estableció: "*La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito (…)*". La regla 1ª del mencionado aptdo. aclara: "*Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito*." Por su parte, la regla 2ª acoge matices de la visión defendida por el TS, al señalar: "*No obstante lo anterior, la presentación de querella o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses, a contar desde la misma fecha de presentación de la querella o de formulación de la denuncia. Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en la regla 1.ª, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querella o denuncia. Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querella o denuncia si, dentro del plazo de seis meses, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querella o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querellada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dicho plazo, el juez de instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo*".

Por lo tanto, la regulación acoge la necesidad, ya apuntada por gran parte de la doctrina, de que la interrupción de la prescripción derive de una resolución judicial que permita inferir la incoación de la investigación contra determinada persona, lo que implica "*el comienzo del ejercicio de la pretensión punitiva del Estado"*[88].

[88] SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Sin novedad en el Tribunal Supremo: la interrupción de la prescripción del delito en la STS de 19 de mayo de 2005", *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 678/2005, parte Comentario, pág. 4.

En este contexto legal y jurisprudencial la pregunta fundamental es a qué resoluciones judiciales se les puede reconocer eficacia interruptiva de la prescripción.

La más común, sin duda, es el auto de incoación de las diligencias a resultas de la recepción judicial de un atestado, denuncia o querella, en el cual suele ir incluida la declaración para ser oído del investigado[89].

No obstante, como tiene establecido el TS[90], la virtualidad para interrumpir la prescripción se le reconoce a cualesquiera actos procesales de carácter jurisdiccional, dotados de sustantividad, que denoten la voluntad de iniciar o impulsar el proceso de investigación. Por ello también se les ha reconocido esta cualidad suspensiva a otras resoluciones como la citación para ser oído, la emisión de un mandamiento de detención, o el dictado de un auto acordando medidas limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 CE, según el Título VIII del Libro II LECrim[91].

1.4 El derecho de defensa.

1.4.1 La imputación como una garantía.

Como efecto de la imputación, amén de la interrupción de la prescripción, se produce automáticamente el surgimiento del derecho de defensa del investigado, motivo por el cual este acto procesal se concibe como una garantía del sujeto pasivo del proceso penal[92].

[89] En esta línea, el Anteproyecto LECrim 2020 recoge en la exposición de motivos (aptdo. LIX) que "*la primera comparecencia de la persona investigada tiene un doble efecto temporal. Por una parte, es el momento en que se interrumpe del plazo de prescripción del delito en relación con la persona a la que se transmiten provisionalmente los posibles cargos. De otra, como garantía que viene a sustituir a la prescripción interrumpida, debe ser el momento inicial del control de la dilación indebida del procedimiento de investigación*".

[90] La STC núm. 149/2009 de 24 febrero (F.D. 3º) señala "*Por el contrario, no interrumpe la prescripción la actuación investigadora del Ministerio Fiscal fuera del proceso*". Ello permite descartar que las investigaciones preprocesales llevadas a cabo por el Ministerio Fiscal interrumpan la prescripción, como establece la STS núm. 672/2006 de 19 junio.

[91] Resume algunos de estos actos interruptivos la STS núm. 649/2018 de 14 diciembre (F.D. 5º).

[92] En este sentido, ASENCIO MELLADO, J.M., "La imputación como elemento determinante… ob. cit. pág. 8, y ARMENGOT VILLAPLANA, A., "El imputado en el proceso… ob. cit. pág. 189.

Solo desde que el sospechoso toma conocimiento de su estatus procesal puede intervenir en el procedimiento ejercitando plenamente el derecho de defensa, aunque eso no puede suponer que se pierda de vista que la imputación es, también, una carga[93].

Así, el concepto de imputado, aunque ahora se le llame investigado[94], está dotado de una fuerte connotación negativa que genera en el sujeto de atribución un importante peso psicológico[95]. Incluso la imputación supone un detrimento reputacional que no resulta subsanado ni en el supuesto de que finalmente se produzca el sobreseimiento de la causa o el dictado de una sentencia absolutoria[96]. De hecho, en el caso de las personas jurídicas, aunque no conste expresamente como *ratio legis* de la instauración de su responsabilidad criminal, parece indudable que el legislador se planteó el daño reputacional[97] como una especie de pena natural[98] a sufrir por el ente colectivo junto con los castigos expresamente previstos por el artículo 33.7 CP. Tal es así que hubiera

[93] Precisamente por este motivo, como señala ARMENGOT VILLAPLANA, A., "El imputado en el proceso… ob. cit. pág. 187) "*la naturaleza provisional e indiciaria de la condición procesal del imputado justificaba tiempo atrás que la consideración del mismo como parte pasiva del proceso penal se retrasara a un momento en el que era posible confirmar aquella sospecha inicial (artículo 384 LEcrim). En tanto toda vinculación con una conducta criminal provocaba un inevitable desprestigio social, la práctica judicial consideraba necesaria una suficiente racionalidad antes de comunicar al destinatario s condición de parte en el proceso penal. Sin embargo, la necesidad de respetar el derecho de defensa del imputado durante la fase previa del proceso penal determinó que, a pesar de ese carácter provisional, el imputado se considerare parte pasiva del proceso desde que frente al mismo se dirigía cualquier actuación procesal (artículo 118 LECrim)*".

[94] El Anteproyecto LECrim 2020, según su exposición de motivos (aptdo. XVI) recurre a las siguientes denominaciones: *encausada* -la persona sometida al procedimiento en cualquiera de sus fases-, *investigada* -la sometida a investigación-, *acusada* -aquella frente a la que se ha ejercido la acción penal- y *condenada* o *penada* -aquella frente a la que se ha dictado sentencia condenatoria-.

[95] CARNELUTTI, F., *Las Miserias del Proceso Penal* (http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/05/doctrina28730.pdf, última visita 31/08/2021) citaba a San Agustín (pág. 19) según el cual el proceso mismo es una tortura.

[96] ASENCIO MELLADO, J.M., "La imputación como elemento determinante… ob. cit. pág. 9, indica que "*la realidad y la consideración de la imputación como una condena social, obligan a replantearse posiciones cuyos fundamentos garantistas han sido dilapidados por una sociedad en la que determinados sentimientos inquisitivos han ido calando en las instituciones y los medios de comunicación*."

[97] DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, A., "Responsabilidad penal de personas jurídicas y presunción de inocencia", en RODRÍGUEZ GARCÍA, N., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., (Eds.), *"Compliance" y responsabilidad de las personas jurídicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, págs. 31-72, pág. 33, nota al pie 4, ahondando en las consecuencias que tiene para las personas jurídicas su imputación, señala que "*La publicidad negativa en las personas jurídicas se erige de facto en el verdadero y material contenido punitivo de la condena, si no único, sí más relevante y con mayor efecto disuasorio. Lo temido no es tanto la multa como la proclamación pública de que tal sociedad es condenada por tal delito. No es eso así tanto en las personas físicas en que la pena goza por sí misma de una carga aflictiva propia muy superior a las molestias y perjuicios derivados de esa afirmación oficial de culpabilidad. Por eso en las personas jurídicas esa publicidad negativa anudada inevitablemente a la investigación y enjuiciamiento supone en mucha mayor medida un adelantamiento de la condena, aunque luego se produzca la absolución oficialmente*."

[98] Sobre el daño reputacional de las personas jurídicas, y las penas naturales o sociales que pueden sufrir, se refiere MONTANER FERNÁNDEZ, R., "Reputación corporativa y responsabilidad penal de la empresa", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 1/2018.

resultado posible que, igual que sucede en países de nuestro entorno – Alemania o Italia, por ejemplo – la respuesta punitiva a los comportamientos antijurídicos de las corporaciones proviniera del Derecho Administrativo-sancionador. Sin embargo, el estigma asociado al ordenamiento criminal[99] tiene desde luego una mayor fuerza preventiva de la que deriva de las meras multas administrativas, independientemente de la gravedad que tengan.

A raíz de las consecuencias que produce el proceso penal para el sujeto pasivo, NIEVA FENOLL refiere que la presunción de inocencia es un contrapeso al "*prejuicio social de culpabilidad"*[100]. Precisamente por esta presunción de culpabilidad que alude NIEVA FENOLL, entre otros motivos, ha sido necesaria la promulgación de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio[101] que, como su propio título deja entrever, *recuerda* la obligación de que el sospechoso o acusado sea tratado como inocente desde antes incluso de que conozca su condición de imputado (considerando 12 de la Directiva) y hasta que la resolución final sea firme, obligación dirigida principalmente a las autoridades administrativas o judiciales que intervengan en la investigación (considerando 16), en particular en lo que se refiera a sus manifestaciones ante los medios de comunicación (considerando 19).

Por lo tanto, es necesaria una verdadera ponderación judicial que halle el equilibrio entre esa pretendida generación de garantías para quien es imputado y que, por ello, puede defenderse, y el cariz negativo que comporta la situación procesal.

---

[99] GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2015, págs. 48-50.

[100] NIEVA FENOLL, J., "La razón de ser de la presunción de inocencia", *InDret* 1/2016, pág. 6.

[101] Sobre esta Directiva, permítaseme remitirme a mí artículo "Derecho a no incriminarse en la Directiva (UE) 2016/343 del parlamento europeo y del consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio", *Revista de estudios europeos*, nº. Extra 1, 2017 (Ejemplar dedicado a: Garantías procesales de investigados y acusados: Situación actual en el ámbito de la Unión Europea), págs. 65-77. Igualmente, sobre el texto europeo, puede citarse a CRAS, S. Y ERBEZNIK, A. "The Directive on the Presumption of Innocence and the Right to Be Present at Trial. Genesis and Description of the New EU-Measure", *EUCRIM*, 1/2016, págs. 25-36.

1.4.2 El derecho de defensa y sus derechos instrumentales.

Siguiendo a GIMENO SENDRA[102], el derecho de defensa "*es un derecho fundamental de todo investigado a acceder al proceso penal tan pronto como se le atribuya la comisión de un hecho punible y a designar en el a un abogado de su confianza o a reclamar la intervención de uno de oficio para efectuar ambos, defensor y patrocinado, los actos de alegación, prueba e impugnación que estimen necesarios en punto de hacer valer con eficacia el derecho fundamental a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente*".

Por lo tanto, ya sea alegando, probando, o – añado – tomando simplemente una actitud inactiva sustentada en que la carga de la prueba[103] le corresponde a la acusación, la defensa tendrá como objetivo constatar "*la inexistencia o atipicidad del hecho, bien la falta de participación en el del investigado, su ausencia de responsabilidad penal, o la concurrencia de circunstancias atenuantes de su culpabilidad"*[104].

Amén de su reconocimiento en la CE (artículo 24.2) no faltan fuentes que le reconocen al derecho de defensa un origen anterior a la propia Ley, como derecho *sagrado*[105] o natural[106].

Descendiendo a la regulación procesal, el artículo 118 LECrim[107] se consagra como precepto capital del derecho de defensa, confiriéndole al sospechoso esta garantía de máximo rango desde la atribución del hecho punible hasta la extinción de la pena (artículo 118.2 LECrim).

Por lo que respecta a sus concreciones, aunque se hable singularmente de derecho de defensa, surge del mismo un haz de prerrogativas instrumentales[108], dotadas incluso de una profunda

---

[102] GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Madrid: Colex, 2010, pág. 129.
[103] Como indicaré en el capítulo 5, el concepto "carga de la prueba", en el proceso penal, merece, al menos, ser matizado en comparación con el aplicable en la jurisdicción civil.
[104] GIMENO SENDRA, V*., Derecho Procesal Penal*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2015, págs. 277-278.
[105] La Ley de 11 de febrero de 1888, autorizando al Gobierno la redacción y publicación de la LECrim señalaba en su base primera que "*la sustanciación de las causas criminales de la jurisdicción ordinaria sea uniforme y todo lo breve posible, sin perjuicio del esclarecimiento de la verdad y del sagrado derecho de defensa*". También refiere el sagrado derecho de defensa la STS núm. 1304/2011 de 30 noviembre (F.D. 1º).
[106] MORENO CATENA, V, "La defensa en el proceso… ob. cit. pág. 22.
[107] Su *equivalente* en el Anteproyecto LECrim 2020 sería el artículo 11 (denominado "Derecho de defensa. Principio general"), que establece: "*Se garantiza el derecho de defensa en todas las fases del procedimiento penal y hasta la extinción de la pena sin más limitaciones que las expresamente previstas en la ley*."
[108] La calificación de algunos de los derechos que ahora se dirán como instrumentales aparece recogida, por ejemplo, en la STC núm. 197/1995 de 21 de diciembre (F.D. 6º) referida al derecho a no declarar contra sí mismo, y a no confesarse culpable.

sustantividad propia pero que, efectivamente, sirven al *mayor* propósito de obtener la mejor posición procesal para la parte acusada[109] en el procedimiento penal.

Así, de acuerdo con el artículo 118.2 LECrim[110], como armas del derecho de defensa encontramos las siguientes:

a) Derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y en los hechos imputados. Esta información será facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa[111].

b) Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración[112].

---

[109] Nótese que, si bien hago alusión al derecho de defensa sobre todo como propio de la parte pasiva del proceso, resulta igualmente de aplicación a la parte acusadora (por todos, PEDRAZ PENALVA, E. "Derecho procesal penal… ob. cit. pág. 229).

[110] Un catálogo de derechos similar se contempla en el artículo 26 de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

[111] El Anteproyecto LECrim 2020 lo contempla en el artículo 14 ("*Derecho a conocer los cargos y la acusación*"): "*1. Desde que se dirija el procedimiento contra una persona determinada, y en todo caso desde que esta sea privada de libertad, se le comunicarán los hechos que se le atribuyen y su calificación jurídica, dándole la oportunidad de defenderse. Si durante el proceso se le atribuyesen hechos nuevos o se modificase su eventual calificación jurídica, se le comunicarán igualmente los nuevos cargos.*

2. La información sobre los cargos se facilitará siempre en lenguaje comprensible y que resulte accesible. A estos efectos se adaptará la información a la edad de la persona encausada, a su grado de madurez, a su discapacidad y a cualquier otra circunstancia personal de la que se pueda derivar una modificación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilite.

3. Todo cambio relevante en el objeto del proceso será inmediatamente comunicado a la persona encausada a efectos de facilitar el ejercicio de su derecho de defensa.

4. El escrito de acusación se ajustará siempre a los cargos previamente formulados y contendrá la descripción del hecho punible, la calificación legal del mismo, la determinación del grado de responsabilidad de la persona acusada y la pretensión de condena, indicando las penas principales y accesorias que se solicitan y los pronunciamientos que hayan de realizarse sobre la responsabilidad civil y el decomiso, si los hubiera".

[112] El Anteproyecto LECrim 2020 señala en el artículo 15 ("Derecho de acceso a las actuaciones"): "*1. El derecho de defensa faculta a la persona encausada para conocer las actuaciones y, en particular, para examinarlas con la debida antelación antes de la práctica de cualquier diligencia relevante y, en todo caso, antes de que se le reciba declaración.*

2. El derecho previsto en el aptdo. anterior podrá exceptuarse cuando exista un riesgo grave para la vida, integridad física o libertad de alguna persona, cuando sea razonablemente previsible que el conocimiento o acceso a todo o parte de las actuaciones pueda suponer la ocultación, destrucción o alteración de fuentes de prueba o cuando resulte imprescindible para garantizar la eficacia de las diligencias de investigación."

c) Derecho a actuar en el proceso penal para ejercer su derecho de defensa de acuerdo con lo dispuesto en la ley[113].

d) Derecho a designar libremente abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el aptdo. 1 a) del artículo 527[114].

e) Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla[115].

f) Derecho a la traducción e interpretación gratuitas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y 127[116].

g) Derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen[117].

h) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable[118].

En un sentido similar se pronuncia el artículo 520 LECrim[119], aunque con las garantías inherentes a la situación de privación de libertad en que se encuentra el detenido, como solo declarar ante el

---

[113] El Anteproyecto LECrim 2020 establece en el artículo 16 ("Derecho de participación activa"): "*El derecho de defensa faculta para formular alegaciones de carácter fáctico y jurídico, para presentar o proponer diligencias de investigación y prueba, para intervenir en la práctica de estas y para participar en los demás actos procesales, salvo en los casos excepcionales que esta ley excluye expresamente. También faculta para impugnar las resoluciones desfavorables por el medio legalmente previsto*."

[114] El artículo 12 del Anteproyecto LECrim 2020 ("Derecho a la designación de abogado. Abogado de oficio") preceptúa: "*1. El derecho de defensa comprende la libre designación de abogado, salvo lo expresamente previsto en esta ley para la situación de incomunicación. 2. Si el interesado no ejerce su derecho a designar abogado, se le nombrará uno de oficio. En ese caso el órgano judicial velará especialmente por la efectividad del derecho de defensa*."

[115] El Anteproyecto LECrim 2020, ya dentro de los derechos de la persona detenida, incluye en el artículo 207.d) el derecho a "*Solicitar asistencia jurídica gratuita de acuerdo con el procedimiento para hacerlo y las condiciones para obtenerla que se establecen en su legislación reguladora*."

[116] El Anteproyecto LECrim 2020 señala: "*Artículo 203. Derecho a la interpretación y traducción. La persona detenida tiene derecho a ser asistida gratuitamente por un intérprete cuando: a) no hable o no comprenda el castellano o la lengua oficial en que se lleve a cabo la diligencia en la que deba intervenir o b) se trate de una persona sorda, con discapacidad auditiva o con dificultades de lenguaje*."

[117] Previsto en el artículo 17 del Anteproyecto LECrim 2020.

[118] Previsto en el artículo 17 del Anteproyecto LECrim 2020.

[119] El artículo 207 del Anteproyecto LECrim 2020 contempla, como derechos de defensa de la persona detenida, los siguientes: "*a) Guardar silencio, no declarar si no quiere y no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen.*
b) No declarar contra sí mismo y no confesarse culpable.
c) Designar abogado y ser asistido por él sin demora.

juez (letra a del artículo 520.2 LECrim), el acceso a los elementos esenciales para impugnar la detención (letra d del artículo 520.2 LECrim), derecho a informar a un familiar, empleador o autoridad consular (letra e del artículo 520.2 LECrim), a comunicarse telefónicamente con un tercero (letra f del artículo 520.2 LECrim), a ser asistido por un intérprete (letra h del artículo 520.2 LECrim) o a ser reconocido por un forense (letra i del artículo 520.2 LECrim).

1.4.3 El derecho de defensa según la normativa y jurisprudencia supranacional.

La presencia de sucesivas capas de protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la UE motiva que AMBOS refiera un "*sistema de niveles múltiples en materia de derechos fundamentales"*[120]:

1.4.3.1 El derecho de defensa según el CEDH, y la jurisprudencia del TEDH.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 6.3 TUE[121] "*Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales*". Aunque la anterior aseveración no supone que la UE se haya adherido al CEDH[122], ello no empece que los derechos establecidos en el CEDH serán de aplicación directa en la UE, como garantías fundamentales[123].

d) Solicitar asistencia jurídica gratuita de acuerdo con el procedimiento para hacerlo y las condiciones para obtenerla que se establecen en su legislación reguladora.
e) Acceder, después de ser informado de sus derechos y con anterioridad a su declaración, a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención, y en particular la denuncia, la documentación de los testimonios incriminatorios, los informes periciales, las fotografías y las grabaciones, si las hubiera."

[120] AMBOS, K., *Derecho Penal Europeo*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2017, pág. 113.

[121] Conocido también como Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009.

[122] Así lo recuerda el Dictamen 2/13 del TJUE (Pleno) de 18 de diciembre de 2014.

[123] Esta circunstancia deriva también del CDFUE, cuyo artículo 53 recuerda: "*Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros*."

Esta aceptación de las prescripciones del CEDH permite incorporar como propia la jurisprudencia emanada del TEDH, principalmente[124], por lo que aquí me ocupa, la relativa al artículo 6 del CEDH[125] que consagra el derecho a un proceso equitativo. En base a esta afección al Convenio, puede indicarse que el TEDH, interpretando su articulado, se ha convertido en uno de los grandes impulsores a nivel continental del derecho de defensa y sus garantías instrumentales.

En referencia directa al derecho de defensa[126], y con carácter esquemático, pueden extraerse las siguientes aseveraciones como principales pronunciamientos del TEDH:

i. Derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo[127].

El derecho a guardar silencio y a no declarar contra uno mismo son elementos esenciales del juicio justo (STEDH de 8 de febrero de 1996, *Murray c. Reino Unido*[128]). Dos son las derivaciones más relevantes de la jurisprudencia del TEDH, que luego trataré con mayor detalle: el derecho del sospechoso a negarse a entregar a las autoridades material con potencial contenido

[124] No está exento de relevancia para el derecho de defensa el artículo 5 CEDH, nominado "derecho a la libertad y a la seguridad", que regula la detención, información de sus motivos, plazos para la puesta a disposición judicial, y la posible impugnación de la privación de la libertad.

[125] "*1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia*."

[126] Cuando se hace alusión a la regulación del CEDH, y la jurisprudencia del TEDH, se refieren como "*los derechos de defensa*".

[127] En puridad, el derecho a guardar silencio y a no confesarse culpable se configuran por el TEDH como una de las garantías específicas del derecho a un proceso equitativo contempladas en el artículo 6.2 CEDH, es decir, no propiamente como uno de los derechos de defensa del artículo 6.3, si bien, en coherencia con la legislación procesal española, me parece ineludible incluirlo en este aptdo.

[128] ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191, aptdo. 45.

autoincriminatorio; y la imposibilidad de extraer consecuencias probatorias negativas del silencio del acusado.

ii. Información sobre los motivos concretos de la acusación, en su vertiente fáctica y jurídica.

El respeto al principio acusatorio exige extremar las cautelas en la información al investigado de los hechos que se le atribuyan (STEDH de 19 de diciembre de 1989, *Kamasinski c. Austria*[129]). La información se deberá referir a los componentes fácticos de la acusación (STEDH de 25 de marzo de 1999, *Pélissier y Sassi c. Francia*[130]) y a su calificación jurídica (STEDH de 25 de julio de 2000, *Matoccia c. Italia*[131]).

iii. Tiempo necesario para la preparación de una defensa eficaz.

La defensa debe contar con tiempo suficiente para preparar la defensa en un plazo adecuado (STEDH de 20 de septiembre de 2011, *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Rusia*[132]).

iv. Defensa efectiva.

La confidencialidad de las comunicaciones abogado – cliente está protegida como salvaguarda importante del derecho a la defensa (STEDH de 2 de noviembre de 2010, *Sakhnovski c. Rusia*[133]).

El artículo 6 CEDH ampara la elección de un abogado de confianza, aunque no como un derecho absoluto (STEDH de 25 septiembre 1992, *Croissant c. Alemania*[134]). En el supuesto de que la asistencia sea prestada por abogados de oficio, los Estados deben asegurar que la defensa sea concreta y efectiva (STEDH de 13 de mayo de 1980, *Artico c. Italia*[135]). Incluso, las autoridades

[129] ECLI:CE:ECHR:1989:1219JUD000978382, aptdo. 79.
[130] ECLI:CE:ECHR:1999:0325JUD002544494, aptdo. 51.
[131] ECLI:CE:ECHR:2000:0725JUD002396994, aptdo. 59.
[132] ECLI:CE:ECHR:2011:0920JUD001490204, aptdo. 54.
[133] ECLI:CE:ECHR:2010:1102JUD002127203, aptdo. 102.
[134] ECLI:CE:ECHR:1992:0925JUD001361188, aptdo. 29.
[135] ECLI:CE:ECHR:1980:0513JUD000669474, aptdo. 33.

nacionales competentes están obligadas a intervenir[136] para salvaguardar esa asistencia efectiva si las deficiencias demostradas por el abogado de oficio son manifiestas, o si se les informa de ello suficientemente de alguna otra manera[137].

[136] Se exige por lo tanto un comportamiento activo de las autoridades, lo que puede comportar, por ejemplo, como se aprecia en el ATS de 7 de julio de 2017, que el tribunal competente, en este caso concreto el Tribunal Supremo, anule la designación del abogado del turno de oficio a la vista de que la defectuosa técnica procesal en la interposición del recurso de casación podía generar indefensión al sujeto pasivo del proceso.

[137] La STS núm. 383/2021 de 5 de mayo, realiza un profuso análisis de la jurisprudencia del TEDH sobre la defensa efectiva si bien, tras *criticar* que tanto el TEDH, como el TC, no aportan parámetros claros para determinar cuando la defensa técnica es eficaz, propone la aplicación del estándar norteamericano *Strickland* [surgido de la sentencia *Strickland c. Washington*, 466 US. 688 (1984)](F.D. 2º): "*Dicho estándar suministra, por un lado, criterios materiales para evaluar la competencia técnica y, por otro, determina las condiciones de acreditación de la incompetencia defensiva. La competencia se define, en Strickland, como una asistencia profesional razonable a la luz de las normas y estándares profesionales vigentes. Para ello deben tomarse en cuenta los siguientes elementos: primero, identificar un estándar objetivo de razonabilidad en la actuación; segundo, partir de una fuerte presunción de que la conducta del abogado se ajusta al estándar objetivo; tercero, determinar si el profesional designado ha desarrollado todas las investigaciones [actuaciones] razonables o las razones por las que algunas investigaciones [actuaciones] resultan innecesarias. De tal modo, las decisiones estratégicas tomadas a consecuencia de una investigación razonable, atendidas las opciones situacionalmente posibles, no resultan cuestionables. Mientras que las decisiones estratégicas tomadas después de una investigación no exhaustiva o incompleta deberán calificarse de razonables solo en la medida que los estándares objetivos de actuación justifiquen dicha limitación defensiva; cuarto, medir la deficiencia defensiva en el momento en que se presta la asistencia, debiéndose rechazar el análisis retrospectivo. Un escrutinio ex post excesivamente severo, además de fomentar la proliferación de reclamaciones por asistencia ineficaz, provocaría un efecto indeseable como lo es " que los abogados limitaran la misión primordial de defender enérgicamente la causa del acusado" adoptando estrategias más convencionales y conservadoras. El abogado, por tanto, debe disponer de una "amplia libertad" para tomar " decisiones tácticas razonables". 2.6. El otro eje sobre el que gira el estándar Strickland es el que impone a la persona acusada la carga de demostrar que la asistencia ha sido ineficaz. Y para ello debe acreditar: primero, que la actuación del letrado ha sido deficiente por incumplir estándares objetivos de razonabilidad; segundo, que, de no ser por dicha actuación deficiente, existía una "probabilidad razonable" de que el resultado del proceso hubiera sido diferente y beneficioso para sus intereses. No se exige una probabilidad altísimamente prevalente de un curso decisional distinto. Pero sí que la probabilidad sea razonable lo que permite objetivar, en cierta medida, la relevancia del error si este pudo impedir, por ejemplo, que el jurado se formase una duda razonable sobre la culpabilidad de la persona acusada. No obstante, hay supuestos especiales en los que el estándar Strickland se suaviza, al menos en lo que se refiere a la acreditación del perjuicio. Uno de ellos es cuando se identifica conflicto de intereses. En este caso, la prueba del resultado hipotético alternativo se hace mucho menos exigente, hasta el punto de presumirse. Los supuestos de conflicto pueden ser varios: primero, cuando un abogado representa simultáneamente a varias personas con intereses potencialmente adversos; segundo, cuando representó anteriormente a clientes que compartieron información confidencial que siendo relevante para los intereses del cliente actual, no puede hacer uso de ella por la cláusula de confidencialidad derivada de la anterior relación asistencial; tercero, cuando el abogado tiene un interés personal o financiero adverso con relación al cliente -estándar Cuyler-. Otro grupo de casos que atenúan la carga de demostrar por parte de la persona acusada la ineficacia y el hipotético resultado favorable alternativo, se refiere a aquellos en los que el abogado tomó una decisión clave sobre el caso en contra de los deseos expresos del cliente. Entre estas decisiones, destacan la de declarase culpable, renunciar al derecho a un juicio con jurado, renunciar a formular apelación o la de testificar en su propio juicio -estándar MacCoy-. La Corte Suprema norteamericana también ha aplicado el estándar Strickland a supuestos de asesoramiento erróneo en la fase pretrial de negociación con el Fiscal sobre pactos "premiales" de asunción de responsabilidad -vid casos Missouri v. Frye 566 US 134 (2012), Lafler v. Cooper 566 US 156 (2012)-. Tanto en supuestos en los que el acusado rechaza un acuerdo, como en aquellos en los que el abogado no informa con precisión de las consecuencias colaterales de la asunción de culpabilidad -entre otras, la pérdida de la capacidad de votar, la inhabilitación para obtener una licencia profesional, la pérdida de beneficios públicos o la revocación de los permisos de residencia legal en los EEUU [Vid. caso Padilla v. Kentucky 599 US 356 (2009)]*".

El derecho de defensa comprende igualmente la posibilidad de la autodefensa del acusado, aunque no se trata de un derecho absoluto, ya que puede ser cercenado si no es empleado diligentemente (STEDH de 22 de junio de 1993, *Melin c. Francia*[138]). Al respecto, señala ARANGÜENA FANEGO[139], que las limitaciones a la defensa material, según la jurisprudencia del TEDH, pueden estar justificadas atendiendo a las circunstancias del caso (formación, y consecuencias derivadas de la autodefensa, por ejemplo), y de las particularidades del procedimiento de que se trate (señala que, verbigracia, no es igual si interviene o no el Ministerio Fiscal, o si el procedimiento está en instancia, o una casación), debiendo permitirse la autodefensa siempre que el sistema previsto permita una defensa adecuada.

v. Interrogatorio de los testigos.

El concepto de testigo tiene un sentido autónomo para el TEDH, comprendiendo a los coacusados (STEDH de 4 de diciembre de 2008, *Trofimov c. Rusia*[140]) y a los expertos (STEDH de 26 de marzo de 1996, *Doorson c. Países Bajos*[141]).

El derecho a un proceso equitativo supone que el investigado pueda intervenir en todas las audiencias o interrogatorios que se practiquen. Por ello, con carácter general, las condenas no pueden estar basadas en testimonios de testigos a los que los acusados no hayan tenido oportunidad de contradecir e interrogar (STEDH de 27 de febrero de 2001, *Lucà c. Italia*[142]).

vi. Asistencia de intérprete.

[138] ECLI:CE:ECHR:1993:0622JUD001291487, aptdo. 25.
[139] ARANGÜENA FANEGO, C., "Exigencias en relación con el derecho de defensa: el derecho a la autodefensa, a la defensa técnica y a la asistencia jurídica gratuita [artículo 6.3.c) CEDH]", en GARCÍA ROCA, F. J., SANTAOLAYA MACHETTI, P., (Coords.), *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, págs. 389-406, pág. 347.
[140] ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD000111102, aptdo. 37.
[141] ECLI:CE:ECHR:1996:0326JUD002052492, aptdos. 81 y 82.
[142] ECLI:CE:ECHR:2001:0227JUD003335496, aptdo. 39.

La asistencia del intérprete debe ser suficiente para que el acusado tenga conocimiento de la acusación que pesa en su contra y poder defenderse (STEDH de 14 de enero de 2003, *Lagerblom c. Suecia*[143])

Como cláusula de cierre de este aptdo., debe subrayarse que no cualquier vulneración de los derechos relatados comporta que se haya producido indefensión. Así, para la evaluación del proceso se emplea el conocido como test de equidad (DTEDH de 5 octubre de 2010, *Jose Angel GÓMEZ Cespon c. Suiza*[144]) que tiene una doble vertiente. En primer término, se analizará si concurren vulneraciones de derechos individuales y, en segundo lugar, mediante un examen global del proceso, se deberá determinar si el procedimiento, en su conjunto, puede calificarse de inequitativo.

1.4.3.2 CDFUE.

La CDFUE[145] se erige en el principal catálogo de derechos emanado directamente de la UE. La Carta resulta de obligado cumplimiento para las instituciones y órganos comunitarios, así como para los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión (artículo 51 CDFUE).

La doctrina[146] reconoce a los derechos fundamentales contenidos en la Carta un doble carácter vinculante. Primero (vinculación negativa) sirven como limitación a las actuaciones del poder público. Segundo (vinculación positiva) pueden generar una serie de obligaciones en los poderes públicos, encaminadas a lograr su efectividad.

[143] ECLI:CE:ECHR:2003:0114JUD002689195, aptdo. 62.
[144] ECLI:CE:ECHR:2010:1005DEC004534308 (F.D. 2º, párrafo 4º)
[145] Hecha en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009. Aunque la CDFUE no se incorporó directamente al Tratado de Lisboa, en virtud del artículo 6.1 se le confiere carácter vinculante, lo que provoca que tenga el mismo valor jurídico que un Tratado.
[146] Por todos, UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., "La eficacia 'federalizante' de los Derechos Fundamentales de la UE. Análisis de sus manifestaciones en el Derecho Penal", *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 31/2009.

En referencia concreta a la CDFUE, señala AMBOS[147] que se le está dotando de una relevancia creciente, incluso a nivel jurisprudencial, por lo que, como afirma, "*su importancia para el futuro del Derecho Penal de la UE no puede ser subestimada*"[148].

La CDFUE le dedica el Título VI a la Administración de Justicia, que se descompone a su vez en el artículo 47 (Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial), artículo 48 (Presunción de inocencia y derechos de la defensa), artículo 49 (Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas), y artículo 50 (Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción).

Por lo tanto, a diferencia de lo que sucede con el CEDH, la CDFUE sí que hace una mención explícita a "los derechos de defensa", entendidos como una pluralidad de instrumentos al servicio de la libertad del individuo acusado.

1.4.3.3 Fortalecimiento de los Derechos Fundamentales en la UE.

a) Introducción.

En fecha 30 de noviembre de 2009, el Consejo Europeo elaboró un Plan de Trabajo para reforzar los derechos procesales de los sospechosos y acusados en los procesos penales, que se dividió en 5 medidas:

Medida A. Derecho a la interpretación y traducción.
Medida B. Derecho a la información sobre los derechos y los cargos.
Medida C. Derecho al asesoramiento jurídico y asistencia jurídica gratuita.
Medida D. Derecho a informarse con familiares, empleador, y autoridades consulares.
Medida E. Salvaguardas para los sospechosos y acusados especialmente vulnerables.

[147] AMBOS, K., "Derecho Penal europeo… ob. cit. pág. 267.
[148] Por poner un ejemplo que confirma la opinión de AMBOS, el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea refiere la CDFUE como texto de referencia en la fijación de los derechos de sospechosos y acusados (artículo 41).

El Plan fue incluido en el Programa de Estocolmo[149], que asumió como objetivo el fortalecimiento de los derechos procesales de los sospechosos o acusados en el proceso penal (aptdo. 2.5) empleando al efecto el desarrollo normativo previsto en el artículo 82.2 TFUE.

Aunque las seis Directivas[150] promulgadas en cumplimiento del Programa han tenido influencia en el derecho de defensa, atendiendo el objeto principal de este trabajo, me referiré exclusivamente a las que pudieran estar relacionadas con las personas jurídicas como sujeto pasivo del proceso penal.

b) Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales.

El objetivo de la Directiva[151] (considerando 12) es establecer un conjunto de normas mínimas comunes sobre la traducción e interpretación en los procesos penales, con la finalidad última, común a todas las Directiva emanadas del Programa de Estocolmo, de aumentar la confianza mutua entre los Estados (artículo 82.1 TFUE).

Lo que se garantiza con la Directiva (considerando 17) es la asistencia lingüística gratuita y de calidad, como instrumento para que el sospechoso o acusado pueda ejercer su derecho de defensa, asegurando así la equidad del proceso (artículo 6 CEDH).

Desde un punto de vista subjetivo, de acuerdo con DE HOYOS SANCHO[152], se extiende a las personas jurídicas, por no estar expresamente excluidas del artículo 1.

---

[149] Efectuado por el Consejo Europeo el 10 y 11 de diciembre de 2009.

[150] Para mayor detalle sobre los elementos esenciales de las Directivas, y su transposición al derecho español, ARANGÜENA FANEGO, C., "Las Directivas Europeas de armonización de garantías procesales de investigados y acusados. Su implementación en el derecho español", *Revista de Estudios Europeos* nº extraordinario monográfico, 1-2019, págs. 5-40.

[151] Sobre esta directiva, y su transposición nacional, vid. CAMPANER MUÑOZ, J., HERNÁNDEZ CEBRIÁN, N., "Guía de buenas prácticas relativas al derecho a la traducción y la interpretación de los investigados y acusados." en ARANGÜENA FANEGO, C., DE HOYOS SANCHO, M., (Dirs.), HERNÁNDEZ LÓPEZ, A. (Coord.), *Garantías procesales de investigados y acusados en procesos penales en la Unión Europea. Buenas prácticas en España*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2020, págs. 15-33.

[152] DE HOYOS SANCHO, M. "Sobre la necesidad de armonizar las garantías procesales de los sospechosos en la Unión Europea: valoración de la situación actual y algunas propuestas", *Revista General de Derecho Procesal*, nº43, 2017, pág. 9, señala: "*no se limita expresamente su aplicación a personas físicas, ni se excluye a las jurídicas -como sucede con la Directiva sobre presunción de inocencia-, por lo que debemos entender que ésta es una norma de armonización que vincula a los Estados miembros en sus procesos penales contra personas físicas, y también contra personas jurídicas*."

La Directiva establece como primer pilar el derecho a la interpretación en favor del sospechoso o acusado (artículo 2), y que resultará de aplicación tanto en su relación con las autoridades de investigación y judiciales, como en las que mantenga con su propio abogado.

El segundo pilar se centra en el derecho a la traducción de documentos esenciales del proceso (artículo 3) con el propósito de asegurar que el sospechoso o acusado pueda ejercitar su defensa material. Aunque la condición de documento esencial dependerá de las circunstancias concretas del litigio, tendrán necesariamente esa consideración las resoluciones que acuerden la privación de libertad, el escrito de acusación, y la sentencia.

Como normas comunes a los artículos 2 y 3, se establecen en la Directiva una serie de exigencias destinadas a asegurar la gratuidad y calidad de las traducciones. Aunque la Directiva no establece ninguna consecuencia anudada a la vulneración de los Derechos que se recogen, tal y como indica ARANGÜENA FANEGO, se podría generar "*la potencial nulidad de toda diligencia que se haya realizado sin la observancia de los requisitos de interpretación/traducción o sin las exigencias de calidad requeridas"*[153].

c) Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales.

Con la Directiva indicada, correspondiente a la Medida B del Plan de Trabajo fijado por el Consejo en noviembre de 2009, se pretende asegurar al sospechoso o acusado (considerando 19) la información sobre los derechos que le asisten y que resultan esenciales para salvaguardar un proceso justo. Esto comporta la obligación de comunicárselos a la mayor prontitud y, en todo caso, antes del primer interrogatorio. Además (considerando 28) se le debe notificar la infracción penal que se le imputa, lo que requiere facilitarle una descripción de los hechos punibles, y su eventual calificación jurídica. Por último, la Directiva recoge la obligación de proporcionar al encausado acceso a los materiales del expediente (considerando 31).

[153] ARANGÜENA FANEGO, C., "Las Directivas Europeas de armonización… ob. cit. pág. 12.

En cuanto a su proyección a las personas jurídicas, como ya sucediera respecto a la Directiva comprensiva de la Medida A, DE HOYOS SANCHO[154] considera que les resulta de aplicación, por no estar expresamente excluidas de su artículo 2.

Resumiendo los aspectos más relevantes del articulado, señala ARANGÜENA FANEGO que se refiere a tres aspectos básicos: "*En primer lugar, el derecho a recibir información sobre los derechos procesales: en general por las personas sospechosas o acusadas (art. 3); en particular, por los detenidos o privados de libertad (art. 4) y en el marco del procedimiento de la orden de detención europea (art. 5). En segundo lugar, el derecho a recibir información sobre la acusación (arts. 6.1, 6.3 y 6.4) y sobre los motivos de la detención (art. 6.2). Finalmente, y de manera instrumental con los derechos anteriores, el derecho de acceso a los materiales del expediente con carácter gratuito (art.7.5), donde de nuevo se distingue entre aquellos relativos a los motivos de la detención o privación de libertad (art. 7.1) y los concernientes a la propia acusación (art. 7, aptdos. 2, 3 y 4)"*[155].

d) Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.

El primer objetivo que colmar con la Directiva[156] analizada es la asistencia letrada sin demora justificada (considerando 19). Este derecho se reconoce incluso a los sujetos que intervengan inicialmente como testigos, pero respecto a los cuales surjan durante la práctica de la diligencia sospechas fundadas que obliguen a un cambio de su estatuto procesal (considerando 21). La asistencia letrada implica la presencia del abogado durante las declaraciones que preste el sospechoso o acusado (considerando 25) y en los actos de investigación u obtención de pruebas

[154] DE HOYOS SANCHO, M., "Sobre la necesidad de armonizar… ob. cit. pág. 17.
[155] ARANGÜENA FANEGO, C., "Las Directivas Europeas de armonización… ob. cit. pág. 13.
[156] Sobre esta Directiva, y la 2016/1919, relativa a la asistencia jurídica gratuita, vid. CAMPANER MUÑOZ, J., COSTA RAMOS, VIDAL FERNÁNDEZ, B., "Asistencia letrada y asistencia jurídica gratuita (Directivas 2013/48 y 2016/1919)." en ARANGÜENA FANEGO, C., DE HOYOS SANCHO, M., (Dirs.), HERNÁNDEZ LÓPEZ, A. (Coord.), *Garantías procesales de investigados y acusados en procesos penales en la Unión Europea. Buenas prácticas en España*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2020, págs. 61-91.

(considerando 26). En las comunicaciones entre abogado y cliente para la preparación de la defensa debe respetarse la confidencialidad (considerando 33).

El segundo pilar de la Directiva está centrado en posibilitar que el sospechoso o acusado comunique su situación de privación de libertad a un familiar o empleador.

En tercer término, respecto de sospechosos o acusados extranjeros, el texto comunitario les reconoce el derecho a la asistencia consular (considerando 37).

En cuanto a las personas jurídicas, DE HOYOS SANCHO[157], en la línea de lo dicho para las anteriores Directivas, considera que resulta de aplicación, por no estar expresamente excluidas de su artículo 2.

Ya en el articulado, la asistencia letrada se concita principalmente en los artículos 3[158] y 4, con una referencia a la asistencia gratuita en el artículo 11. Como indica ARANGÜENA FANEGO[159], el derecho se estima en "*condiciones bastantes generosas*, *siendo sus principales aciertos la determinación del momento en el que el derecho surge y su contenido mínimo"* siendo su único "pero" el "*significativo número de excepciones*".

Los artículos 5 y 6 regulan los derechos a que la situación de privación de libertad se ponga en conocimiento a un tercero y, además, el derecho a que el sospechoso o acusado pueda comunicarse directamente con una persona de su elección.

Por su parte, el artículo 7 contempla el derecho de los no nacionales a contactar con las autoridades consulares.

---

[157] DE HOYOS SANCHO, M. "Sobre la necesidad de armonizar… ob. cit. pág. 25, señala concretamente que "*entendemos que la armonización del derecho a la asistencia letrada alcanza también a las personas jurídicas investigadas y acusadas, tanto en los procesos penales que se puedan incoar contra ellas, como en la fase jurisdiccional de los recursos contra las sanciones administrativas, pues han de disfrutar igualmente del derecho de defensa en la modalidad de derecho a la defensa "técnica" en el marco de un proceso penal, y "de manera efectiva". Recordemos que hablamos de una parte integrante esencial del derecho al debido proceso o proceso con todas las garantías y que la persona jurídica puede ser declarada penalmente responsable tras el correspondiente proceso jurisdiccional, si se dan los presupuestos previstos en los arts. 31 bis y concordantes de nuestro CP*".

[158] En relación con este precepto, en virtud del cual se regula el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales, debe recordarse que la STJUE de 12 de marzo de 2020, C-659/2018, ECLI:EU:C:2020:201, señaló la necesidad de garantizar la personación del letrado aun en el caso de que el investigado se halle sustraído de la acción de la justicia.

[159] ARANGÜENA FANEGO, C., "Las Directivas Europeas de armonización… ob. cit. pág. 21.

e) Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

Esta Directiva, ya aludida anteriormente, es la más genérica de todas las que se tratarán, de ahí que apenas haya tenido influencia constatable en la *praxis*. En este sentido, afirma ARANGÜENA FANEGO[160] que "*sus disposiciones enuncian en buena medida principios generales del derecho, en lugar de proporcionar el marco procesal para la protección de los derechos del sospechoso o acusado*". Esta es la razón por la que en los Estados miembros ha sido generalizada su falta de transposición.

La Directiva rechaza su aplicación a las personas jurídicas (considerando 12, 14, 15 y artículo 2), decisión duramente criticada por la doctrina, que califica la cuestión de decepcionante[161].

El texto[162] tiene como primer objetivo verificar que el tratamiento a sospechosos y acusados se adecue a la presunción de inocencia que les asiste, desde el inicio del proceso hasta la firmeza de la sentencia condenatoria, lo cual se proyecta en el propio proceso, pero también en las declaraciones y exposiciones sobre la causa que realicen las autoridades, en particular en su trato con los medios de comunicación (considerandos 16 a 21). La regulación de esta materia aparece luego en los artículos 3, 4 y 5.

La Directiva subraya la imposición de la carga de la prueba a la acusación (considerando 22). El precepto especifico que regula esta cuestión es el artículo 6, que consagra expresamente el principio *in dubio pro reo*.

En tercer lugar, el texto estipula el derecho a guardar silencio y el derecho a no declarar contra sí mismo como instrumentos integrantes de la presunción de inocencia, y del derecho a un proceso equitativo. Regulados posteriormente en el artículo 7, la Directiva establece que no se podrán

[160] ARANGÜENA FANEGO, C., "Las Directivas Europeas de armonización… ob. cit. pág. 24.
[161] DE HOYOS SANCHO, M., "Sobre la necesidad de armonizar… ob. cit. pág. 38.
[162] En relación con esta Directiva, vid. DE HOYOS SANCHO, M., GUERRERO PALOMARES, S., "Directiva 2016/343, de 9 de marzo, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia." en ARANGÜENA FANEGO, C., DE HOYOS SANCHO, M., (Dirs.), HERNÁNDEZ LÓPEZ, A., *Garantías procesales de investigados y acusados en procesos penales en la Unión Europea. Buenas prácticas en España*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2020, págs. 93-109.

extraer consecuencias negativas para el sospechoso o acusado por el ejercicio de estas prerrogativas.

Por último, la Directiva estipula el derecho a estar presente en el juicio, regulándolo en el artículo 8, y en el artículo 9, que establecen además los supuestos en que el condenado podrá solicitar la celebración de un nuevo juicio. Tal y como indica ARANGÜENA FANEGO[163] "*se trata de un derecho que no tiene carácter absoluto y por ello cabe la posibilidad de que aún sin estar presente el acusado pueda celebrarse el juicio en su ausencia y llegarse a un pronunciamiento de condena siempre que se cumplan las garantías tendentes a procurar la efectividad de su derecho de audiencia, contradicción y defensa; fundamentalmente comunicación oportuna de la fecha y lugar de celebración del juicio, consecuencias de la incomparecencia y defensa formal por letrado llegado el momento de su celebración*".

f) Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2016 relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención.

El considerando 1 de la Directiva le confiere carácter instrumental del derecho a la asistencia letrada consignado en la Directiva 2013/48/UE.

Fijando los contornos de la asistencia jurídica gratuita, el considerando 8 señala que debe servir para cubrir los costes de la defensa de aquellas personas que carezcan de medios (considerando 17).

Entrando en el articulado, después consignarse su extensión a los sospechosos y acusados en procesos penales, inclusive, por lo tanto, a las personas jurídicas[164], y a los que sean objeto de un procedimiento de orden europea de detención (artículo 1), se fija como ámbito de aplicación de la Directiva los sujetos que de acuerdo a la Directiva 2013/48/UE, tengan derecho a la asistencia letrada, que estén privados de libertad, los que deban ser asistidos por letrado según normal nacional, o aquellos que tengan que asistir a un acto de investigación u obtención de pruebas.

[163] ARANGÜENA FANEGO, C., "Las Directivas Europeas de armonización… ob. cit. pág. 27.
[164] DE HOYOS SANCHO, M., "Sobre la necesidad de armonizar… ob. cit. pág. 34.

Tras ello (quizá lo lógico hubiera sido que fuera el artículo 1), se define en al artículo 3 la asistencia jurídica gratuita como la financiación por un Estado miembro de la asistencia letrada que permita el ejercicio del derecho a la asistencia de letrado y que, según el artículo 4, obtendrán los sujetos sin los recursos suficientes.

Resulta igualmente destacable el artículo 7, dirigido a asegurar la calidad de los servicios de asistencia jurídica gratuita y formación para los profesionales que la presten.

g) Implicación de las Directivas en el derecho nacional.

A resultas de la transposición de las distintas Directivas que he relatado, 2015 fue un año fundamental en el fortalecimiento de las garantías procesales de los investigados, lo cual se materializó en distintos textos[165]:

i. Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la LECrim y la LOPJ.

A través de esta Ley se transpusieron a nuestro ordenamiento la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, referida al derecho a la información en los procesos penales.

En lo que respecta a la Directiva sobre el derecho de traducción e interpretación, amén de las modificaciones formales (cambio de la rúbrica del Título V del Libro Primero, en el que se establecieron dos capítulos), se introdujeron los nuevos artículos 123 a 127. El precepto con más sustantividad en la traducción e interpretación es el 123, que reconoce el derecho a la interpretación en todas las actuaciones judiciales (letra a del aptdo. 1), así como en las relaciones entre el investigado y su abogado (letra b del aptdo. 1), fijándose el derecho a la traducción de los documentos esenciales para el ejercicio del derecho de defensa, consideración que tendrán en todo caso las resoluciones que acuerden la prisión del imputado, el escrito de acusación y la sentencia.

La transposición de la Directiva 2012/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales, tuvo como cambio más

[165] Más ampliamente sobre las distintas reformas, CALAZA LÓPEZ, S., "Fortalecimiento de las garantías procesales y agilización de la justicia", *Revista General de Derecho Procesal* nº41, 2017.

relevante la inclusión en el aptdo. 1 del artículo 118 del haz de derechos instrumentales del derecho de defensa a los que me he referido, respecto a los que se deberá instruir al investigado en un lenguaje comprensible y accesible. En referencia concreta a la información de los hechos que se le imputan, incluye la atribución delictiva inicial, pero también cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y en las cuestiones fácticas extraídas de la misma, lo cual se ha trasladado además al artículo 775. Se modifica igualmente el artículo 302 LECrim, limitando el secreto sumarial a los supuestos en que resulte necesario para evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o para prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso. Dentro de la prisión provisional (aptdo. 3 del artículo 505) se establece que el abogado del imputado tendrá acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del imputado.

Ya en el ámbito del derecho de defensa del detenido (artículo 520), dado que el grueso de derechos instrumentales ya aparecían relatados en ese precepto, la alteración más relevante es la inclusión (letra d del aptdo. 2) del derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad, así como (letra h) la información sobre el plazo máximo legal de duración de la detención hasta la puesta a disposición judicial y del procedimiento por medio del cual se puede impugnar la detención.

ii. Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

Mediante esta Ley Orgánica, entre otras cuestiones, se transpuso al ordenamiento interno la Directiva 2013/48/UE, modificándose los artículos 118, 509, 520 y 527 LECrim, y se introdujo un nuevo artículo 520 ter LECrim. El cambio de mayor significación, como se indica en la exposición de motivos, es el relativo a la entrevista reservada entre el investigado y su letrado, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial. Destaca igualmente el acceso a las actuaciones con anterioridad a la toma de declaración (artículo 118.1.b) LECrim.

En el artículo 118 LECrim se mejoran las concreciones del derecho a guardar silencio y a no prestar declaración, incluyéndose expresamente en la letra g) el derecho a no contestar alguna o alguna de

las preguntas que se formulen. Igualmente, en el aptdo. 2 del artículo 118 se consagra el derecho de defensa sin más limitaciones que las legalmente previstas, señalando en particular el derecho a comunicarse y entrevistarse reservadamente, incluso antes de que se reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, pudiendo estar presente en todas sus declaraciones, así como en las diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos. El aptdo. 4 del artículo 118 LECrim, tras la nueva redacción, establece la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente, consignando el modo de proceder para el supuesto de captaciones involuntarias de esas conversaciones.

En el ámbito de la detención y prisión incomunicada (artículo 509 LECrim) se clarifican los supuestos en que procede, y que se concretan en la necesidad de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o la necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal.

Por su parte, el artículo 520 LECrim ha sufrido diversos cambios:

- Se da una nueva redacción al primer párrafo, pretendiendo asegurar que la detención y prisión provisional se lleven a cabo respetando los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen de aquéllos, pero con atención también al derecho fundamental a la libertad de información.

- Se establece la obligación de fijar en el atestado la fecha y hora de la detención.

- Se consagra el derecho a comunicar a un tercero la privación de libertad, a comunicarse con un tercero, y a ser visitado por las autoridades consulares en el caso de ser extranjero.

- Tras la clarificación del método de designación letrada, se reduce el plazo en que tendrá que realizarse la asistencia (pasando de ocho a tres horas), recogiéndose con detalle en el precepto en qué consistirán las funciones del abogado: solicitar que se informe al detenido de los derechos que le asisten; intervenir en la declaración del detenido, en las diligencias de reconocimiento, y en las de reconstrucción de los hechos, pudiendo solicitar tras la práctica la

ampliación de los extremos que estime preciso; información al detenido sobre las consecuencias de la prestación o denegación del consentimiento en la práctica de diligencias.

- Se establece igualmente, en sintonía con el artículo 118 LECrim, la posibilidad de entrevistarse reservadamente con el abogado antes de su declaración por la policía, fiscalía, o autoridad judicial.

- Además, se reitera la confidencialidad de las comunicaciones abogado – cliente.

La Ley modifica igualmente el artículo 527 LECrim, clarificando el régimen de privación de algunos de los derechos instrumentales del derecho de defensa en supuesto de detención o prisión provisional incomunicada.

1.5 Ejercicio dual del derecho de defensa. Defensa material y defensa técnica.

La complejidad del derecho de defensa se observa no solo en su materialización en múltiples derechos instrumentales, sino también en que su ejercicio efectivo está a su vez personificado en dos sujetos distintos, lo que permite hablar de defensa dual, encarnada en el propio investigado – denominada como "defensa material" o "autodefensa" – y en su letrado – "defensa técnica" –.

Estos *socios* procesales tienen como empresa común la repulsión del ataque, concretado en la imputación de un hecho delictivo. De esta forma, con independencia de las funciones que desarrollará cada coparticipe de la posición, de manera coordinada, buscarán despejar la duda[166] que esa atribución criminal ha generado sobre el investigado o acusado, discutiendo su participación o el grado de la misma, la calificación legal de los hechos[167] o, en último término, si ha quedado constatada la conducta típica, buscarán que se aprecie la concurrencia de causas atenuantes o eximentes.

[166] Habrá ocasiones, con prueba apuntando casi unidireccionalmente hacia la culpabilidad del sujeto pasivo, en que su despliegue defensivo irá destinado precisamente a crear duda, para favorecerse del principio *in dubio pro reo*.
[167] En el caso de las personas jurídicas, los cambios en la calificación legal de los hechos (por ejemplo, pensemos en un delito de estafa que *se convierte* en apropiación indebida) puede suponer que, desde la perspectiva del sujeto colectivo, la conducta resulte atípica.

Ambos deben actuar además desde la consideración de sus posturas como absolutamente complementarias[168] e imprescindibles en el grueso de los actos defensivos desplegados a lo largo del proceso penal. Por mucho consejo legal que se preste al investigado con carácter previo, por ejemplo, a ser oído, la falta de atención o seguimiento de esas pautas por el sujeto de imputación convertirían las sugerencias en inanes. La misma falta de virtualidad práctica se puede dar si el abogado despliega su actuación a espaldas de su defendido, situación que se produce con frecuencia cuando no se le realizan al sospechoso las preguntas precisas para lograr un conocimiento exhaustivo de los hechos históricos que preceden el litigio, lo que puede llevar a construir la postura defensiva en base a una realidad fáctica que o bien no existe, o que no ha tenido en cuenta elementos capitales.

Muestra de la importancia de la colaboración entre las dos figuras es que la confidencialidad de las comunicaciones abogado – cliente es una exigencia expresamente intrincada en el derecho de defensa, reconocida tanto en el artículo 118[169] como en el 520 LECrim. Aunque la doctrina fundamenta la confidencialidad en el derecho a no declarar contra sí mismo[170], es sin duda también un prepuesto ineludible de una verdadera conjunción abogado – defendido, generadora de sinergias destinadas a la obtención de una mejor posición procesal. Si bien es el abogado el encargado de darle forma técnica a la línea de defensa adecuada atendiendo a la situación actual y previsible de los autos, el propio investigado deberá facilitar el material argumentativo. Si esa comunicación entre ambos sujetos no es certera, confiada, y pausada, se impondría un obstáculo insalvable en el ejercicio del derecho.

La coexistencia de estas dos posiciones no equivale a que su peso sea idéntico, concurriendo una inevitable preponderancia de la defensa técnica sobre la material. En este sentido, RODRÍGUEZ RAMOS refiere que quien hace efectivos los que el autor llama "*derechos específicos de*

[168] SOTO NIETO, F., "*La asistencia de Letrado al detenido o acusado*", *Diario La Ley,* nº 5985, Sección Columna, 29 de marzo de 2004, Año XXV, Ref. D-74, pág. 1.
[169] Aunque la confidencialidad es ínsita al derecho de defensa, las referencias a la confidencialidad abogado-cliente no se introdujeron en la LECrim hasta la modificación operada en virtud de la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, tal y como he indicado en el aptdo. 1.4.3.3.g).
[170] GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "El derecho de defensa y la marca… ob. cit. pág. 324.

defensa"[171] es el letrado, no el justiciable. Esa mayor relevancia del abogado deriva de la propia *ratio* de la existencia de esta profesión: la igualdad de armas. Así, se produciría un grave desequilibrio procesal si el sujeto de imputación tuviera que enfrentarse a un procedimiento en que consten como promotores las respectivas acusaciones públicas y privada, dotadas de alta cualificación técnica. Resulta igualmente ilustrativo sobre la diferente importancia entre defensa técnica y material SOTO NIETO[172]: "*la asistencia letrada puede ser impuesta, pero nunca excluida, mientras que la autodefensa puede ser permitida pero nunca impuesta*".

1.5.1 Defensa material.

Siguiendo a FENECH[173], por defensa material – el autor la denomina defensa genérica – se entiende "*aquella que se realiza por la propia parte por sí mediante actos constituidos por acciones u omisiones, encaminados a hacer prosperar o a impedir que prospere la actuación de la pretensión*". En una línea similar se pronuncia GIMENO SENDRA[174], al calificarla como "*la intervención directa y personal del imputado en el proceso, realizando actividades encaminadas a preservar su libertad: impedir la condena u obtener la mínima sanción posible*".

Se observa, pues, que los dos autores le atribuyen la defensa material al propio sujeto pasivo del proceso, aunque existe igualmente una corriente doctrinal (MUERZA ESPARZA[175]) que, por influencia alemana, y sobre la base del artículo 2 LECrim, señala que el mencionado precepto confiere la defensa material a las autoridades y funcionarios que intervengan en el proceso, pues deben "*consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo, y estarán obligados, a falta de disposición expresa, a instruir a éste de sus derechos y de los recursos que pueda ejercitar mientras no se hallare asistido de defensor*". Por lo tanto, se trataría de una intervención subsidiaria y temporal, pues fenecerá cuando el investigado esté debidamente asistido por letrado. No obstante, la opinión mayoritaria concede el monopolio de la defensa material al sujeto de imputación, recordando que lo que contempla el artículo 2 es una defensa a la actuación de la Ley, no a los intereses de los imputados.

---

[171] RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Reflexiones sobre la limitada vigencia…ob. cit. pág. 62.
[172] SOTO NIETO, F., "La asistencia de Letrado… ob. cit. pág. 1.
[173] FENECH M., *Derecho Procesal Penal*, Barcelona: Labor, 1952, págs. 457-458.
[174] GIMENO SENDRA. V, DIAZ MARTÍNEZ, M., *Derecho Procesal Penal*, Madrid: Colex, 2004, pág. 212.
[175] DE LA OLIVA SANTOS, A. (et.al), *Derecho Procesal Penal*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, pág. 168.

Por lo que respecta a su positivización, aunque es cierto que la autodefensa no consta literalmente en todos los textos legislativos de aplicación, desde luego siempre está implícita en las principales garantías que se reconocen.

La CE, en su artículo 24.2, consigna como dos derechos diferenciados el de la defensa y la asistencia letrada. En esta línea, la STC núm. 258/2007 de 18 diciembre señaló[176], pronunciándose sobre una de las manifestaciones del derecho de defensa material – el derecho a la última palabra – que "*el derecho a la defensa comprende, en este aspecto, no solo la asistencia de Letrado libremente elegido o nombrado de oficio, en otro caso, sino también a defenderse personalmente [arts. 6.3 c) y 14.3 d) del Convenio y del Pacto más arriba reseñados] en la medida en que lo regulen las Leyes procesales de cada país configuradoras del derecho*".

Igualmente, el artículo 118 LECrim reconoce por un lado el derecho del investigado a actuar en el proceso penal para ejercer su derecho de defensa (aptdo. 1.c) y, por otro, el derecho a designar libremente abogado (aptdo. 1.d) o en su defecto a obtener uno de oficio (segundo párrafo del aptdo. 2).

Como señala la STC que he referido *ut supra*, la autodefensa se asume también en los más importantes convenios internacionales, como el artículo 14.3.d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que contiene el derecho a "*defenderse personalmente*", así como el artículo 6.3.d) CEDH, comprensivo, según ya he indicado, del derecho a "*defenderse por sí mismo*".

Tratando de descender a las concreciones de la defensa material, no hay en la Ley Procesal un catálogo cerrado y claro, pudiendo encuadrar en esta categoría cualquier acto procesal desplegado por el propio sujeto pasivo del proceso penal destinado a repeler los argumentos de cargo. No obstante, la STC núm. 29/1995 de 6 de febrero[177], enumeraba las siguientes manifestaciones de la defensa material:

- La proposición verbal de la recusación del juez instructor por parte del procesado privado de libertad en régimen de incomunicación (artículo 58 LECrim);

[176] F.D. 2º.
[177] F.D. 3º.

- La asistencia personal a la diligencia de investigación (artículo 302 LECrim) y, en particular, la posibilidad de formular observaciones en la diligencia de inspección ocular (artículo 333 LECrim) y en las diligencias sobre el «cuerpo del delito» (artículo 336.2 LECrim);

- La posibilidad de nombramiento de peritos (artículos 350.2, 356 y 471.2 LECrim);

- La solicitud de práctica de la diligencia de identificación (artículo 368 LECrim);

- La posibilidad de oponerse personalmente al auto de elevación de la detención a prisión provisional (artículo 501 LECrim);

- La de declarar cuantas veces quiera y cuanto estime pertinente para su defensa a lo largo del sumario (artículos 396 y 400 LECrim).

- La conformidad a la pena solicitada por la acusación (artículos 655 y 793.3.º LECrim);

- El ejercicio a su derecho a la última palabra (artículo 739 LECrim).

Aunque sin duda el anterior listado es exhaustivo, faltarían tres intervenciones personales del investigado o acusado que también deben ser tildadas de autodefensivas: el nombramiento de abogado y, ya en el ámbito de las personas jurídicas, la aprobación e implantación de un modelo de prevención penal, con las exigencias contenidas en el artículo 31 bis CP, y la designación del representante especial cuando son imputadas.

En efecto, posponiendo las explicaciones sobre el representante especial, y la implantación del modelo de prevención penal, para más adelante, la elección del abogado entre la pluralidad de profesionales del derecho que concurren, y los distintos *perfiles* que representan, supone en sí mismo un acto autodefensivo de calado, y que en algunos supuestos puede tener una incidencia relevante para el resultado del pleito. Incluso el mero hecho de no nombrar a ninguno, provocando

la intervención de un letrado adscrito al turno de oficio, es también en determinadas situaciones el resultado de una decisión estratégica.

1.5.2 Defensa técnica.

La importancia de la abogacía se constata atendiendo a su alusión en tres ocasiones en la CE. Así, el artículo 17 reconoce el derecho del detenido a ser asistido por abogado; el 24, también refiere la asistencia letrada como componente del derecho de defensa; y por último el 122 señala a los abogados con más de 15 años de experiencia en el ejercicio de la profesión como posibles miembros del CGPJ, órgano de gobierno del Poder Judicial.

La definición y funciones principales del abogado aparecen recogidas en la LOPJ, en cuyo artículo 542.1 se conceptúa al letrado como "*licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico*".

El aptdo. 2 del precepto destaca sus principales prerrogativas, resaltando la libertad, independencia, buena fe, dignidad, y libertad de expresión y defensa. La más significativa obligación que confiere el precepto de la LOPJ a la abogacía es el secreto. En el ámbito regulatorio resulta igualmente relevante el Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española[178], que amén de la definición de abogado[179], de contenido similar a la incluida en la LOPJ, compila la reglamentación de los Colegios de Abogados, los requisitos de colegiación y el ejercicio de la profesión, los órganos de gobierno de los Colegios y el régimen económico y colegial, el CGAE y, por último, el régimen de responsabilidad de los colegiados.

En España la función del abogado ha estado tradicionalmente ligada a su intervención en procesos judiciales de toda índole, o a su participación en los actos preparatorios de los mismos. No obstante, en una pretendida evolución de la profesión, cada vez está cogiendo más peso en el

[178] En vigor desde el 1 de julio de 2021, derogando el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

[179] Establece el artículo 4.1 del Estatuto General de la Abogacía Española: "*Son profesionales de la Abogacía quienes, estando en posesión del título oficial que habilita para el ejercicio de esta profesión, se encuentran incorporados a un Colegio de la Abogacía en calidad de ejercientes y se dedican de forma profesional al asesoramiento jurídico, a la solución de disputas y a la defensa de derechos e intereses ajenos, tanto públicos como privados, en la vía extrajudicial, judicial o arbitral*".

ejercicio la conocida como abogacía preventiva[180] o auditoria legal[181] a la que prestaré mucha atención en este trabajo. Desde la perspectiva de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el abogado podrá coadyuvar al resultado satisfactorio del hipotético proceso penal en que se vea involucrado el sujeto colectivo desde incluso antes de su misma iniciación, lo que permite al letrado aplicar su esfuerzo y conocimientos en momentos de la vida empresarial no directamente ligados, aún, con la pendencia de un proceso. Esta tipología de intervención no es contraria a las afirmaciones realizadas en anteriores aptdos., en particular en cuanto al momento de nacimiento del derecho de defensa. Sin perjuicio de que esta prerrogativa constitucional nazca oficialmente con la imputación, oficiosamente la intervención letrada en defensa de los intereses corporativos debe empezar mucho antes. Así, señala MORENO CATENA[182] que "*La actividad del abogado en relación con su patrocinado puede haberse desarrollado extrajudicialmente, antes de iniciarse el procedimiento penal, e incluso en un momento anterior al inicio de las actuaciones policiales para sentar las bases del futuro ejercicio del derecho a la defensa en el marco del venidero proceso. En este sentido tales actividades de relación entre los que serán formalmente, defensor y defendido, pero que de facto habían adoptado esta posición tiempo atrás, han de calificarse como defensivas*".

Una vez latente el proceso, la asistencia letrada, en el grueso[183] de los procedimientos criminales, resulta irrenunciable, pues como ha tenido oportunidad de destacar la ya manida STC núm. 29/1995 de 6 de febrero, dictada con ocasión de una demanda de amparo en que el actor solicitaba defenderse por sí mismo, la intervención del abogado, además de una garantía en beneficio del investigado, pretende asegurar también el "*correcto desenvolvimiento del proceso*".

La relación abogado – cliente es en ocasiones caldo de cultivo de conflictos sobre la línea de defensa a entablar, situación que se ve agravada en aquellos supuestos en que la designación no viene precedida de una relación de confianza del defendido hacia su defensor, sino que deriva de

[180] https://www.abogacia.es/2018/03/22/jose-maria-alonso-la-abogacia-preventiva-puede-evitar-un-gran-numero-de-problemas-legales-sociales-y-economicos/ (última visita 17/11/19).
[181] EUGENIO SORIANO, J., "Economía de una profesión libre: tarifas y mercados" en MUÑOZ MACHADO, S., (Dir.), *Historia de la Abogacía Española*, Vol II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, págs. 1705-1739, pág. 1728.
[182] MORENO CATENA, V, "La defensa en el proceso… ob. cit. pág. 76.
[183] Actualmente, las únicas excepciones son el procedimiento para el juicio sobre delitos leves que lleven aparejada pena de multa cuyo límite máximo sea de al menos seis meses (artículo 967.1, segundo párrafo LECrim) así como la renuncia a la asistencia letrada ante hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico (artículo 520.8 LECrim).

un nombramiento *cuasi* administrativo por el turno de oficio. Aunque cómo resolver las disparidades de criterio entre defensor y defendido dependerá de la concreta casuística, el hecho de que sea el abogado quien ostente los conocimientos jurídicos necesarios y, además, que esté dotado de cierta prevalencia respecto a la defensa material del sujeto de imputación, no puede hacer perder de vista que, como indica MORENO CATENA[184], el derecho de defensa es inviolable, lo que implica "*que el dominus ha de ser exclusivamente el acusado, quien no puede ser despojado de su derecho de defensa ni siquiera en favor del abogado; éste ha de encontrarse necesariamente subordinado a su defendido, con las solas funciones profesionales de colaboración y apoyo técnicos*". Aunando esto con la necesaria libertad e independencia en el ejercicio de la profesión debe concluirse que, en aquellos casos en que las líneas de defensa planteadas entre el letrado y el investigado resulten antagónicas o incluso meramente incompatibles, de acuerdo con el artículo 12 del Código Deontológico de la Abogacía Española[185], el abogado debe cesar en el desempeño de la intervención por pérdida de confianza.

Por lo que respecta al objetivo de la asistencia letrada, difiere en atención al momento en que se requiera su intervención. Si esta se produce con carácter anterior al proceso, y no con ocasión de su pendencia, su finalidad será precisamente la evitación de su incoación. Si, por el contrario, el abogado comienza su intervención con el litigio iniciado, los objetivos son principalmente el aseguramiento de las garantías que le asisten en su condición de parte pasiva del procedimiento –cuando se trata de personas físicas, con el fin último de salvaguardar su libertad –, la aportación del necesario consejo legal e, incluso, la asistencia de carácter moral[186].

Sentado esto, concretar las funciones que desarrollará el abogado dependerá de infinitos factores y, en particular, como indica la STC núm. 339/2005, de 20 diciembre[187] "*del estadio en que se encuentre el procedimiento*".

---

[184] MORENO CATENA, V., "Algunos problemas del derecho de defensa" en AA.VV. *La reforma del proceso penal: II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1989, pág. 449-469, págs. 459-460. En apoyo de este criterio, el autor señala ("El derecho de defensa… ob. cit. pág. 163) que "*por su formulación normativa (asistencia) la actuación del defensor no puede entrar en colisión con la voluntad del defendido, ya que el abogado que asume la defensa es un «alter ego» procesal, algo así como el oído y la boca jurídica de la persona a la que asiste*".

[185] Aprobado por el Pleno del CGAE el 6 de marzo de 2019.

[186] SÁNCHEZ GÓMEZ, R., "El derecho a la asistencia y defensa letrada en el marco del proceso penal", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8/2018, pág. 2.

[187] F.D. 4º.

Trataré clarificar en los siguientes capítulos el papel del defensor técnico *ex ante* del proceso frente a las personas jurídicas, y ya durante el mismo.

CAPÍTULO 2. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. TOMA DE POSTURA SUSTANTIVA Y SU RELEVANCIA PROCESAL.

2.1 Planteamiento.

Como corresponde ante cambios de rumbo tan paradigmáticos, la instauración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el año 2010[188] se erigió en acicate para el debate doctrinal.

No se trataba de una discusión nueva[189] aunque sí quizá abandonada[190], acometiéndose la implantación de la responsabilidad criminal corporativa sin la concurrencia de una opinión mayoritariamente aceptada[191].

Muestra de la falta de consenso es que ni tan siquiera se logró un acuerdo sobre si de veras la Ley 5/2010 introdujo una novedad o, en realidad, el axioma *societas delinquere non potest* ya había quedado abolido en virtud del artículo 129 CP, del que según algunos autores se derivaba una "*responsabilidad criminal directa"*[192]. No obstante, aunque se asumiera como cierto que las consecuencias accesorias eran verdaderas penas, la *praxis* había demostrado una utilización residual del precepto[193], por lo que difícilmente podría servir para los fines preventivos que sí se adivinan en la reforma de 2010.

[188] Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP.
[189] Por poner un ejemplo de la discusión académica surgida hace ya décadas, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "Convivencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional societas delinquere non potest", *Cuadernos de política criminal,* nº 11, 1980, págs. 67-88.
[190] Así lo afirman DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., "Una iniciativa fructífera" en DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (Dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, págs. 21-29, pág. 21.
[191] GÓMEZ COLOMER, J.L., "Introducción: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el control de su actividad: Estructura jurídica general en el Derecho Procesal Penal español y cultura de cumplimiento (*Compliance Programs*)" en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 25-63, pág. 25.
[192] ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pág. 42. Sobre la aplicabilidad actual del artículo 129 CP vid. ECHARRI CASI, F.J., "La problemática aplicación del artículo 129 CP en la actualidad", en ORTEGA BURGOS, E., (Dir.), *Derecho Penal 2020,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, págs. 381-411.
[193] Principalmente aplicado en delitos de terrorismo, sirviendo de ejemplo el Auto del Juzgado Central de Instrucción de la AN nº5, de 4 de mayo de 2006, o la STS núm. 480/2009 de 22 mayo.

En todo caso, más allá de discusiones académicas, desde la perspectiva de la voluntad legislativa resulta indubitada la intención de posicionar a las personas jurídicas como sujetos pasivos del proceso penal, por distintos motivos[194]:

1. Hasta[195] la entrada en vigor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, uno de los problemas principales en el enjuiciamiento de los delitos cometidos en el seno de las empresas era, precisamente, la dificultad de imputación objetiva del ilícito a la persona física autora, generando con ello la ineficacia del proceso penal[196]. Por lo tanto, partiendo de un punto de vista procedimental, la instauración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas está movida por un patente utilitarismo procesal[197].

[194] Más exhaustivamente sobre los fundamentos (políticos, de la imputación jurídico – penal, y teóricos) de la reforma, vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en BAJO FERNÁNDEZ, M; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal,* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016, págs. 89-119.

[195] Aunque el problema no ha sido completamente superado, el artículo 31 ter CP lo ha atenuado.

[196] ARANGÜENA FANEGO, C., "Responsabilidad penal de la persona jurídica y medidas cautelares personales", *Revista de Derecho Empresarial*, San José, Costa Rica, nº. 2, octubre 2014, págs. 83-115, pág. 86: "*es indudable que en la reforma de 2010 pesó también de manera decisiva la necesidad de incrementar la eficacia del proceso penal, tratando de poner fin a la insatisfactoria situación que con frecuencia se produce cuando, tras su apertura para investigar un delito cometido en el seno de la empresa, finalmente no es posible llegar a atribuir la responsabilidad penal a ninguna persona física, o bien aquella contra la que se ha dirigido la acción penal no acaba siendo condenada, pues en la misma no concurren todos los elementos del tipo penal que se pretende aplicar*". En el mismo sentido, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., "La obligada reforma del sistema penal español para implantar un modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas", *Revista General de Derecho Procesal* nº 24, 2011, pág. 5. Por su parte, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., "Adecuación del proceso penal español a la fijación legal de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas", *Revista Penal* nº 35, 2015, págs. 139-172, págs. 144-145*,* señala que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es "*una realidad jurídica por necesidades fácticas: ante la incapacidad del Derecho Penal clásico de dar respuesta a todos los conflictos sociales con los que nos confrontamos en la actualidad cuando los hechos no son imputables a la acción de una persona física ha llevado a que los países de manera individualizada, y a los organismos internacionales tratando de incentivar la cooperación policial y judicial entre sus signatarios, a utilizar la responsabilidad penal de las personas jurídicas como una técnica represiva inmediata y preventivo más a medio y largo plazo, para lo cual, primero, las castiga por los actos realizados por las personas que ocupan una posición directiva o de representación en el seno de la persona jurídica, y también por los cometidos por los sujetos sometidos a su autoridad a consecuencia de la falta de vigilancia o control por parte de esos quienes tienen posiciones de mando o dirección, tratando con ello de estimular a la fuerza el establecimiento de programas de cumplimiento*".

[197] En esta línea, NIETO MARTÍN, A., "Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal." *Diario La Ley*, nº 8120, Sección Doctrina, 5 de Julio de 2013, Año XXXIV, Ref. D-247, pág. 2 señala: "*Como puede apreciarse, el coste de la investigación de los delitos económicos, que en su mayoría son delitos sin víctimas, se producen en el seno de organizaciones y con cada vez más frecuencia tienen carácter transnacional, es considerablemente alto. Por esta razón, la política criminal contemporánea ha ideado una serie de estrategias para incrementar la eficacia y, por tanto, disminuir los costes en la adquisición de información*." Por ello, concluye el autor "*La responsabilidad penal de las personas jurídicas atiende, entre otras razones, a reducir los costes en la adquisición de información*".

2. La reforma resultaba necesaria para combatir algunos de los obstaculos derivados de lo que se ha conocido como *sociedad de riesgo*[198]*,* en la que las corporaciones aparecen como protagonistas de la actividad económica, en detrimento de las personas físicas[199]. Señala ZUGALDÍA ESPINAR[200] que las empresas casi monopolizan la criminalidad económica organizada[201], lo que, según el autor, debe provocar que "*la antinomia que existe entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela penal de nuevos intereses debe resolverse decididamente dando acogida a las nuevas formas de delincuencia"*[202]. De este modo, aboga por adaptar las categorías culturales y dogmáticas a esta nueva realidad, reconociendo "*una nueva especialidad del Derecho Penal (el Derecho Penal de las personas jurídicas, vinculado al Derecho Penal Económico en el sentido amplio en el que lo concibe Tiedemann) para el que se llevaría a cabo una ampliación del sujeto del Derecho Penal"*[203].

3. El propio *prelegislador*[204] se ha pronunciado señalando como motivos de la reforma la consolidación de los fines preventivo-generales, para combatir la *irresponsabilidad organizada*[205] que se produce principalmente en el marco de las grandes empresas, y las consiguientes *estrategias de neutralización* que, como recordaba el otrora Ministro de

[198] MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo,* Madrid: Civitas, 2001, págs. 25-34, refiere como rasgos característicos de la sociedad de riesgo el cambio en el potencial de los peligros actuales en relación con los de otras épocas, la complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad, y la sensación de inseguridad subjetiva.

[199] RODRÍGUEZ GARCÍA, N., GABRIEL ORSI, O., "Las investigaciones defensivas en el compliance penal corporativo", en RODRÍGUEZ GARCÍA, N., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., (Eds.), *"Compliance" y responsabilidad de las personas jurídicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, págs. 293-389, pág. 298, apuntan que "*la regulación penal constituye una expresión acabada del paradigma de la sociedad de riesgo, con la persona jurídica como uno de sus factores. Riesgo que se asume como socialmente tolerado, siempre que el ente se organice para mantener su actividad dentro del margen legalmente permitido*".

[200] ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos (Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pág. 13.

[201] En un sentido similar, la Circular 1/2011 de la FGE hace alusión (pág. 4) a un estudio del Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht (Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional) según el cual "*entre los años 1974 y 1985, más del 80 % de los delitos susceptibles de ser encuadrados en lo que se ha dado en llamar el Derecho Penal Económico se cometían a través de empresas*".

[202] ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de las personas… ob. cit. pág. 14.

[203] ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de las personas… ob. cit. pág. 15.

[204] CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., "Prólogo" en DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, págs. 13-20.

[205] A ella se refiere *in extenso* SCHÜNEMANN, B., *"*Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación*", Anuario de Derecho Penal y ciencias penales,* Tomo 55, Fasc/Mes 1, 2002, págs. 9-38, pág. 16.

> Justicia, surgen en los ámbitos empresariales, y generan en el autor material cierta sensación de impunidad por ser su actuación moralmente irreprochable desde la perspectiva de la empresa que se ve beneficiada de ese ilícito. Por ello, dice CAAMAÑO DOMINGUEZ que la reforma tiene un doble objetivo: "*la evitación de la irresponsabilidad organizada y el fomento de la instauración de una cultura corporativa respetuosa de la legalidad"*[206].

Sea como fuere, antes del estudio de las distintas posiciones doctrinales relativas a qué régimen de responsabilidad penal de los entes colectivos se ha implantado, y sus derivaciones forenses (en ello se centra este capítulo) debe consignarse que cualquier trabajo al respecto tiene que partir, como corresponde ante novedades en el ámbito penal, de una visión práctica del Derecho, que escape de radicalismos dogmáticos y de traslaciones acríticas de la teoría jurídica del delito – ideada para las personas físicas – a las jurídicas. La responsabilidad penal empresarial resulta apropiada para aumentar la efectividad en la evitación y persecución de ilícitos criminales – al menos desde la perspectiva estatal, pues traslada parcialmente su carga a las empresas –, de lo que es fácil colegir que ha llegado para quedarse[207].

2.2 Sistemas de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Heterorresponsabilidad o autorresponsabilidad.

Con carácter esquemático señalaré los aspectos más destacados de ambos modelos de imputación, aunque ello suponga incurrir en cierto simplismo pues, dentro de las dos posturas que trataré hay, a su vez, diferentes matices que requerirían una tesis que monopolizara su análisis.

[206] CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., "Prólogo…" ob. cit. pág. 19.

[207] GÓMEZ TOMILLO, M., "Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho Penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español", *Revista jurídica de Castilla y León* n.º 25, septiembre 2011, págs. 43-84, pág. 45, señala, sobre la base de la experiencia de otros países como Estados Unidos, con una tradición en responsabilidad penal de las personas jurídicas de más de cien años, que el cambio es definitivo. GÓMEZ COLOMER, J.L., "Introducción: La responsabilidad penal… ob. cit. pág. 31, refiere la responsabilidad penal de las personas jurídicas como la "*cruda realidad*". Por su parte, GALÁN MUÑOZ, A., "La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la lo 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad", *Revista General de Derecho Penal* nº16, 2011, pág. 15, destaca las palabras del legislador suizo cuando implantó la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y que confesaba que a la hora de "*regular adecuadamente una situación que se reconoce como problemática, no es la dogmática, sino la voluntad del legislador la que decide si dicha regulación resulta permitida"*.

2.2.1 Heterorresponsabilidad.

Con origen en Estados Unidos[208], el sistema de heterorrresponsabilidad tiene como principal rasgo la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por transferencia de la persona física (directivo o empleado) que haya cometido el ilícito.

Para la apreciación de la responsabilidad criminal de la entidad deben concurrir dos presupuestos, que permiten conectar el delito de la persona física con la corporación: (i) que la conducta criminal se haya ejecutado por un empleado o directivo de la corporación y; (ii) que se realizara en el ejercicio de sus atribuciones organizativas, y con la intención de beneficiar a la empresa.

En la práctica, este modelo niega la existencia de un injusto propio de la persona jurídica[209], si bien acepta que, en determinados supuestos, cuando queda constatado que el hecho delictivo cometido por la persona física está relacionado con el desempeño de esta para la entidad, se le atribuya responsabilidad al ente colectivo, sin que pueda hablarse propiamente de una acción u omisión de la corporación.

Desde una perspectiva constitucional, la principal crítica a este modelo es que "*viola el principio de responsabilidad por hecho propio"*[210] pues, como apunta GALÁN MUÑOZ, en realidad prescinde del principio de culpabilidad para hacer responder a la entidad, objetivamente, por un hecho cometido por un tercero[211]. Por lo anterior, parte de la doctrina defiende que este modelo no resulta "*idóneo para motivar que las empresas prevengan, detecten y sancionen los hechos delictivos que se realizan en su interior"*[212].

---

[208] Extensamente sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Estados Unidos, vid. VILLEGAS GARCÍA, M.A., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de los Estados Unidos,* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016.

[209] GÓMEZ TOMILLO, M., "Imputación objetiva y culpabilidad… ob. cit. pág. 66, señala que "*desde nuestra perspectiva la tipicidad en el caso de delitos de personas jurídicas consiste en la realización de un hecho objetivamente típico por parte de un sujeto físico, el cual se imputa a la organización, no en la existencia de un defecto de organización que por sí mismo no explica tal imputación. Lo decisivo es que el hecho en cuestión, lesivo o peligroso para los bienes jurídicos, aparezca externamente como un hecho de empresa, con independencia de que proceda o no de un defecto organizativo*".

[210] NIETO MARTÍN, A., "Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas" en NIETO MARTÍN, A., (Dir.)*, Manual de Cumplimiento Penal de la empresa,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, págs. 49-109, pág. 69.

[211] GALÁN MUÑOZ, A., "La responsabilidad penal de la persona jurídica… ob. cit. pág. 2.

[212] NIETO MARTÍN, A., "Cumplimiento normativo, criminología y… ob. cit. pág. 69.

Aun siendo ciertas las reticencias señaladas en el anterior párrafo, la propia literalidad del artículo 31 bis CP (tanto en su redacción del 2010, como tras la reforma de 2015) abona la ubicación del sistema español en el modelo vicarial. La dicción no indica que sea la persona jurídica quien cometa el delito, sino que se limita a convertirla en "*penalmente responsables de los delitos cometidos por…*". Sobre la base de lo antedicho, según esta corriente[213] habría una imputación normativa[214] (no objetiva) a la persona jurídica de un hecho de referencia que ha sido ejecutado por una persona física (directivo o subordinado) intrincada en su estructura empresarial.

Más allá de la doctrina científica, la principal defensora en España de este sistema de imputación es la FGE, que sintetizó su posición en la Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del CP efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010. Concretamente, indicaba[215] que "*el legislador español dibuja un sistema de heterorresponsabilidad penal o de responsabilidad de las personas jurídicas de naturaleza indirecta o subsiguiente, en la medida en que se hace responder a la corporación de los delitos cometidos por las personas físicas a las que el precepto se refiere*". Por lo tanto, dice la Circular[216], no cabe una imputación directa de los hechos delictivos a la persona jurídica, sino que se establece una atribución normativa mediante la que se hace responsable a la entidad de las conductas criminales de las personas físicas que la componen. Supone – concluye la Circular[217] – un sistema vicarial o de transferencia. Consciente de la incompatibilidad de la responsabilidad vicarial con el principio de culpabilidad que rige en nuestro ordenamiento punitivo, señala la el texto de la FGE[218] que "*la corporación solo resultará comprometida si la infracción se produjo en las especificas circunstancias y por quienes establece el legislador, actuando estas variables a modo de filtros*

[213] Por referir algunos autores a los que se enmarca en esta opinión, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Dir.), MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coord.), *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pág. 581; ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pág. 238; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada", en MUÑOZ CONDE, F., (Dir.), LORENZO SALGADO, J.M., (Dir.), FERRÉ OLIVÉ, J.C., (Dir.), CORTÉS BECHIARELLI, E., (Dir.), NUÑEZ PAZ, M.A., (Dir.), *Un Derecho Penal comprometido: Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, págs. 1153-1181, pág. 1171.

[214] GÓMEZ TOMILLO, M., "Imputación objetiva y culpabilidad… ob. cit. pág. 48 señala que la imputación "*al ser las personas jurídicas entes artificiales de carácter instrumental, ha de tener un carácter normativo, valorativo, el cual no es susceptible de ser precisado matemáticamente*".

[215] Pág. 30.

[216] Pág. 32.

[217] Pág. 33.

[218] Págs. 33-34.

que, por otra parte, evitan incurrir en el automatismo de una responsabilidad puramente objetiva". Es decir, indirectamente se refiere la Circular a la necesaria concurrencia de un hecho de conexión que permita entender la conducta criminal de la persona física como propia de la persona jurídica.

A pesar de la nueva redacción dada al articulado regulatorio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por dicha Ley Orgánica, la FGE ratificó su criterio en la Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del CP efectuada por Ley Orgánica 1/2015. Apunta el Ministerio Fiscal que el modelo de atribución de la responsabilidad penal continuaba estando encuadrado dentro de los sistemas vicariales[219], definidos por la Circular como aquellos en que la responsabilidad "*se manifiesta a través de la actuación de una persona física que la compromete con su previa actuación delictiva, siempre que se evidencie un hecho de conexión pues, de otro modo, la responsabilidad de la persona jurídica devendría inconstitucionalmente objetiva. Es la responsabilidad por transferencia, indirecta, derivada, vicarial o por representación*". Por lo tanto, refrenda la FGE su posición, rechazando incluso que quepa acudir a los modelos mixtos, en virtud de los cuales habría responsabilidad por transferencia, cuando el ilícito sea cometido por sujetos apicales, y de culpabilidad autónoma cuando se efectúe por subordinados.

Aunque no me cabe duda de que en la posición de la FGE subyace un *creencia real* sobre que el modelo vicarial es el efectivamente instaurado por el legislador, se vislumbran también motivos prácticos: las dificultades acusatorias intrínsecas a un sistema de autorresponsabilidad, con un injusto propio de la persona jurídica que deberá ser acreditado por la acusación, son sustancialmente mayores que las surgidas del modelo vicarial, en el que la acusación se limitaría a probar el hecho de referencia, cometido por el autor material, siendo carga de la defensa corporativa probar el debido control de su actividad[220].

---

[219] Pág. 4.

[220] Esta cuestión, de carácter probatorio, y que será tratada más exhaustivamente en el capítulo 6 de este trabajo, deriva de la ubicación del injusto típico de las personas jurídicas en los dos sistemas de atribución en estudio. En el caso de la heterorresponsabilidad, el defecto organizativo sería la circunstancia culpabilística que justificaría el reproche. En la autorreponsabilidad, elemento del tipo. GÓMEZ TOMILLO, M., "Imputación objetiva y culpabilidad… ob. cit. pág. 61, indica que "*Si se sostiene el primer punto de vista - es decir, que es un elemento del tipo - como todos los elementos del tipo debe acreditarse por la acusación y justificarse razonadamente en sentencia su concurrencia. Por*

2.2.2 Autorresponsabilidad.

Con GÓMEZ-JARA DÍEZ[221], NIETO MARTÍN[222] y FEIJOO SÁNCHEZ[223] como principales defensores del modelo, y pese a los matices de las distintas posturas que propugnan, todas tienen en común "*que la persona jurídica podrá y tendrá que responder cuando se constate que fue su defectuosa organización y/o funcionamiento, la que permitió o favoreció la comisión del delito cometido por una o varias de las personas físicas que actuaban en su seno"*[224].

Como señala BUSATO[225] en síntesis de este sistema de atribución, su sustento reside en la consideración de la persona jurídica como sujeto autorreferencial[226] al que, como tal, se le puede estimular a través de la imposición de penas. Con base en ello "*las personas solo son responsables por su misma estructura organizacional, por la forma con que reaccionan a las irritaciones del sistema"*[227].

De este modo, los elementos precisos para la declaración de responsabilidad del ente serían[228]: (i) la existencia de una organización defectuosa, generadora de riesgos superiores a los permitidos

---

el contrario, si se estima que es un elemento de la culpabilidad, cabe presumirlo, con carácter iuris tantum. Por consiguiente, en éste último caso incumbiría al acusado probar que los hechos acaecieron pese a que se desplegó el debido control sobre el trabajador".

[221] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid: Marcial Pons, 2005.

[222] NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.

[223] FEIJOO SÁNCHEZ, B., *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas,* Madrid*:* Civitas, 2015.

[224] GALÁN MUÑOZ, A., "La responsabilidad penal de la persona jurídica… ob. cit. pág. 10.

[225] BUSATO, P. C., *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pág. 86.

[226] La autorrefencialidad de las personas jurídicas es un concepto de alta complejidad. En este sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weezel", *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, Nº10, 2010, págs. 455-475, pág. 456, señala, con referencia al trabajo de Gunther Teubner, que en el sujeto colectivo se produce "*una acumulación de círculos autorreferenciales en el ámbito empresarial hasta llegar al encadenamiento hipercíclico de los mismos, momento en el cual emerge verdaderamente el actor corporativo (corporate actor) como sistema autopoiético de orden superior"*. No obstante, como aclara el mismo autor (pág. 457) "*lo decisivo en el marco de esta discusión es que tanto el sistema psíquico como el sistema organizativo deben desarrollar una determinada complejidad interna suficiente para poder ser consideradas personas en Derecho Penal. Así, la complejidad interna suficiente es un presupuesto para el desarrollo de una autorreferencialidad bastante que permita la autodeterminación del propio sistema con respecto al entorno, cuestión decisiva para el nacimiento de la responsabilidad penal"* En definitiva, para GÓMEZ-JARA DÍEZ (no así para nuestro legislador) las empresas de pequeñas y medinas dimensiones deberían quedar extramuros del sistema de responsabilidad penal, por no gozar de una complejidad suficiente como para poder ser sujetos autorreferenciales.

[227] BUSATO, P. C., "Tres tesis sobre la responsabilidad… ob. cit. pág. 87.

[228] BUSATO, P. C., "Tres tesis sobre la responsabilidad… ob. cit. pág. 87.

que hayan concluido en el resultado lesivo; (ii) la concurrencia de una actuación en nombre o por cuenta de la entidad; y (iii) la obtención de algún provecho para la corporación.

Aunque la exigencia de un injusto propio de la persona jurídica asimila la autorresponsabilidad a las categorías mentales y dogmáticas creadas por el tradicional modelo antropocéntrico que rige el sistema punitivo clásico, no está exento de incertidumbres y críticas.

Subraya GALÁN MUÑOZ[229] la dificultosa determinación de en qué casos se puede entender colmado el defecto organizativo suficiente para generar responsabilidad penal. Se trata, en definitiva, de fijar dónde está el nivel de cautela exigible a la persona jurídica. Además, como segunda *falla* del modelo, refiere GALÁN MUÑOZ[230] que la pena impuesta a las personas jurídicas no descansaría realmente en la cualidad y entidad de ese defecto organizativo, sino en la comisión de un delito por la persona física, y la gravedad del mismo. Tal es así que para BUSATO, estos sistemas no son auténticos modelos de autorresponsabilidad, pues considera que "*la propuesta del defecto en la organización que van desde sus fundamentos teóricos de base hasta la admisión de una válvula de salida a través de los programas de cumplimiento, ya de inicio, se percibe que se trata de un sistema de heteroresponsabilidad con flagrante violación del principio de culpabilidad, imputando responsabilidad penal por hecho ajeno"*[231].

Estas son, muy *grosso modo*, las opciones para la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Analizaré a continuación la adoptada en España.

2.3 Teoría jurídica del delito y el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en España: el defecto organizativo como elemento del injusto.

2.3.1 Introducción.

Para la solución de la polémica expuesta, y desde la visión pragmática que, insisto, debe presidir su tratamiento, basta acudir a lo aseverado por el legislador en el preámbulo de la Ley Orgánica

[229] GALÁN MUÑOZ, A., "La responsabilidad penal de la persona jurídica… ob. cit. pág. 11.
[230] GALÁN MUÑOZ, A., "La responsabilidad penal de la persona jurídica… ob. cit. pág. 13.
[231] BUSATO, P. C., "Tres tesis sobre la responsabilidad… ob. cit. pág. 88. Según este autor, para que *verdaderamente* pudiera hablarse de autorresponsabilidad, debería partirse de la concepción significativa de la acción, identificando (pág. 103) "*la acción como expresión de sentido realizada por la misma persona jurídica; es posible comprender el resultado antijurídico como expresión de sentido de la misma actividad de la persona jurídica y es posible atribuir dolo a la persona jurídica*".

1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP. Así, señala el aptdo. III que la reforma tiene como objetivo mejorar técnicamente la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, perfilando mejor el *"«debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal.*" Tras lo cual, afirma: "*Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial (…)*".

La discusión, pues, *ha quedado resuelta*.

Dicho esto, apuntaré esquemáticamente los elementos de la teoría del delito de acuerdo con el sistema de autorresponsabilidad implantado en España.

2.3.2 La acción de las personas jurídicas.

Según un amplio sector doctrinal, ubicado en el modelo de heterorresponsabilidad, las personas jurídicas carecerían de capacidad de acción[232]. No obstante, como confiesa GÓMEZ TOMILLO, la asunción por el legislador español de una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas les otorga inequívocamente capacidad de acción "*como sustrato, como requisito previo para la existencia del delito mismo"*[233]. GÓMEZ TOMILLO se inclina por explicar la acción de las personas jurídicas desde la construcción de ROXIN[234], que la define como "*manifestación de la personalidad*".

[232] LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pág. 41. Explicando con enorme nitidez esta postura, dice GRACIA MARTÍN, L., "Analogía y naturaleza de la cosa: la imposible e inconcebible responsabilidad penal y sancionatoria de la persona jurídica", en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., (Coord.) *Persuadir y razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo II, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2018, págs. 209-240, pág. 225, que "*en el sustrato real de la persona jurídica (…) no se puede encontrar nada – porque no lo hay – que se parezca ni en una mínima partícula a la acción y a la culpabilidad, y así ha quedado contestado aquella pregunta inicial correcta precisamente en el sentido de que no se pueden encontrar, porque no existen, ningún concepto de acción ni de culpabilidad válidos para la persona jurídica, y en consecuencia – lógicamente – que absolutamente nada de lo que puedan imponerse a ella podrá tener naturaleza de una pena ni sanción en sentido estricto*". Más adelante (pág. 232) dice el autor en cita: "*En definitiva, tiene que estar fuera de toda duda que para que un sistema de responsabilidad de la persona jurídica pueda ser de carácter y naturaleza precisamente penales y poder llamarlo así propiamente, tendrá que ser análogo al de la teoría del delito del ser humano individual, ya sea que se lo llame expresamente así – análogo – o que se lo denomine paralelo o funcionalmente equivalente. Pero esto precisamente, construir una teoría del delito de la persona jurídica análoga a la del individuo, es lo que resulta absolutamente imposible en el plano axiológico material*".
[233] GÓMEZ TOMILLO, M., "Introducción a la Responsabilidad Penal… ob. cit. pág. 65.
[234] ROXIN, C., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1998, pág. 42.

La explicación más extendida entre los autores que asumen sin tapujos la capacidad de acción de los sujetos colectivos es la de GÓMEZ-JARA DÍEZ. El autor, parte de que "*determinadas organizaciones empresariales alcanzan un nivel de complejidad tal que – al igual que ocurre con la psique del ser humano – comienzan a mostrar caracteres propios de autorreferencialidad, autoconducción y autodeterminación*", lo cual provoca que se "*responsabilice a la empresa por las consecuencias que se derivan del ejercicio de su libertad organizativa"*[235]. Sobre esta premisa, dice GÓMEZ-JARA DÍEZ que "*al igual que la persona física tiene una capacidad de acción que constituye la base sobre la que se construye el edificio de su responsabilidad, la persona jurídica tiene su capacidad de organización que debe servir al mismo propósito*"[236]. En definitiva, para el autor – y así se asume en este trabajo – la acción de la persona jurídica es su capacidad de organización, que en el caso de ser ejercitada indebidamente colmaría el injusto propio del sujeto colectivo.

2.3.3 El injusto objetivo de las personas jurídicas.

Señala GÓMEZ-JARA DÍEZ, concitando también la postura de BAJO FERNÁNDEZ y FEIJOO SÁNCHEZ, que "*el injusto propio de la persona jurídica viene dado por el defecto de organización de la persona jurídica"*[237]. Por lo tanto, y de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva[238] el primer aspecto a determinar en el proceso penal frente a las personas jurídicas sería si se "*ha generado un riesgo por encima de lo permitido*" y, en segundo término "*deberá acreditarse que ese riesgo no permitido es el que se ha realizado en el resultado lesivo concreto*".

Con mayor detalle sobre el injusto propio de las personas jurídicas, FEIJOO SÁNCHEZ lo califica como "*un defecto institucional y estructural que tiene que ver con que la organización ha de velar por su cumplimiento del Derecho"*[239], lo cual comporta que se debe afianzar la observancia de las

[235] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Fundamentos de la responsabilidad penal… ob. cit. pág. 104.
[236] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Fundamentos de la responsabilidad penal… ob. cit. pág. 104.
[237] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)" en BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C*., Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal,* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016, págs. 121-142, pág. 126.
[238] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "El injusto típico de la persona jurídica… ob. cit. pág. 127. En el mismo sentido, NIETO MARTÍN, A., "Cumplimiento normativo, criminología y… ob. cit. pág. 81, señala que, si se asume la autorresponsabilidad corporativa, su enjuiciamiento exige "*averiguar si el delito es expresión del riesgo que pone de manifiesto el defecto de organización*".
[239] FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el CP… ob. cit. pág. 66.

"*condiciones estructurales que permiten asegurar el cumplimiento de la legalidad*". Por estos motivos, apunta FEIJOO SÁNCHEZ que la exención de responsabilidad estará sustentada en los elementos estructurales, lo que requiere la "*institucionalización del sistema de cumplimiento"*[240].

FEIJOO SÁNCHEZ resume su doctrina indicando[241]: delito corporativo = conducta antijurídica persona física + déficit grave de control, vigilancia y supervisión por parte de terceras personas + defecto estructural. Sobre esta construcción, señala el autor que los presupuestos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas son:

a) "*Una acción típica y antijurídica de una persona física que tenga una relación funcional con la persona jurídica siempre que de la acción delictiva deriven efectos beneficiosos para la entidad. A la persona jurídica la responsabilidad le llega siempre a través del injusto de la persona física.*

b) Una infracción grave de deberes de supervisión, vigilancia y control cuyo cumplimiento hubiera podido evitar el delito con una probabilidad rayana en la certeza. En el caso de empleados dichos deberes corresponden a los superiores jerárquicos con capacidades importantes de decisión y gestión. En el caso de que el delito sea cometido por éstos, será relevante la creación de una estructura de vigilancia y de la legalidad de sus decisiones. Por ejemplo estableciendo un órgano de cumplimiento que realice funciones de Consejo u Órgano de vigilancia o Comisión de Control del Consejo de Administración.

c) *Un defecto organizativo-estructural relacionado con políticas o programas de cumplimiento de la legalidad*[242]*. En caso de que se den los dos presupuestos anteriores, la responsabilidad penal de la persona jurídica se puede ver en todo caso excluida*

[240] FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el CP… ob. cit. pág. 71.
[241] FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el CP… ob. cit. págs. 80 y siguientes.
[242] Difiero en este punto de la posición de FEIJOO SÁNCHEZ, que en la práctica equipara la ausencia del modelo de prevención penal como un elemento típico de los previstos en el artículo 31 bis CP. En mi opinión, la concurrencia de un *compliance program* idóneo y eficaz, y debidamente institucionalizado, no permite descartar que en el caso concreto enjuiciado no exista tal defecto de organización, sino que excluye la culpabilidad de la empresa, esto es, supone una eximente o, en su caso, si solo es atestiguado parcialmente con el resto de requisitos de los aptdos. 2 y 4 del artículo 31 bis CP (según qué puesto ocupe la persona física que ha cometido el ilícito) provocará la atenuación de la responsabilidad penal.

siempre que se hayan implantado estructuras o un sistema eficaz de cumplimiento de la legalidad en la organización de la que la persona jurídica es titular".

Esta es también la visión asumida por el TS en sus primeros pronunciamientos sobre la materia.

La STS núm. 154/2016 de 29 de febrero[243], señala[244] que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa "*en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización*", aclarando en ese mismo fundamento que "*la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción*". Como resulta notorio, esta sentencia supuso la constatación palmaria de las posturas doctrinales diametralmente opuestas relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al contener un voto particular[245] concurrente de siete de los quince magistrados que componían la Sala. Defiende esta posición minoritaria que "*no cuestionamos que el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentre en la ausencia de medidas eficaces de prevención y control de su funcionamiento interno, como el fundamento último de la sanción penal del homicidio se encuentra en el respeto a la vida*", si bien, añaden "*no compartimos que esta ausencia se pueda calificar, en la específica regulación vigente, como " el núcleo de la tipicidad " o como un elemento autónomo del tipo objetivo definido en el art 31 bis 1º CP 2015, según se considera en la sentencia mayoritaria al analizar la naturaleza de la eximente prevenida en el párrafo segundo del citado precepto".*

Con mayor claridad, la STS núm. 221/2016 de 16 de marzo refiere[246] que para la concurrencia de la responsabilidad penal de la empresa resulta necesario "*que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo*[247]*, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015*".

[243] Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín.
[244] F.D. 8º.
[245] Ponente Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.
[246] F.D. 5º.
[247] La aceptación jurisprudencial del concepto "delito corporativo", acuñado por FEIJOO SÁNCHEZ, ha sido fuertemente criticada por algunos operadores jurídicos. Como muestra, DOLZ LAGO, M.J., "Doctrina de la Fiscalía

2.3.4 El injusto subjetivo de las personas jurídicas.

El modelo de autorresponsabilidad contenido en el CP español conlleva irremediablemente que, como exigen los artículos 5 y 10 del Texto Punitivo, deba concurrir un dolo o imprudencia propio de la persona jurídica. Las diferentes posturas[248] son adecuadamente sintetizadas por GONZÁLEZ SIERRA[249]:

1. Para FEIJOO SÁNCHEZ, el dolo o imprudencia será el de la persona física autora, sin que sea necesario "*constatar un conocimiento organizativo del riesgo empresarial"*[250].

2. NIETO MARTÍN[251], equipara el dolo y la imprudencia con el injusto de la persona jurídica.

3. Según GÓMEZ-JARA DÍEZ[252], el dolo consistiría en la conciencia empresarial de la existencia de un riesgo, que podrá ser inferida principalmente del conocimiento que tengan determinadas personas físicas sobre ese peligro organizativo.

4. Para ZÚÑIGA RODRÍGUEZ[253] el dolo o imprudencia dependerá del grado de gravedad del defecto de organización.

En mi opinión, con la premisa de un modelo de autorresponsabilidad, pero también desde la evidencia de que las personas jurídicas son solo ficciones, la tipicidad subjetiva consiste en el

---

General del Estado sobre Compliance: Discordancias con la Jurisprudencia." en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 125-155, pág. 135, indica: "*la Sala 2ª TS se ha convertido en un legislador penal, creando el llamado "delito corporativo", que por mucho que se busque en el Libro II de nuestro Código punitivo no se encuentra, ya que solo en el Libro I, el art. 31 bis se refiere a "delitos" cometidos por las personas jurídicas y no a un delito corporativo. ¿Desde cuándo se definen los delitos en el Libro I del CP y no en el Libro II?*."

[248] Cabría añadir al listado que se dirá lo indicado por GÓMEZ TOMILLO, M., "Introducción a la Responsabilidad Penal… ob. cit. pág. 168, para quien el dolo y la imprudencia, en los ilícitos cometidos por personas jurídicas, son elementos que "*deben ser considerados en el juicio de culpabilidad*".

[249] GONZÁLEZ SIERRA, P., *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del artículo 31 bis del CP*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, págs. 352-363.

[250] FEIJOO SÁNCHEZ, B., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *Estudios sobre las reformas del CP: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero),* Madrid: Civitas, 2010, pág. 88.

[251] NIETO MARTÍN, A., "La responsabilidad penal de las personas… ob. cit. pág. 160.

[252] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "El injusto típico de la persona jurídica… ob. cit. págs. 138-139.

[253] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas,* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pág. 239.

conocimiento del riesgo extendido entre sujetos con suficiente peso específico en la entidad como para que pueda considerarse que la corporación conocía los peligros asumidos sin que, pese a ello, estableciera medidas para mitigarlos o eliminarlos.

2.3.5 Culpabilidad de las personas jurídicas.

En relación con el último elemento de la tradicional teoría del delito, la posición que parece haber hecho fortuna es la defendida en España por GÓMEZ-JARA DÍEZ, concretada en la culpabilidad por ausencia de cultura de cumplimiento de la legalidad.

Señala el autor que "*desde la perspectiva de la función de la culpabilidad – Simbolizar la infracción del rol del ciudadano (corporativo, en el caso de la persona jurídica) fiel al Derecho, el cuestionamiento de la vigencia de la norma – culpabilidad individual y culpabilidad de la persona jurídica son equivalentes"*[254].

En definitiva, se trataría de una culpabilidad por falta de cultura de *compliance*.

Esta línea es referida por el TS en la ya citada Sentencia núm. 154/2016 de 29 de febrero, con diferentes acepciones: cultura del respeto al derecho, cultura de cumplimiento, desafección hacia la norma, o cultura de control[255].

Del mismo modo se pronuncia la NORMA UNE 19601[256] señalando que "*la cultura de cumplimiento se ha venido asociando cada vez en mayor medida a la responsabilidad social corporativa, permitiendo distinguir a los buenos ciudadanos corporativos de aquellos que no respetan en idéntica medida la legalidad*".

[254] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "*La culpabilidad de la persona jurídica*" en BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016, págs. 143-220, pág. 165.

[255] Debe matizarse que el Alto Tribunal ubica la cultura de cumplimiento como un elemento del tipo, no de la culpabilidad del ente, como hace GÓMEZ-JARA DÍEZ.

[256] Me referiré a esta Norma a lo largo de la tesis, dedicándole un aptdo. específico en el capítulo 9.

No obstante, como denuncian muchos comentaristas, el concepto cultura de cumplimiento es excesivamente ambiguo[257], de ahí que la doctrina[258], o la NORMA UNE 19601, hayan pretendido descomponer y objetivar qué significa[259].

2.4 Presupuestos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su relación con los hechos objeto del proceso.

2.4.1 Introducción.

El proceso penal frente a las personas jurídicas tiene entre sus particularidades un objeto procesal plural[260] al confluir el enjuiciamiento de la persona física autora – sujeto apical o subordinado – que ha cometido el ilícito previsto en la parte especial del CP, y el relativo al ente colectivo cuyo defecto organizativo ha coadyuvado en la comisión del delito.

Ambos juicios están indefectiblemente relacionados, si bien, como señala DOPICO GÓMEZ-ALLER[261], "*uno de los rasgos más importantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es su carácter parcialmente autónomo e independiente de la de la persona física que haya ejecutado materialmente el delito*". Realiza el autor la anterior aseveración en base a que, como indica, puede condenarse a la entidad, aunque no se haya descubierto qué concreta persona de la organización cometió la conducta punible, y a que, además, las circunstancias eximentes y atenuantes de la culpabilidad de la persona física[262] no son extrapolables a la entidad. El principal

[257] GÓMEZ TOMILLO, M., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y carga de la prueba de la idoneidad de los programas de cumplimiento", *Diario La Ley*, nº 8861, Sección Tribuna, 11 de noviembre de 2016, Ref. D-393, pág. 4.
[258] Por ejemplo, ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., "Observaciones críticas y reconstrucción del concepto de «cultura de cumplimiento»" en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coord.) *Persuadir y razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo II, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2018, págs. 369-381.
[259] Se cuenta para ello con otros textos de referencia. Verbi gracia, el capítulo 8 de las *U.S.S.G*, señala seis aspectos determinantes de la culpabilidad del ente: la participación o tolerancia hacia la actividad delictiva; la historia previa de la organización; la violación de una orden o mandamiento judicial; la obstrucción de la justicia; la existencia de un programa eficaz de cumplimiento y ética; y la aportación de información relevante, cooperación o aceptación de responsabilidad.
[260] Así lo afirma, entre otros, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso Penal y persona jurídica,* Madrid: Marcial Pons, 2012, pág. 18. Puede ocurrir igualmente que por no haber podido ser identificada la persona autora, o por estar en situación de rebeldía la persona física o la jurídica, se las enjuicie por separado.
[261] DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "*Responsabilidad penal de las personas jurídicas*" en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., NIETO MARTÍN, A, *Derecho Penal Económico y de la Empresa.* Madrid: Dykinson, 2018, págs. 129-169, págs. 132-133.
[262] En principio, nada impide que las causas de justificación que descarten la antijuridicidad de la persona física permitan también desechar el ilícito de la persona jurídica. En este sentido, ANTICH SOLER, J., *Compliance Program*

matiz a esta autonomía e independencia, según el autor, reside en la posibilidad de que cuando una persona física y jurídica sean condenadas por los mismos hechos a pena de multa, de acuerdo con el artículo 31 ter CP, el castigo se deberá modular para evitar sanciones desproporcionadas.

En un sentido similar, ZUGALDÍA ESPINAR[263] apunta como principales características del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas la concurrencia de una doble vía de imputación, según si el delito es cometido por un directivo o empleado; la responsabilidad penal *acumulativa*[264] y, además, como tercera característica, coincidente con la autonomía e independencia que refiere DOPICO GÓMEZ-ALLER, se trataría según el autor de una responsabilidad criminal *directa*.

Los rasgos del modelo de responsabilidad por hecho propio, aunque ligado al comportamiento comisivo de la persona física autora material, fundamentan que GASCÓN INCHAUSTI[265], desgajando el objeto procesal, señale tres categorías fácticas sobre los hechos penalmente relevantes: los hechos de referencia, relativos al delito base perpetrado por el autor individual; los hechos internos de la persona jurídica; y los hechos propios de la persona física. A continuación, las relacionaré con los elementos que establece el CP como presupuestos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2.4.2 Hechos de referencia o delito base. La doble vía de imputación del artículo 31 bis CP.

En esta categoría coloca GASCON INCHAUSTI[266] la conducta de la persona física autora material del delito, susceptible de ser encuadrada en alguno de los tipos que según la Parte Especial del CP pueden generar responsabilidad penal del sujeto colectivo. En todo caso "*no es preciso que esté*

Penal y sus efectos en la exención y atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2017, págs. 266-268.

[263] ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de las personas… ob. cit. págs. 96-118.

[264] ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de las personas… ob. cit. pág. 97, señala que "*la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas que actúen en su seno, ni a la inversa, ya que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no tiene por finalidad, ni está pensada, para evitar la asignación de responsabilidades individuales en estructuras jerárquicamente organizadas y complejas (como es la empresa)*".

[265] GASCÓN INCHAUSTI, F., "Proceso Penal y persona jurídica… ob. cit. págs. 33-38.

[266] GASCÓN INCHAUSTI, F., "Proceso Penal y persona jurídica… ob. cit. pág. 35.

individualizada una persona concreta, aunque sí un grupo de posibles autores únicos en los que recaiga la condición de directivo o de empleado no controlado"[267].

Como he consignado, nuestro sistema se caracteriza, entre otras cuestiones, por la existencia de una doble vía de imputación según el delito haya sido cometido por directivos, o subordinados, con requisitos comunes en ambos casos, pero también con sus propias características.

2.4.2.1 Elementos comunes de ambas vías de imputación.

a) *Numerus clausus* de ilícitos comisibles.

Según se desprende de las *primeras palabras*[268] del artículo 31 bis CP, la responsabilidad penal de las corporaciones solo puede producirse ante un número cerrado de ilícitos previstos en la Parte Especial del CP[269]. Concretamente, a la fecha, concurren veintisiete *categorías* delictivas[270].

b) Beneficio directo o indirecto de la empresa.

[267] GASCÓN INCHAUSTI, F., "Proceso Penal y persona jurídica… ob. cit. pág. 35.
[268] "*En los supuestos previstos en este Código…*"
[269] Pese a esta obviedad – se trata de las pocas cuestiones incontrovertidas en la materia – no faltan resoluciones que condenan a personas jurídicas por delitos "incomisibles" por las mismas. En este sentido, la SAP de Valencia (Sección 2ª) núm. 489/19 de 11 de septiembre, revoca una previa resolución del Juzgado de Instrucción nº 9 de Valencia que condenaba a IBERDROLA como autora de un delito leve de coacciones, por haber cortado la luz de un cliente moroso.
[270] Tráfico ilegal de órganos humanos (artículo 156 bis.3); trata de seres humanos (artículo 177 bis.7); prostitución/ explotación sexual/ corrupción de menores (artículo 189 bis); descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático (artículo 197 quinquies); estafas (artículo 251 bis); frustración de la ejecución (258 ter); insolvencias punibles (artículo 261 bis); daños informáticos (264 quater); contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (artículo 288); blanqueo de capitales (artículo 302.2); financiación ilegal de los partidos políticos (304 bis.5); contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (artículo 310 bis); contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (artículo 318 bis.5); urbanización, construcción o edificación no autorizables (artículo 319.4); contra los recursos naturales y el medio ambiente (artículo 328); relativos a las radiaciones ionizantes (artículo 343.3); riesgos provocados por explosivos y otros agentes (artículo 348.3); contra la salud pública (artículo 366); contra la salud pública – tráfico de drogas – (artículo 369 bis); falsificación de moneda (artículo 386.5); falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (artículo 399 bis), cohecho (artículo 427 bis), tráfico de influencias (artículo 430), malversación (artículo 435.5º), delitos de odio y enaltecimiento (artículo 510 bis); financiación del terrorismo (artículo 576), y delito de contrabando, conforme dispone el art. 2.6 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

Para DOPICO GÓMEZ-ALLER, es un "*elemento subjetivo específico"*[271] en virtud del cual es preciso que el delito de la persona física se haya realizado con la intención de lograr un provecho para la empresa[272], sin que sea preciso que su efectiva obtención[273].

Respecto a la distinción entre beneficio directo e indirecto, señala DOPICO GÓMEZ-ALLER que "*Hablaremos de beneficio directo cuando la persona física cometa el delito como un modo de obtener un beneficio empresarial; y de beneficio indirecto cuando la persona física cometa el delito para ahorrar a su empresa unos costes preventivos"*[274]. En esta línea, la Circular 1/2016 consigna que la expresión "beneficio directo o indirecto" permite incluir "*los beneficios obtenidos a través de un tercero interpuesto (caso de las cadenas de sociedades), los consistentes en un ahorro de costes y, en general, todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales"*[275].

2.4.2.2 Primera vía. Delitos cometidos por personas físicas con capacidad de decisión, organización y control en la persona jurídica.

a) Sujetos[276].

i. Representantes legales.

Entrarían en esta categoría las personas que formalmente tienen capacidad de obligar a la persona jurídica[277].

[271] DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas… ob. cit. pág. 139.
[272] GÓMEZ TOMILLO, M., "Introducción a la Responsabilidad Penal… ob. cit. pág. 119, indica que es necesaria "*la objetiva tendencia de la acción a conseguirlo. Se estaría requiriendo la constatación de la idoneidad ex ante de la conducta de la persona física para que la persona jurídica obtuviese alguna clase de beneficio asociado a aquélla, aunque tal beneficio no fuese directo o inmediato*, *por ejemplo, por ser una posibilidad futura que finalmente no acaeciese. Como en el caso de las personas físicas, para verificarlo debería recurrirse al criterio de un espectador objetivo*."
[273] DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas… ob. cit. pág. 140.
[274] DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas… ob. cit. pág. 140.
[275] Pág.17.
[276] Vid. NIETO MARTÍN, A, "¿Quiénes forman parte del selecto club del 31 bis a) del CP?", *Almacén de Derecho*, 25 de febrero de 2016 (https://almacendederecho.org/quienes-forman-parte-del-selecto-club-del-31-bis-a-del-cp).
[277] En el ámbito de las Sociedades de Capital, según el artículo 209 LSC, serían las encargadas de la gestión y representación de la entidad.

Según lo indicado por FEIJOO SÁNCHEZ, debe de tratarse de sujetos que tengan la condición de "*apoderados generales o representantes orgánicos"*[278], por lo que rechaza tengan cabida aquí, por ejemplo, el director de una sucursal bancaria o el gerente de un centro hospitalario.

ii. Personas con "*facultades de organización y control."*

Como apunta GÓMEZ TOMILLO[279], se trata de una categoría residual de la genérica en que se ubicarían los representantes legales.

Pertenecerían a este grupo "*quienes sin ser formalmente administradores gozan en virtud de contrato, por delegación o fácticamente de poderes de gobierno o fiscalización interna de bienes y personal de la entidad"*[280]. Por ello, incluye a los administradores de hecho[281], mandos intermedios[282], y al *compliance officer*.

iii. "*Autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica"*[283].

Se trata de un encuadre también residual de los representantes legales. Según GÓMEZ TOMILLO, son los sujetos autorizados por la persona jurídica, mediante delegación formal o contrato. Entre los ejemplos más comunes apunta a los apoderados y a quienes se le haya "*delegado funciones sin ser miembros del órgano de administración, y, en general, a los directores generales, gerentes, etc. que altamente profesionalizados desempeñan funciones de dirección en virtud de una relación laboral, subordinados al citado órgano de administración"*[284].

b) Actuación en nombre o por cuenta de la persona jurídica.

[278] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Los requisitos del artículo 31 bis.1" en BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal,* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016, págs. 75-88, pág. 77.
[279] GÓMEZ TOMILLO, M., "Introducción a la Responsabilidad Penal… ob. cit. pág. 104.
[280] GÓMEZ TOMILLO, M., "Introducción a la Responsabilidad Penal… ob. cit. pág. 105.
[281] Según el artículo 236 LSC, ostentan dicha condición "*tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad*."
[282] Refiere el autor como ejemplo a los directores de sucursal bancaria.
[283] Artículo 31 bis. 1.a) CP.
[284] GÓMEZ TOMILLO, M., "Introducción a la Responsabilidad Penal… ob. cit. pág. 106.

La actuación en nombre, o por cuenta de la persona jurídica – dos cuestiones distintas[285], como trataré – permiten conectar la conducta de la persona física con la jurídica. En definitiva, es lo que genera que la actividad del sujeto sea comprendida como un actuar de la persona jurídica. Para GÓMEZ TOMILLO supone que "*esas acciones u omisiones tengan para un espectador objetivo un sentido social"*[286].

i. En nombre.

En esta primera posibilidad, el sujeto apical actuaría dentro de las competencias que formalmente tiene atribuidas en la organización[287].

ii. Por cuenta.

Esta segunda alternativa supondría la carencia de la formalidad para efectuar la actuación, pero, como indica GÓMEZ TOMILLO, un tercero que la observara "*razonablemente creería que el agente poseía autorización"*[288]. Para GONZÁLEZ SIERRA, presentaría un contenido material, frente al formal de la intervención en nombre de, y supondría que el sujeto ha actuado en interés o favor de la entidad[289].

2.4.2.3 Segunda vía. Delito cometido por subordinados.

a) Sujetos sometidos a la autoridad de las personas físicas de la primera vía.

Siguiendo a GÓMEZ TOMILLO "*quedarían comprendidos los trabajadores u operarios de la empresa, asociación, fundación, etc., sin capacidad de dirección social, o supervisión sobre otros,*

[285] ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de las personas… ob. cit. págs. 74-77 emplea ambos conceptos como prácticamente sinónimos.
[286] GÓMEZ TOMILLO, M., "Introducción a la Responsabilidad Penal… ob. cit. pág. 112.
[287] GÓMEZ TOMILLO, M., "Introducción a la Responsabilidad Penal… ob. cit. pág. 114. En un sentido similar, GONZÁLEZ SIERRA, P., "La imputación penal de las personas jurídicas… ob. cit. pág. 266, apunta que "*Estimamos que "en nombre" es precisamente un concepto formal, y tiene una relación inmediata con el ámbito de las competencias del administrador de derecho y del representante legal, quienes son las personas que tienen una competencia formal derivada de asignación específica y formal del Órgano General de Administración o de la Junta General*." Podría traer a colación aquí la referencia que hacen los *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* incluidos en el *Justice Manual* elaborado por el *DOJ*. En el aptdo. 9-28.210 se cita la sentencia *Estados Unidos c. Potter*, 463 F.3d 9, 25 (1st Cir. 2006), que indica que la prueba para determinar si una persona actúa dentro de su ámbito de trabajo (esto es, "en nombre") es si "*está realizando actos del tipo que está autorizado a realizar, y esos actos están motivados, al menos en parte, por la intención de beneficiar a la corporación*."
[288] GÓMEZ TOMILLO, M., "Introducción a la Responsabilidad Penal… ob. cit. pág. 114
[289] GONZÁLEZ SIERRA, P., "La imputación penal de las personas jurídicas… ob. cit. pág. 267.

esto es, los meros ejecutores de decisiones ajenas. Debe entenderse que se requiere alguna clase de vinculación jurídica entre la persona física actuante, de carácter subordinado, y la persona jurídica"[290].

La subordinación puede estar basada en una relación laboral, pero también de carácter mercantil[291], lo que permite incluir a las empresas externas a la persona jurídica, ligadas mediante un contrato de prestación de servicios o análogo, que intervienen de una y otra manera en el ciclo productivo de la entidad.

b) En el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta.

Valdría aquí lo ya indicado para las actuaciones por cuenta de la persona jurídica cometido por los Directivos, esto es, una actividad en interés o favor de la entidad y en el marco de su objeto social.

c) Incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de la actividad.

Este requisito supone el "*criterio de imputación de responsabilidad a la persona jurídica y el núcleo de la tipicidad en esta segunda vía"*[292].

Se trata de un presupuesto propio de esta vía de imputación y que, según GALÁN MUÑOZ, permite que "*la ampliación del número de sujetos que pueden convertir a la persona jurídica en responsable de las conductas delictivas que cometan se va a ver en cierta medida compensada por el incremento de los requisitos materiales que se van a exigir para que ello suceda"*[293].

[290] GÓMEZ TOMILLO, M., "Introducción a la Responsabilidad Penal… ob. cit. págs. 106-107.
[291] En este sentido, GÓMEZ TOMILLO, M., "Introducción a la Responsabilidad Penal… ob. cit. pág. 107, o GONZÁLEZ SIERRA, P., "La imputación penal de las personas jurídicas… ob. cit. págs. 252-253.
[292] DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas… ob. cit. pág. 143.
[293] GALÁN MUÑOZ, A., "La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 entre la hetero- y la autorresponsabilidad" en ROMEO CASABONA, C.M, FLORES MENDOZA, F. (Eds.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Granada: Comares, 2012, págs. 503-548, pág. 520.

Es necesario que concurra una omisión[294] de los sujetos de la letra a) del artículo 31 bis CP, es decir, "*descuidos o negligencias de los máximos responsables de la entidad"*[295]. Dado que el precepto señala que la imprudencia debe ser grave, FEIJOO SÁNCHEZ apunta que puede servir la tradicional distinción entre imprudencia leve y grave asentada jurisprudencialmente[296].

Aunque el precepto parece diferenciar tres tipos de actividades – supervisión, vigilancia y control – como señala GÓMEZ TOMILLO "*resulta difícil lingüística y jurídicamente atribuir a cada una de las tres acciones un contenido que con nitidez se puede diferenciar*[297]." En todo caso, esa "*ausencia de control, vigilancia o supervisión no es lo mismo que una defectuosa selección del personal, de forma que cabe que haya habido ésta última y, sin embargo, no haya existido un deficiente control y a la inversa"*[298].

La referencia que realiza el artículo 31 bis CP a que los hechos se hayan podido realizar por el incumplimiento de los deberes referidos, nos ubica ante una auténtica relación de causalidad. Así, según FEIJOO SÁNCHEZ: "*el delito tiene que ser evitable por el cumplimiento de deberes y tener que ver con el fin de protección de los mismos, sin que se trate de un mero reflejo causal de protección"*[299]. En definitiva "*la infracción de los deberes de supervisión, vigilancia y control que tienen como fin la evitación de tales eventos, de tal manera que no se podrá imputar a la persona jurídica si el cumplimiento de los deberes no habría evitado el hecho delictivo o en el caso concreto careciese de relevancia*". En idéntico sentido, GALÁN MUÑOZ[300] concluye que no se puede atribuir responsabilidad penal al ente colectivo "*si la infracción del deber de vigilancia o control efectuada por sus dirigentes no estuviese referida a una medida que habría resultado,*

[294] Tal y como apunta FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Los requisitos del artículo 31 bis.1… ob. cit. pág. 88, si la conducta fuera dolosa, se encuadraría en la primera vía de imputación, atribuida a los sujetos apicales. No comparte este criterio GÓMEZ TOMILLO, M., "Introducción a la Responsabilidad Penal… ob. cit. págs. 110-111, para quien la concurrencia de una conducta dolosa tendría como consecuencia mayor gravedad de la pena, no un cambio en la vía de imputación.
[295] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Los requisitos del artículo 31 bis.1… ob. cit. pág. 87.
[296] No cita el autor ninguna resolución, pero se puede referir, a título de ejemplo, la STS núm. 1166/1998 de 10 octubre, según la cual (F.D. 2º) imprudencia grave supone la infracción de los deberes objetivos de cuidado, mientras que la leve equivaldría a una simple infracción, contraria o no a los reglamentos.
[297] GÓMEZ TOMILLO, M., "Introducción a la Responsabilidad Penal… ob. cit. pág. 109.
[298] GÓMEZ TOMILLO, M., "Introducción a la Responsabilidad Penal… ob. cit. pág. 109.
[299] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Los requisitos del artículo 31 bis.1… ob. cit. pág. 86-87.
[300] GALÁN MUÑOZ, A., *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pág. 167.

cuando menos desde un punto de vista hipotético, como absolutamente impeditiva del delito producido".

En contra de esta exigencia causa-efecto GÓMEZ TOMILLO afirma que "*introduce un juicio hipotético que debería abandonarse en el marco de un Derecho Penal que juzgue por lo que efectivamente acaeció y no por lo que hubiera podido suceder"*[301].

Dada la literalidad del precepto, me inclino por exigir la relación de causalidad señalada por FEIJOO SÁNCHEZ y GALÁN MUÑOZ.

2.4.3 Hechos internos de la persona jurídica.

Para GASCON INCHAUSTI[302] se enmarcarían en esta categoría los referidos a la responsabilidad corporativa y que, a su vez, se dividirían en los relativos a la concurrencia de un defecto organizativo; los que pongan de manifiesto la implantación de un programa de *compliance* (afectantes, por ello, a la culpabilidad del ente); y aquellos que, aunque no sirvan para la exoneración de la responsabilidad, permitan atenuar la pena (párrafo segundo del aptdo. 4 del artículo 31 bis CP, y artículo 31 quater del mismo texto).

2.4.3.1 Hechos relativos al defecto organizativo.

Tal y como he apuntado *ut supra,* el enjuiciamiento de la persona jurídica se centrará en determinar si concurren defectos organizativos en la supervisión, vigilancia y control de la actividad; en establecer si las *fallas* estructurales han generado un riesgo por encima de lo permitido y, por último, si ese peligro ha terminado concretándose en el ilícito realizado por la persona física.

No obstante, debe apuntarse que la carga de la prueba y gravedad del defecto organizativo exigible en cada una de las vías de imputación es diferente.

En la práctica, el defecto organizativo se presumirá cuando el delito se haya realizado por los sujetos apicales de la letra a) del artículo 31.bis 1 CP, de tal forma que será la persona jurídica la encargada de acreditar la concurrencia de los presupuestos previstos en el aptdo. 2 del artículo 31

[301] GÓMEZ TOMILLO, M., "Introducción a la Responsabilidad Penal… ob. cit. pág. 81 (nota al pie 34).
[302] GASCÓN INCHAUSTI, F., "Proceso Penal y persona jurídica… ob. cit. pág. 35.

bis CP para lograr la exoneración de responsabilidad. No se quiere decir con esto que el defecto estructural deje de ser un elemento del tipo, pero cuando la conducta proviene de los representantes societarios, de acuerdo con las reglas de la lógica mercantil, puede conjeturarse un problema de diseño de las estructuras de control, respecto a lo cual cabrá prueba en contrario[303].

En cambio, en el caso de ilícitos cometidos por subordinados "*el defecto de organización o fallo de control es un requisito de la imputación de responsabilidad. Si la acusación no prueba esa infracción del deber de supervisión, debe absolverse a la persona jurídica"*[304].

Por lo que respecta a la gravedad del defecto organizativo, se trata, como ya he indicado antes al hablar de las características del modelo de autorresponsabilidad, de una de las principales incertidumbres en el enjuiciamiento de los entes colectivos, principalmente en lo que respecta a su aplicación en las dos vías.

Si según la *primera* jurisprudencia del TS, para la condena a la persona jurídica debe materializarse un delito corporativo (*defecto estructural*), y a ello se debe unir que, por exigencias del principio de culpabilidad, esa desorganización debe existir también en los delitos cometidos por directivos, parece claro que el incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control tiene que concurrir cuando el delito lo ejecuten dirigentes, aunque bastará con que sea leve[305].

De hecho, surgen voces discrepantes sobre si es necesario el incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control en los delitos perpetrados por directivos, por lo que no parece descabellada la idea de reconocer que nos encontramos ante un sistema mixto: vicarial con matices en el supuesto de los delitos cometidos por los dirigentes, y autorresponsabilidad en los ilícitos cometidos por subordinados. En esta línea, la STS núm. 742/2018 de 7 de febrero de 2019[306], que

---

[303] Por todos, vid. NEIRA PENA, A.M, *La persona jurídica como parte pasiva del proceso penal*, Tesis Doctoral, Universidad de A Coruña, 2015, pág. 798. Es patente que, en estos supuestos, el esfuerzo de convencimiento que tendrá que hacer la defensa para persuadir al tribunal de la inexistencia del defecto organizativo será ímprobo. En apoyo de esta visión, la STS núm. 583/2017 de 19 de julio estableció (F. D. 27º c) primer párrafo): "*Es patente que en una empresa cuyos únicos administradores cometen de consuno dolosamente una infracción penal actuando en nombre de la entidad con la colaboración de la mayor parte de los titulares formales del capital social (también condenados por conductas dolosas), no es dable imaginar otra hipotesis que no sea la de compartida responsabilidad penal del ente colectivo. Lo destaca la sentencia de instancia: sería un contrasentido que quienes controlan la persona jurídica a la que utilizan para canalizar su actividad delictiva a su vez implantasen medidas para prevenir sus propios propósitos y planes*.".

[304] DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas… ob. cit. pág. 146.

[305] Me pregunto hasta qué punto un defecto que merezca el calificativo de estructural puede tildarse de leve.

[306] Ponente Excmo. Sr. Luciano Varela Castro.

enjuiciaba un delito cometido por el administrador, afirmó[307] que, al encontrarse ante un delito cometido por un directivo, "*excluye la necesidad de especificar si ha intervenido o no un incumplimiento grave de los deberes de supervisión vigilancia o control referible solamente a estos últimos tipos penales* [refiriéndose a los de los empleados]". En base a ello, DOPICO GÓMEZ-ALLER señalaba que la sentencia supone un giro doctrinal, con el que se muestra conforme, respecto a las iniciales resoluciones del Alto Tribunal, apuntando que según su criterio "*En la primera vía de atribución de RPPJ no se reprocha a la persona jurídica una «falta de supervisión»; por ello, la acusación no tiene la carga de probarlo. Y ello no supone responsabilidad por hecho ajeno ni viola el principio constitucional de culpabilidad"*[308]. En mi opinión, la sentencia se limita a resaltar que no es necesario que en caso de delitos cometidos por directivos el incumplimiento merezca el calificativo de grave, sin descartar que deba apreciarse cuanto menos uno de carácter leve.

2.4.3.2 Hechos relativos a las causas de exoneración de la responsabilidad penal (artículo 31 bis. 2 y 4 CP). Especial referencia a los modelos de prevención penal.

Compondrían esta categoría las cuestiones fácticas que deberá atestiguar la propia persona jurídica si pretende lograr la exoneración de su responsabilidad[309], cuando previamente se haya constatado la comisión de un ilícito por alguna de las personas físicas – directivos o subordinados – capaces de generar responsabilidad penal del sujeto colectivo. Convergen aquí igualmente los hechos de conexión que permiten considerar el delito como *propio* de la corporación.

Los presupuestos[310] para lograr la exención de la responsabilidad criminal son distintos según la vía de imputación en que nos encontremos, siendo los elementos comunes de ambas la debida implantación de lo que el CP denomina modelos de organización y gestión[311] o modelos de

[307] Final de su F.D. 3º.
[308] https://www.linkedin.com/in/jacobo-dopico-679a35134/detail/recent-activity/shares/ (última visita 29/12/2019)
[309] Adelanto ya, aunque me ocupare de ello en el capítulo 6 de esta tesis doctoral que, según mi criterio, los distintos presupuestos que trataré a continuación, si concurren, permiten excluir la culpabilidad del ente, a modo de eximente de responsabilidad, lo que comportará (también lo anticipo) que su acreditación será tarea de la defensa corporativa.
[310] Se trata, se insiste, de presupuestos, en plural, debiendo converger acumulativamente, inclusive todos los elementos que el aptdo. 5 del artículo 31 bis CP exige a los modelos de prevención penal para que pueda producirse la exoneración de responsabilidad penal. Así lo recuerda, entre otros, GALÁN MUÑOZ, A., "Fundamentos y límites de la responsabilidad… ob. cit. pág. 129.
[311] Condición 1ª del aptdo. 2 del artículo 31 bis CP, o en el aptdo. 5 del mismo precepto.

prevención penal[312], así como la presencia de un *compliance officer* encargado de la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del programa de *compliance*.

a) Presupuestos de la exoneración en ilícitos cometidos por Directivos.

i. ***"La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica"*[313].**

Exigencia que ha dado lugar a la figura conocida como *compliance officer*, a la que dedicaré un aptdo. específico en el capítulo 4 del presente trabajo, posponiendo para ese momento un análisis más exhaustivo.

ii. "***los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención"*[314].**

Como indica GALÁN MUÑOZ[315], la valoración de este presupuesto ha sido asumida doctrinalmente de forma contradictoria. Para QUINTERO OLIVARES[316] genera impunidad de la persona jurídica, considerando el autor que en la práctica ninguna medida puede cercenar la voluntad de quien decide y ejecuta actuando en nombre o por cuenta de la persona jurídica, para otro sector[317], al que GALÁN MUÑOZ se adhiere, este requisito podría suponer que aunque las

[312] Condición 2ª del aptdo. 2 del artículo 31 bis CP.
[313] Cabe destacar respecto a este requisito que, si bien de la propia sistemática del artículo 31 bis CP se podría deducir que solo resulta de aplicación en la vía de imputación referente a directivos, un sector doctrinal – cuya opinión estimo acertada – aboga por su aplicación en ambas vías de atribución. Así, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "La culpabilidad de la persona jurídica… ob. cit. págs. 192-193, señala como sustento de su postura que parece poco probable que el programa de cumplimiento se haya adoptado eficazmente sin un órgano de cumplimiento expresamente encargado de ello y, además, como segundo motivo, indica que uno de los requisitos exigibles al programa de cumplimiento, según el aptdo. 5 del artículo 31 bis, se refiere expresamente a la obligación de poner de manifiesto los incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento del modelo de prevención.
[314] Condición 3ª del aptdo. 2 del artículo 31 bis CP.
[315] GALÁN MUÑOZ, A., "Fundamentos y límites de la responsabilidad… ob. cit. pág. 152.
[316] QUINTERO OLIVARES, G., "La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas" en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentarios a la reforma penal del 2015*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2015, págs. 77-91, pág. 90.
[317] DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Memento práctico Francis Lefebvre penal*. Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2016, § 2128.1.

medidas implantadas *ex ante* fueran adecuadas, si desde una visión *ex post* de lo ocurrido no supusieron impedimento alguno para la comisión del ilícito por el autor individual, automáticamente se tildaría al sistema de prevención de ineficaz[318]. Por ello, para GALÁN MUÑOZ la expresión "eludiendo fraudulentamente" obliga a que el juez determine si "*la medidas preventivas, adecuadas desde un punto de vista ex ante para reducir significativamente el riesgo de delitos como el cometido que se previó en el mapa de riesgo de la entidad y que habían implantado los administradores, tal y como exigía el aptdo. 2 del art. 31 bis CP, se estaban ejecutando realmente y de forma efectiva por parte de aquel o aquellos sujetos a los que se asignase su ejecución (p. ej. los contables o auditores de la entidad) cuando el delito en cuestión se realizó, con lo que tuvieron que ser evitadas o eludidas por su autor para cometerlo, aunque lo hubiese conseguido hacer por mero azar y sin esfuerzo especial alguno por su parte"*[319].

En sentido contrario se manifiesta GONZÁLEZ CUSSAC[320], para quien la elusión sin especiales esfuerzos sería sinónimo de falta de eficacia o insuficiencia del sistema preventivo.

iii. "*no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª*"

La aplicación de la exoneración de responsabilidad exige que no se haya incumplido o desatendido, por el *compliance officer*, alguna concreta obligación o medida de supervisión, vigilancia y control consignada en el programa de cumplimiento[321], es decir, se trata de un requisito que ahonda en la necesaria eficacia en la implantación, lo que supone un análisis *ex post* del modelo instaurado[322].

---

[318] GALÁN MUÑOZ, A., "Fundamentos y límites de la responsabilidad… ob. cit. pág. 153, señala que una interpretación extremista determinaría "*que el establecimiento y ejecución de las medidas del modelo de gestión y organización preventiva y la designación el Compliance Officer de los que hablan los dos primeros aptdos del art. 31 bis 2 CP no basten para eximir de responsabilidad a la persona jurídica, al exigir que se compruebe también para hacerlo, desde un punto de vista ex post, que el dirigente que cometió el delito del que se la podría responsabilizar eludió, en el caso concreto, la medida preventiva que ésta había implantado precisamente para evitarlo."*

[319] GALÁN MUÑOZ, A., "Fundamentos y límites de la responsabilidad… ob. cit. págs. 154-155.

[320] GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuante de los programas de prevención de delitos" en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión,* Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 317-345, pág. 328.

[321] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., "El control de la responsabilidad penal de la persona jurídica" en GÓMEZ COLOMER, J.L., MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 181-210, pág. 206.

[322] GALÁN MUÑOZ, A., "Fundamentos y límites de la responsabilidad… ob. cit. pág. 155.

Este presupuesto requiere la máxima diligencia posible en la supervisión, vigilancia y control, bastando una negligencia menos grave para que se entienda incumplido el requisito y, por esta causa, se impida la exoneración de responsabilidad[323].

b) Presupuestos de la exoneración en ilícitos cometidos por subordinados.

Para el supuesto de los ilícitos cometidos por un subordinado de la entidad, según el aptdo. 4 del artículo 31 bis CP, el presupuesto de la exoneración se "limitará" a la adopción y ejecución eficaz de un modelo de organización y gestión de riesgos penales, cuyos requisitos serán tratados en la siguiente letra. Además, aunque no se dice expresamente en el CP, la doctrina entiende que es necesario igualmente, para lograr la exoneración en esta vía, que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado haya sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.

c) Presupuesto común en ambas vías de imputación. El modelo de prevención penal.

El requisito compartido por ambas vías de imputación, amén de la exigencia de un *compliance officer*, requiere la aprobación e implantación de un modelo de prevención penal.

Aunque se trata de un presupuesto común, su peso específico según quién realice el ilícito, y las concretas circunstancias concurrentes será sustancialmente diferente.

En el supuesto de delitos cometidos por directivos, como apunta FERNANDEZ TERUELO[324], deben distinguirse dos hipótesis. Si se ha ejecutado el ilícito con la anuencia del órgano de administración, estaríamos ante una muestra clara de ausencia de cultura de cumplimiento de la legalidad (precisamente es dicho órgano el encargado de la implantación del modelo) por lo que difícilmente el modelo de organización y gestión permitiría exonerar la responsabilidad criminal de la corporación. Cuestión distinta es que un sujeto del órgano de gobierno, actuando individualmente, decida cometer el delito, en cuyo caso la virtualidad del modelo de prevención puede ser mayor, quizá sirviendo para lograr la exención.

[323] GALÁN MUÑOZ, A., "Fundamentos y límites de la responsabilidad… ob. cit. pág. 158.
[324] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., "El control de la responsabilidad penal… ob. cit. pág. 191.

Por su parte, en los delitos cometidos por subordinados, permitirá, si se ha implantado eficazmente, prevenir y detectar ilícitos, por lo que sí que tiene una más amplia virtualidad exoneradora.

Sentado esto, los requisitos del programa de cumplimiento establecidos en el aptdo. 5 del artículo 31 bis CP son los siguientes:

i. "***Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos"***[325].

Se trata del elemento sobre el que pivota[326] todo el sistema de cumplimiento normativo penal, y que permite dibujar lo que se conoce como el mapa de riesgos, es decir, el conjunto de ilícitos que, atendiendo al contexto organizativo, y desde una perspectiva *ex ante*, son más probablemente susceptibles de ser cometidos por la concreta persona jurídica.

Este examen[327] requiere una metodología clara, que debe quedar perfectamente documentada[328], y que se ejecutará en las siguientes fases[329]:

- Identificación de los riesgos penales previsibles atendiendo al contexto de la organización. Como con acierto señala LASCURAÍN SÁNCHEZ[330], y así se deriva de la redacción del requisito 1º del aptdo. 5 del artículo 31 bis CP, la identificación se tiene que realizar partiendo de las actividades desarrolladas por la empresa, y desde las mismas hacer un examen hipotético de las desviaciones que pueden culminar con la ejecución de algún

[325] Requisito 1º del aptdo. 5 del artículo 31 bis CP.
[326] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., "Análisis de riesgos penales", *Almacén de Derecho* (febrero de 2019) https://almacendederecho.org/analisis-de-riesgos-penales/, señala que "*El análisis de riesgos es el escalón cero de un programa de cumplimiento, condición de la bondad y eficacia del resto del mismo*".
[327] Expresamente sobre el análisis de riesgos se refiere la NORMA UNE – ISO 3100. Gestión del riesgo. Directrices. Muestra de la relación con la NORMA UNE 19601, es que ambas han sido elaboradas por el Comité Técnico CTN 307 Gestión de riesgos, cuya secretaria desempeña UNE.
[328] Aptdo. 6.2.5 de la NORMA UNE 19601.
[329] Aptdo. 6.2 de la NORMA UNE 19601. En buena medida, lo establecido por la NORMA UNE 19601 se asemeja a lo indicado por la *French Anti-Corruption Agency guidelines,* que afirma que para la evaluación de riesgos es necesario seguir lo que denomina el "método de los seis pasos" resumidos del siguiente modo (págs. 15-18): i. Clarificar los roles y responsabilidades para la elaboración, implementación y actualización del mapa de riesgos; ii. Identificar los riesgos inherentes a las actividades de la organización. iii. evaluación de los riesgos penales; iv. evaluar la idoneidad y eficacia de los medios para gestionar estos riesgos. En este momento, se atenderá a los controles existentes en la entidad, con carácter previo a la implantación del modelo de prevención penal, destinados a la evitación o minoración de riesgos penales; v. priorizar y abordar los riesgos "netos" o "residuales" obtenidos; vi. oficializar y actualizar el mapa de riesgos.
[330] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., "Análisis de riesgos penales… ob. cit.

ilícito penal. Se trata, pues, de un estudio de la previsibilidad ex ante del riesgo de comisión delictiva, principalmente si se incumplen las medidas de control establecidas[331]. En mi opinión, la mejor manera de hacerlo es examinando los ciclos básicos[332] de la empresa (compra, venta, almacén, tesorería, administración y recursos humanos) y con ese origen concretar en qué situaciones se pueden dar las fallas del sistema, y el proceso adecuado para evitarlas o disminuir sus peligros intrínsecos[333].

- Análisis de los riesgos penales[334]. Se escrutarán los riesgos identificados en la anterior fase, recogiendo sus causas y fuentes, probabilidad[335] de que ocurran y sus consecuencias[336] anudadas. La cuestión que surge es si una incorrecta valoración del riesgo puede ser interpretada como un defecto grave en el diseño del modelo de prevención penal con incluso responsabilidades para el *proyectista* de este. Al respecto, apunta LIÑÁN LAFUENTE (y estoy de acuerdo) que "*la prognosis sobre la probabilidad de la comisión de un delito no debe ser interpretada como un requisito objetivo respecto del que una errónea valoración del riesgo pueda conllevar responsabilidad penal del que la valoró"*[337].

- Valoración de los riesgos penales. Quizá sea el paso más etéreo, requiriendo *cuantificar* los riesgos empresariales, los controles fijados para su disminución, y el resultado obtenido de esa resta (riesgos - eficacia de los controles). Si el producto de la anterior operación no entra dentro de los umbrales de ventura aceptables para la persona jurídica, necesariamente deberán implantarse medidas o controles adicionales para su atenuación hasta parámetros asumibles.

---

[331] LIÑÁN LAFUENTE, A., *La responsabilidad penal del compliance officer*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2019, pág. 26.
[332] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., "Análisis de riesgos penales… ob. cit. señala tres tipos de riesgos: de gestión, referida principalmente a la contratación de trabajadores, solicitud de licencias, contratación de terceras entidades; de producción, como la gestión de residuos; y de comercialización, principalmente referida a la captación de clientes.
[333] LIÑÁN LAFUENTE, A., "La responsabilidad penal del compliance officer … ob. cit. pág. 51, refiere que la identificación de riesgos tiene consecuencias directas en la esfera personal del empresario, en su condición de garante principal, pues desde el momento en que ha determinado la existencia de un foco de peligro en su entidad "*debe intentar evitar que no se cometa en el ámbito de las actividades sociales y en beneficio de la sociedad*".
[334] Aptdo. 6.2.2 de la NORMA UNE 19601.
[335] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., "Análisis de riesgos penales… ob. cit. apunta que la probabilidad depende de la ganancia a obtener por el ilícito, de su necesidad, y de los controles que existan sobre el mismo.
[336] La NORMA UNE 19601 indica como ejemplos de consecuencias (nota 1 del aptdo. 6.2.2) "*daño personal y ambiental, pérdidas económicas, daño reputacional y responsabilidades administrativas y/o penales*".
[337] LIÑÁN LAFUENTE, A., "La responsabilidad penal del compliance officer … ob. cit. pág. 25.

ii. "*Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos*"[338].

Es el presupuesto menos desarrollado por la doctrina penalista. En realidad, tiene más que ver con el ámbito societario que con el criminal.

Tampoco la NORMA UNE 19601 recoge un análisis mínimo de este aspecto, limitándose a incluirlo entre las competencias exclusivas del órgano de administración de la persona jurídica[339].

GÓMEZ-JARA DÍEZ[340], acudiendo a las construcciones elaboradas por FRENCH[341], señala que todas las empresas tienen un método de toma de las decisiones que luego se convertirán en acciones corporativas, conocido como estructura interna de decisión de la empresa (EIDE). La EIDE, resume GÓMEZ-JARA DÍEZ, tiene dos niveles de descripción de los sucesos empresariales. El primero, al que se le puede dar forma de flujograma, limita los distintos estadios y niveles de la empresa. El segundo sería el conjunto de reglas empleadas y que permite considerar las iniciativas tomadas como *decisiones empresariales*. En mi opinión, aunque esta teoría sirve para explicar a posteriori cómo se ha tomado una decisión, no permite determinar cómo implantar procesos de formación de la voluntad societaria acordes al requisito exigido por el CP.

Para GONZÁLEZ CUSSAC este presupuesto "*precisa documentar todos los trámites internos seguidos en los procedimientos de preparación, discusión y toma de acuerdos societarios, así como de formalización, comunicación y puesta en práctica. En este contexto advertir que un programa de cumplimiento solo puede ser eficaz si se conoce quien toma las decisiones, cómo, dónde, cuándo y bajo que procedimiento. Después, constatar el modo de transmisión de estas decisiones al resto de estamentos societarios. Y por último, comprobar si efectivamente las órdenes llegan a su destino, son entendidas correctamente y finalmente son aplicadas fielmente"*[342]. Por ello, el autor confiere gran importancia a los informes elaborados por la asesoría

[338] Requisito 2º del aptdo. 5 del artículo 31 bis CP.
[339] Aptdo. 5.1.1.
[340] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "La culpabilidad de la persona jurídica… ob. cit. págs. 204-206.
[341] FRENCH, P.A, "Integrity, Intentions and Corporations", *American Business Law Journal* nº 34, diciembre de 1996, págs. 141-156.
[342] GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "Condiciones y requisitos para la eficacia… ob. cit. pág. 342.

jurídica que den apoyo a las decisiones tomadas en relación con las actividades que previamente se han identificado como riesgosas.

Según mi criterio, en sintonía con lo apuntado por GONZÁLEZ CUSSAC, este presupuesto impone la obligación de preestablecer los cauces de toma de decisiones cuando estén relacionadas con actividades identificadas como peligrosas desde un punto de vista penal, asegurando su correcta trazabilidad, con el sustento de informes de expertos – siempre juristas, pero puede que también acompañados de otros como economistas, tributaristas, ingenieros, agentes de patentes, etc. – y de una serie de mayorías reforzadas en el órgano de administración (o incluso con sometimiento a la junta general) que permitan que las resoluciones corporativas se alcancen y ejecuten con verdadero conocimiento de causa.

iii. "***Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos"***[343].

Supone una doble vertiente, subrayada por GÓMEZ-JARA DÍEZ[344]: la necesidad de que la persona jurídica destine recursos presupuestarios a la implantación y mantenimiento del programa de cumplimiento; y el correcto control de los recursos – ingresos y gastos – como medio para evitar conductas punibles[345].

Aunque cualquier recurso lleva intrínseco un coste económico, la NORMA UNE 19601 los clasifica en "*financieros, tecnológicos y humanos, así como el acceso, en su caso, a asesoramiento externo"*[346].

Para GONZÁLEZ CUSSAC[347], tanto la suficiencia como el correcto empleo de los recursos son elementos de muy difícil valoración para un juez penal por lo que – añado – muy probablemente será necesario un informe pericial que se pronuncie al respecto.

[343] Requisito 3º del aptdo. 5 del artículo 31 bis CP.
[344] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "La culpabilidad de la persona jurídica… ob. cit. págs. 206-208.
[345] Sobre las pautas para un correcto control de los ingresos y gastos, debe destacarse la UNE – ISO 37001. Sistemas de gestión antisoborno. Requisitos con orientación para su uso, aptdo. A-11 del Anexo A, sobre las que volveré más adelante.
[346] Aptdo. 7.2.
[347] GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "Condiciones y requisitos para la eficacia… ob. cit. pág. 342.

iv. "***Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención"***[348].

Mediante este presupuesto se establece la obligación de implantar un cauce interno para que los miembros de la persona jurídica, o terceros relacionados, puedan poner de manifiesto los incumplimientos que hayan detectado de otros componentes de la entidad. Es lo que se conoce como canal de denuncias, aunque las *mejores*[349] normas internacionales pretenden conferirles un contenido más completo[350].

El objetivo que colmar con la implantación de estos sistemas es que la persona jurídica pueda tomar las medidas preventivas, correctoras y disciplinarias tras la correspondiente investigación sobre la veracidad de la denuncia recibida. Sobre este punto me ocuparé en el capítulo 3 de esta tesis.

v. "***Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo"***[351].

Estrechamente relacionado con el anterior requisito, se positiviza la obligación de que la persona jurídica castigue internamente los incumplimientos detectados.

En la práctica, el grueso de los programas de *compliance* se remitirá a los convenios empresariales y sectoriales, o al propio Estatuto de los Trabajadores[352], como respuesta sancionadora adecuada.

En los ilícitos cometidos por empresas externas, pero que por la íntima relación de estas con el proceso productivo pueden generar responsabilidad penal a la persona jurídica, la respuesta habitual a los incumplimientos pasará por la resolución contractual. Para facilitar esta rescisión, resulta adecuado que en esos contratos con terceros se contemple expresamente su adhesión al modelo de prevención penal implantado por la persona jurídica, y la reserva de ésta de la facultad resolutoria establecida en el artículo 1124 Cc cuando se detecten incumplimientos graves,

[348] Requisito 4º del aptdo. 5 del artículo 31 bis CP.
[349] Se trata de un elemento imprescindible de todas las NORMAS UNE y las ISO que vengo refiriendo.
[350] Por ejemplo, como medio para plantear dudas.
[351] Requisito 5º del aptdo. 5 del artículo 31 bis CP.
[352] Artículos 54 y 58, principalmente.

calificativo que merecerán sin duda los que resulten encuadrables en cualquier tipo[353] previsto en el CP.

vi. "***Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios"***[354].

El CP configura el modelo de prevención penal, en sintonía con la propia dinámica empresarial, como un elemento cambiante que requiere ser adaptado a la realidad sobre la que se aplica.

Por ello, de este sexto requisito surge la obligación de, periódicamente, y sin necesidad de que se hayan puesto de manifiesto incumplimientos o cambios relevantes, auditar la corrección del sistema y, en su caso, proceder a su alteración.

Según la NORMA UNE 19601 los principales motivos que pueden provocar la adaptación del modelo son los siguientes:

- Cambios en la estructura o actividades desarrolladas por la persona jurídica.
- Detección de incumplimientos relacionados con el *compliance* penal.
- Aparición de jurisprudencia o cambios legislativos relevantes[355].

2.4.3.3 Hechos relativos a las causas de atenuación de la responsabilidad penal (párrafo segundo de la condición 4ª del aptdo. 2 del artículo 31 bis CP, y artículo 31 quater del CP).

El Código Sustantivo recoge un régimen específico de causas atenuantes de la responsabilidad de las personas jurídicas, configurado como un catálogo cerrado en el que solo las circunstancias

[353] Puedan o no generar responsabilidad penal de la persona jurídica.
[354] Requisito 6º del aptdo. 5 del artículo 31 bis CP.
[355] Este calificativo merecería, por ejemplo, la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional, que introdujo nuevos tipos comisibles por las personas jurídicas.

expresamente previstas pueden minorar la culpa del ente colectivo y con ello reducir su castigo ante el ilícito detectado en su seno.

Amén de algunas causas atenuantes coincidentes con la regulación propia de las personas físicas, concurren otras expresamente relacionadas con la exigencia de autorregulación como método para evitar o disminuir riesgos delictivos en el ámbito empresarial.

Por lo que respecta a las circunstancias atenuantes previstas en el artículo 31 quater del CP, deben destacarse dos presupuestos, comunes a todas ellas:

El primero, de carácter temporal, precisa que las actividades desarrolladas por la persona jurídica que sustente la pretendida reducción de la pena se hayan desplegado con posterioridad a la comisión del delito.

El segundo, de índole subjetiva, requiere que las actuaciones que permiten atenuar la pena hayan sido efectuadas directamente por la persona jurídica, a través de sus representantes legales. Por lo tanto, en virtud de esta exigencia si, por ejemplo, la confesión de la infracción a las autoridades, que como se verá es una de las circunstancias atenuantes, se realiza por un mando intermedio de la entidad, no contará con la eficacia mitigadora de la pena que confiere el artículo 31 quater del CP. La cuestión, pues, no es baladí.

Las circunstancias atenuantes legalmente previstas son las siguientes:

a) Acreditación parcial de las circunstancias previstas en el aptdo. 2 del artículo 31 bis CP.

Es la única cuya regulación se encuentra fuera del artículo 31 quater CP, precepto creado por el legislador para compilar el régimen de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Con una redacción muy criticada[356], se atenúa la pena como *premio* por haber logrado la disminución del riesgo de comisión de delitos en el seno de la empresa, aunque no en grado

[356] DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas… ob. cit. pág. 160 señala que "*La redacción es defectuosa. Para empezar, la idea de acreditación parcial" es incorrecta. Lo que probablemente*

suficiente como para lograr la exención de responsabilidad – podría decirse que ha habido debido control, pero no todo el que resultaba posible según la *lex artis* – debiendo concurrir en la persona jurídica, como medio para esa disminución del peligro delictivo, alguna de las condiciones previstas en el artículo 31 bis 2 CP[357]. Por lo tanto, en puridad, si la disminución del riesgo penal se ha conseguido mediante otros instrumentos distintos, no cabría atenuación de responsabilidad por esta vía.

b) "*Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades*"[358].

Atenuante idéntica a la que se prevé para las personas físicas como circunstancia 4ª del artículo 21 CP.

Su fundamento es puramente práctico, por la utilidad que provoca que el autor del ilícito lo ponga en conocimiento de las autoridades, con el consiguiente ahorro de tiempo y esfuerzo en la investigación. Se aleja así del sustento moral – como un acto de contrición – que justificaba su precedente, el arrepentimiento espontáneo[359], y que quizá, de concurrir todavía, habría dificultado su aplicación a los sujetos colectivos por su carencia de *animus* propio.

El precepto precisa para la aplicación de la atenuante dos presupuestos:

El primero, temporal o cronológico, requiere que la confesión se produzca antes de que la persona jurídica *sea consciente* de que el procedimiento judicial se dirige contra ella. Por lo tanto, resulta clave determinar cuándo se considera que el proceso apunta hacia el sujeto colectivo.

A este respecto, para que se entienda cumplido el requisito es necesario que la confesión se produzca con carácter previo a que el ente conozca que está siendo investigado por el juzgado o por la policía, pues en el concepto "procedimiento judicial" que refiere el precepto se deben

pretendía decir el legislador es que si la diligencia en la prevención de delitos no ha sido plena sino parcial, ello no podrá determinar una exención de pena, sino únicamente una atenuación (algo que, obviamente, no tiene nada que ver con si se prueba plena o parcialmente)".

[357] FARALDO CABANA, P., "Los compliance programs y la atenuación de la responsabilidad penal" en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 157-180, pág. 161.

[358] Letra a) del aptdo. 1 del artículo 31 quater CP.

[359] Circunstancia 9ª del artículo 9 del CP de 1973.

considerar incluidas las indagaciones policiales (STS núm. 199/2014 de 4 de febrero). No obstante, ello permite que si la confesión ocurre cuando el hecho punible está ya siendo investigado por la fiscalía, quepa aún efectuarla con consecuencias mitigadoras de la pena, siempre que se realice antes de que el Ministerio Fiscal lo ponga en conocimiento del juzgado y este, a su vez, cite a la persona jurídica[360].

No basta que la investigación se esté realizando para que ya no tenga cabida ya la confesión -atenuante, sino que la persona jurídica debe ser sabedora de ello. Se trata de una cuestión que puede generar una casuística muy variada porque, en puridad, si ha llegado a conocimiento de un trabajador o mando intermedio, ello no es equivalente a que la persona jurídica conozca, por lo que el *dies ad quem* para realizar la confesión es la recepción por un representante legal de la entidad de una notificación fehaciente, por el medio que sea, de que el procedimiento se dirige contra la entidad. Tampoco se puede considerar que existe ese conocimiento de la persona jurídica con la imputación delictiva a la persona física que ha cometido el delito base[361].

El segundo requisito, material, requiere que la confesión sea sustancialmente veraz (STS núm. 372/2014 de 15 mayo) y suficientemente concreta (STS núm. 904/2002 de 16 de mayo).

Consignados los presupuestos, debe apuntarse la especial relación que tiene esta atenuante con la que trataré en el siguiente aptdo. – "*Haber colaborado en la investigación del hecho aportando*

[360] En este sentido se pronuncia GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "*La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*" en BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016, págs. 221-249, pág. 233. Es cierto que la aseveración de GÓMEZ-JARA DÍEZ, a la que me adhiero, puede generar dudas si, al amparo de lo establecido en el artículo 773.2.II LECrim (en consonancia con el artículo 5 EOMF), se ha citado a la persona jurídica a comparecer en el marco de las Diligencias de Investigación incoadas por el Ministerio Fiscal. No obstante, dado que el precepto habla expresamente de "procedimiento judicial", y esa naturaleza jurisdiccional no es predicable respecto a los procedimientos de fiscalía (por todas, STS núm. 980/2016 de 11 de enero de 2017), considero que, si se le cita a declarar en fiscalía, pero no ante el juez de instrucción, aún estaría a tiempo de confesar. Así lo asume la Circular FGE 1/2011, aptdo. V.III.4.a) al indicar: "*Las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal no imposibilitan la apreciación futura de la atenuante por cuanto, en sentido estricto, no pueden considerarse procedimiento judicial. Ello es así aun cuando ya se hubieren producido en esa sede cualesquiera diligencias de averiguación en relación con las personas jurídicas*." En esta línea, la Circular FGE 4/2013 sobre las diligencias de investigación, indica (pág. 7), que "*Debe recordarse que las diligencias de investigación del Fiscal no interrumpen la prescripción, como ya ha tenido ocasión de declarar el TS (vid. STS nº 867/2002, de 29 de julio). Tras la reforma operada por LO 5/2010 en la regulación de la prescripción, cualquier atisbo de duda ha quedado despejado. En este sentido se pronuncia igualmente la Circular 2/2012*".

[361] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "*La atenuación de la responsabilidad…* ob. cit. pág. 233. Por este motivo, sugiero, resulta recomendable incluir en los modelos de prevención penal la obligación de que los trabajadores comuniquen a la empresa que han sido imputados en un proceso penal, permitiendo así que la persona jurídica gane tiempo para decidir si procede o no a confesar.

pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos" – y, en particular, desde una perspectiva defensiva de la persona jurídica, determinar si cabe que, amén de la confesión, se pueda apreciar acumulativamente la colaboración activa y esencial en la investigación. Sobre este aspecto, señala GÓMEZ-JARA DÍEZ: "*si existe una confesión pero no se considera que las pruebas aportadas son lo suficientemente nuevas para esclarecer responsabilidades, entonces solo cabe la confesión y no la cooperación. Pero en el momento de que además de confesar se aporten pruebas nuevas y relevantes, entonces obligatoriamente se aplican ambas atenuantes. Por otro lado, si se aportan pruebas, pero no se produce ningún elemento de autoincriminación, entonces cabrá la colaboración, pero no la confesión"*[362].

c) "***Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos"***[363].

Atenuante propia del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, y que va en la línea ya apuntada de fomento de la autorregulación. Está íntimamente relacionada con las investigaciones internas realizadas por la propia persona jurídica[364], que pueden tener su génesis en la recepción de una denuncia mediante el canal establecido al efecto, o surgir ya a raíz de la imputación de la comisión de un delito en su seno.

La colaboración puede producirse igualmente mediante la facilitación a las autoridades que están investigando de toda la información y documentos que vayan requiriéndole a la persona jurídica[365].

El objeto de las pruebas aportadas puede estar referido al delito base cometido por la persona física o a la propia infracción del debido control cometida por la persona jurídica[366].

---

[362] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "*La atenuación de la responsabilidad…* ob. cit. pág. 236.
[363] Letra b) del aptdo. 1 del artículo 31 quater CP.
[364] Tal es así que, como señala NIETO MARTÍN, A., "Reforma del proceso penal y regulación de las investigaciones internas" (Reforma del proceso penal y regulación de las investigaciones internas - Almacén de Derecho (almacendederecho.org), última visita 06/06/2021), el 30 de abril de 2020 se publicó en Alemania un Proyecto de Ley para la lucha contra la criminalidad empresarial que, entre otros aspectos, regula la suspensión del proceso penal por la realización de investigaciones internas, hasta que la persona jurídica emita el informe final.
[365] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "*La atenuación de la responsabilidad…* ob. cit. pág. 237.
[366] DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas… ob. cit. pág. 158.

El precepto requiere que se trate de pruebas nuevas y decisivas, lo que incluye en la práctica una exigencia de resultado, que ha provocado que sea tildado de atenuante instrumental[367]. DOPICO GÓMEZ-ALLER[368] matiza ligeramente esa necesidad de utilidad al indicar que el término "pruebas nuevas y decisivas" debe "*ser interpretado dentro de la lógica promocional del precepto: lo determinante es que desde la perspectiva de la persona jurídica sean pruebas nuevas y decisivas aunque finalmente en términos objetivos se revele que no eran nuevas (porque la acusación ya tenía acceso a ellas) o que no eran decisivas (porque la acusación ya tenía el material probatorio suficiente antes de contar con ellas)*."

d) "***Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito***"[369].

Con ligeros matices, es casi una copia de la circunstancia 5ª del artículo 21 CP.

Su fundamento estriba, según el TS (por todas, Sentencia núm. 487/2001 de 27 marzo), en razones de política criminal, "*el restablecimiento del daño causado a la víctima, con la consiguiente disminución de la necesidad de la pena a imponer integran la razón fundamental de la atenuación*"[370].

Desde un punto de vista objetivo, resulta necesario reparar o minorar el perjuicio de forma significativa y relevante (STS núm. 59/2011 de 2 febrero). Subjetivamente, recuerda el ATS núm. 231/2019 de 17 enero, que la capacidad económica del sujeto reparador, aunque se trate de un dato a considerar, no resulta determinante para su apreciación, pues ello comportaría una ventaja injustificada para las personas insolventes.

[367] FEIJOO SÁNCHEZ, B., "La responsabilidad penal de las personas… ob. cit. pág. 132, indica que "*El CP, con la exigencia de que las pruebas tienen que ser decisivas, orienta el efecto atenuante a los resultados obtenidos por la colaboración, diluyendo su posible contenido simbólico y convirtiéndola en una atenuante más bien instrumental que persigue la facilitación de la labor judicial*".
[368] DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Circunstancias atenuantes, medidas cautelares y penas" en AA. VV, *Jornada de Derecho Penal. Los retos de la organización empresarial ante la nueva reforma del Código Penal*, Madrid: Fundación Ramon Areces, 1 de junio de 2011, págs. 32-78, pág. 64.
[369] Letra a) del aptdo. 1 del artículo 31 quater CP.
[370] F.D. 3º.

Temporalmente, la reparación debe producirse antes del inicio de las sesiones del juicio oral, habiéndose apreciado analógicamente cuando se realiza la mitigación del perjuicio ya concluso el juicio oral, pendientes los autos de sentencia.

e) "***Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica***"[371]**.**

En mi opinión, de su literalidad se desprende que no requiere un modelo de prevención penal en los términos previstos en el artículo 31 bis CP, *bastando* medidas concretas, que pueden no estar enmarcadas en un programa de cumplimiento global. No obstante, la doctrina lo ha interpretado en el sentido de que supone la exigencia de un modelo de organización y gestión completo.

Por lo tanto, resulta necesario que, una vez cometido el delito, pero con la intención de evitar o mitigar los riesgos penales del futuro, se apruebe e implante un sistema de *compliance*.

Como afirma FARALDO CABANA[372], es compatible que se estimen dos circunstancias atenuantes si concurren la prevista en el artículo 31 bis CP (acreditación parcial de los requisitos para la exención) y, además, se aprecia que tras el ilícito se ha mejorado el modelo de organización y gestión, acogiendo así la prevista en el artículo 31 quater 1.d) CP.

2.4.3.4 Hechos determinantes de la pena.

El último grupo de hechos relevantes en el enjuiciamiento de las personas jurídicas son los que tendrán influencia en la pena a imponer al sujeto colectivo.

El artículo 66 bis CP contempla un sistema en que la multa será obligatoria en cualquier condena[373], reservando las interdictivas para cuando "*resulten necesarias (por razones de prevención especial) para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o sus efectos (art. 66 bis, 1ª, a) CP)"*[374].

[371] Letra d) del aptdo. 1 del artículo 31 quater CP.
[372] FARALDO CABANA, P., "Los compliance programs y la atenuación… ob. cit. pág. 165.
[373] ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de las personas… ob. cit. pág. 125, lo justifica en que "*se trata de la pena potencialmente más útil para contrarrestar el desequilibrio económico derivado del beneficio y/o ahorro económicos que la corporación infractora obtiene con la actividad delictiva, en buena parte de los casos*."
[374] ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de las personas… ob. cit. pág. 123.

Para la imposición de la pena de multa se contemplan dos modelos. Por cuotas, fijándose la cuantía atendiendo a la capacidad económica del sujeto colectivo (artículo 50.5 CP) lo que permitirá que, *ad cautelam*, las defensas puedan incorporar a su estrategia periciales económicas sobre la capacidad económica de la corporación, buscando mitigar el castigo pecuniario; y el sistema de multa proporcional al daño causado (artículo 52.5 CP), elemento que también podrá ser objeto de pericia.

Como subraya ZUGALDÍA ESPINAR, y para el supuesto de que la persona jurídica no pudiera abonar la multa, se prevé la intervención judicial para evitar que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas pueda afectar a terceros no implicados en la actividad delictiva[375].

Al castigo dinerario se pueden añadir, como digo, penalidades de otro tipo, lo que ha provocado que la doctrina hable de "*penas interdictivas facultativas"*[376], esto es, disolución de la persona jurídica; suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años; prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años; y la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

DOPICO GÓMEZ-ALLER[377] expone que la imposición de las penas interdictivas requiere un triple juicio:

i. "*Necesidad preventivo-especial*", destinada a evitar que la persona jurídica cometa nuevos ilícitos.

ii. "*Impacto social de la pena*", lo que debe provocar que el juzgador atienda a la importancia de la sociedad, el número de trabajadores y socios de negocio, entre otros factores.

[375] ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de las personas… ob. cit. pág. 130.
[376] DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas… ob. cit. pág. 153.
[377] DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas… ob. cit. pág. 156.

iii. "*Nivel jerárquico en el que tuvo lugar el omiso control*" siendo mayor la gravedad cuanto más alto en el escalafón se encuentre el autor.

Además, concurren otros requisitos que influyen en la duración de la pena a imponer (artículo 66 bis 2ª párrafo segundo CP), concretados en que no podrá ser superior a la impuesta al autor físico y que, para que supere los dos años, es necesario que la persona jurídica sea reincidente y que sea empleada como instrumento para cometer ilícitos[378].

Como refiere ZUGALDÍA ESPINAR, la disolución se reservará a las "*sociedades criminalmente instrumentales o cuya principal actividad sea delictiva y multirreincidente"*[379].

2.4.4 Hechos propios de la persona física.

Entrarían en esta categoría los afectantes a la culpabilidad de la persona física, resultando por lo tanto ajenos a la persona jurídica (artículo 31 ter, aptdo. 2 CP).

2.5 Consecuencias defensivas del objeto del proceso en el enjuiciamiento de las personas jurídicas.

La división fáctica realizada por GASCON INCHAUSTI que ha vertebrado el aptdo. 2.4 tiene consecuencias prácticas directas en el ejercicio del derecho de defensa.

Como establece el autor[380], los hechos de referencia *pertenecen* a la persona física y a la jurídica. Los hechos internos de la persona jurídica le incumben solo a ésta, mientras que los hechos propios de la persona física afectan en exclusiva al autor material del ilícito.

En base a ello, respecto a los hechos que son exclusivos de cada uno "*ningún otro sujeto puede actuar (…) en ejercicio del derecho de defensa lato sensu*. *En cambio, respecto de los hechos de*

[378] Deben destacarse los criterios que establece el capítulo 8 de las *U.S.G* del *D.O.J*, fijando distintas pautas, otorgando puntuaciones según el grado de culpabilidad de la entidad, al objeto de imponer la sanción pecuniaria. Por ejemplo, la gravedad de la multa será mayor si la empresa enjuiciada tiene más de 5.000 empleados y una persona ubicada en el más alto nivel de la organización participó, condonó o deliberadamente ignoró el delito, o si la tolerancia hacia el delito era generalizada en toda la empresa. Esta guía contiene una tabla que establece la multa atendiendo a la puntuación final que se obtenga de ir aplicando las distintas pautas, de tal forma que si se superan los 38 puntos (que es la escala más alta), la sanción puede llegar a los 150.000.000 dólares.
[379] ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de las personas… ob. cit. pág. 127.
[380] GASCÓN INCHAUSTI, F., "Proceso Penal y persona jurídica… ob. cit. pág. 36.

referencia, la persona física y la persona jurídica comparten la posición de imputados (aunque los hechos de referencia no se le imputen penalmente stricto sensu a la persona jurídica) y el ejercicio de facultades defensivas"[381].

Esto provoca[382] que la persona jurídica pueda efectuar alegaciones y proponer prueba sobre los hechos de referencia, lo que se extiende a la fase de impugnación de la sentencia, en que puede pretender, por ejemplo, que se altere el relato fáctico contenido en la resolución de instancia en lo relativo a ese delito base.

Las posibilidades defensivas de la persona jurídica, en relación al ilícito presupuesto, han sido reconocidas por la STS núm. 123/2019 de 8 de marzo[383]: "*siendo posible, no se debe excluir a la persona jurídica de la discusión, característica del juicio oral, respecto de la acreditación, fáctica y jurídica, de la comisión del delito antecedente por parte de la persona física, evitando la celebración de un juicio contra aquella contando ya con la existencia previa de una declaración de hechos probados, referidos a la persona física, pero que le afectarían directamente. Es claro que ha de reconocerse la posibilidad de enjuiciar separadamente a la persona jurídica (artículo 31 ter CP), pero no debe ser excluida de la posibilidad de negar mediante su defensa la comisión del delito antecedente imputado a la persona física, si no lo impiden las propias circunstancias de la causa*".

[381] GASCÓN INCHAUSTI, F., "Proceso Penal y persona jurídica… ob. cit. págs. 38-39.
[382] GASCÓN INCHAUSTI, F., "Proceso Penal y persona jurídica… ob. cit. pág. 39.
[383] F.D. 1º.

CAPÍTULO 3. DEFENSA MATERIAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

3.1 Planteamiento.

La consideración de la defensa material como parte del fundamental derecho de defensa no arroja dudas desde el plano teórico si bien, en la práctica, el peso real de la autodefensa en los procesos penales seguidos frente a las personas físicas tiene una importancia descendente, probablemente cohibida por la constatación de que, en muchas ocasiones, las intervenciones personales en autos del sujeto pasivo del procedimiento son precisamente los momentos de mayor debilidad en su posición defensiva. Con base en ello no resultaría impropio decir que el *otro ejerciente* del derecho de defensa – el abogado – es el mayor *enemigo* de la autodefensa, al pretender reducirla a su mínima expresión.

No obstante, cuando la investigada o acusada sea una persona jurídica, los actos defensivos desplegados por la entidad antes y durante el proceso se antojan imprescindibles para lograr la exoneración de responsabilidad penal.

Para la consecución de ese objetivo absolutorio (o uno menos optimista, la máxima reducción de la pena), es ineludible una premisa: la corporación debe desarrollar su objeto social como si su imputación en un procedimiento criminal fuera solo cuestión de tiempo. Así dicho, parece una afirmación catastrofista – lo asumo – pero en las grandes empresas, con miles de trabajadores y múltiples centros de trabajo, las probabilidades de recibir una atribución delictiva son altas. Y en todo caso, aunque no lo fueran, es necesaria una tendencia mental de los directivos societarios, que debe ser trasladada a todos los niveles de la entidad, destinada a que determinadas actuaciones empresariales relacionadas directa o indirectamente con las actividades identificadas en el mapa de riesgos como susceptibles de culminar con la comisión de algún ilícito, se ejecuten de tal forma que se genere un auténtico *corpus* de elementos de descargo para poder demostrar en un hipotético proceso penal que la entidad despliega el debido control de su actividad empresarial.

Aunque muchos de los actos materiales que se analizarán son un espejo de los previstos para las personas físicas, en las jurídicas se manifiestan con mayor potencial defensivo.

La más destacable de estas actuaciones será la implantación del modelo de prevención penal que, amén de presidir el funcionamiento preventivo-penal de la empresa, articulará su defensa en el

supuesto de que sea imputada. Trataré en este capítulo los elementos imprescindibles con que debe contar para poder ser tildado de idóneo y eficaz, en los términos que estipula el CP.

Intrincado en el modelo de prevención penal, pero con una sustantividad propia que exige un examen separado, el canal de denuncias instaurado por la corporación como instrumento para que se le pongan de manifiesto los incumplimientos de sus miembros, puede suponer un mecanismo interno eficaz que le otorgue a la persona jurídica la posibilidad de reaccionar ante el ilícito y preparar su protección ante virtuales atribuciones delictivas, previamente incluso a la incoación del proceso. Además, si en el concreto hecho enjuiciado el canal no sirvió para detectar la infracción, pero sí puede atestiguarse que en ocasiones anteriores permitió a la corporación responder frente a delitos cometidos bajo su cobertura, los tribunales lo percibirán sin duda como un indicio relevante de la existencia de una correcta cultura de cumplimiento de la legalidad.

Ya como actuación defensiva enmarcada en el procedimiento penal, será objeto de estudio la designación del representante especial que, como *humanización* de la persona jurídica, ejercitará los actos a los que la LECrim concede carácter personalísimo. La posibilidad de elegir al sujeto mejor preparado para dar *voz* procesal al ente, que puede, o no, ser parte de la empresa en el momento de la comisión del ilícito objeto de autos, me llevará a plantear la posible profesionalización de la figura.

Probablemente el acto defensivo más destacable que tenga que realizar este representante se referirá a su declaración como investigado, durante la instrucción y, si el proceso avanza, como acusado en el juicio oral. Por ello, haré referencia a las principales cuestiones que tendrá que contestar la persona elegida por la corporación.

Al representante defensivo le corresponde igualmente la responsabilidad de ratificar la decisión societaria de aquietarse con la pena más grave de las solicitadas por las acusaciones personadas, allanándose de este modo con la pretensión punitiva. A esta decisión, a la que como acto destinado

a minorar los riesgos del proceso se le debe conferir carácter defensivo[384], dedicaré un epígrafe específico.

Como cierre del capítulo analizaré el derecho a la última palabra que el artículo 786 bis LECrim reconoce a la persona jurídica.

3.2 El plan de cumplimiento normativo penal.

3.2.1 Idoneidad y eficacia del modelo de prevención penal.

El acto defensivo por antonomasia de las personas jurídicas, de carácter preprocesal[385], e intrínseco a su naturaleza – lógicamente, no tiene equivalente en las personas físicas – es la implantación del modelo de prevención penal que se erigirá en el principal argumento de la entidad si se comete un ilícito en su seno. Para que tenga verdadera virtualidad procesal, debe colmar las dos características exigidas por el CP: idoneidad y eficacia.

La idoneidad, como cualidad teórica del modelo implica que, desde una perspectiva *ex ante*, debe resultar apto para prevenir, detectar y reaccionar frente a ilícitos penales susceptibles de ser cometidos atendiendo a las circunstancias específicas de la persona jurídica. Tal y como indica GONZÁLEZ CUSSAC[386], cuyo planteamiento asumo en estas páginas, el análisis de la idoneidad debe efectuarse desde un triple prisma:

- Idoneidad temporal, que comporta que tanto la adopción (decisión del órgano de administración) como su ejecución (puesta en funcionamiento) debe haberse culminado antes de que la persona física realizara el ilícito.

[384] RODRÍGUEZ GARCÍA, N., "La conformidad de las personas jurídicas… ob. cit. pág. 9 señala "*la conformidad es una de las armas defensivas con las que cuenta el imputado en el proceso penal, en el entendido que sus mayores o menores consecuencias favorables para su posición jurídica son una expectativa y no un derecho*". Más adelante (pág. 10) señala el autor en cita que es "*una forma de defensa personal o privada de la parte acusada cuyo objetivo fundamental reside en despejar la incertidumbre que para él supone la celebración del juicio oral*".

[385] Cabe igualmente su instauración durante el proceso si bien, en ese supuesto, "solo" tendría eficacia atenuante, como ya he tratado anteriormente.

[386] GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "Condiciones y requisitos para la eficacia… ob. cit. págs. 321-325.

- Idoneidad formal, mediante la que comprobar si el modelo de prevención instaurado prevé delitos de la misma naturaleza que el cometido. Refiere el autor que debe realizarse la "*comprobación de «identidad» entre dos infracciones penales"*[387].

- Idoneidad material, con una doble vertiente. La primera "*requiere que el juez penal verifique que, ex ante, el modelo de cumplimiento adoptado contenía medidas idóneas para prevenir (evitar) delitos de la misma naturaleza que el realmente cometido. Es decir, ha de poder afirmarse que ex ante, conforme a la experiencia general, el modelo de gestión incluía todas las medidas exigibles lógicamente para que no se pudiera cometer esa clase de infracciones penales"*[388]. Se trata de una *idoneidad material relativa*, dice el autor, que analizada "*conforme a criterios generales, un espectador objetivo diría ex ante que, con todos los conocimientos sociales disponibles, las medidas adoptadas resultaban idóneas para evitar la comisión de esta clase de delitos"*[389]. La segunda vertiente "*compele al juez penal desarrollar un examen sobre la probabilidad de las medidas previstas en el programa para haber reducido "de forma significativa" el riesgo de su comisión. Esta segunda alternativa obliga al juez a efectuar una operación compleja sustentada en un juicio ex ante, contrafáctico y de valoración o cálculo de probabilidades"*[390].

Debe descartarse una idoneidad absoluta, y centrarnos en una "*idoneidad objetiva ex ante"*[391]. GÓMEZ TOMILLO[392] señala a este respecto: "*Con independencia de que el concepto delito haya sido cometido por persona que ocupe una posición dirigente, o subordinada en la estructura empresarial o social, parece claro que la idoneidad de programa para impedir la verificación de delitos en el marco de la persona jurídica debe contemplarse desde una perspectiva ex ante, aunque ex post tal programa no haya sido suficiente*".

[387] GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "Condiciones y requisitos para la eficacia… ob. cit. pág. 321.
[388] GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "Condiciones y requisitos para la eficacia… ob. cit. pág. 323.
[389] GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "Condiciones y requisitos para la eficacia… ob. cit. pág. 324.
[390] GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "Condiciones y requisitos para la eficacia… ob. cit. pág. 324.
[391] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "La culpabilidad de la persona jurídica… ob. cit. pág. 187.
[392] GÓMEZ TOMILLO, M., *Compliance penal y política legislativa. El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pág. 24.

La eficacia, con una proyección ya práctica, exige determinar si el sistema, amén de adecuado teóricamente, tiene relevancia real en el día a día societario, permitiendo mitigar o eliminar el riesgo de comisión delictiva.

Salvo supuestos excepcionales, un modelo de prevención penal que no sea idóneo es inhábil para resultar eficaz. En cambio, es posible que sea adecuado en el plano hipotético, pero no haya sido institucionalizado societariamente, deviniendo así en ineficaz.

En la búsqueda de la idoneidad y eficacia, apuntaré a continuación los pilares que deben soportar el sistema preventivo-penal del ente.

3.2.2 Adopción y ejecución por los representantes legales. Liderazgo y compromiso.

Según señala la condición 1ª del aptdo. 2 del artículo 31 bis CP, la exoneración de responsabilidad penal de la persona jurídica requiere que "*el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*". Por lo tanto, queda claro que la obligación de implantar el modelo de prevención penal les compete en exclusiva a los rectores societarios.

Los motivos de esta atribución son de carácter material, aunque con derivaciones prácticas.

Desde un punto de vista material, como afirma SILVA SÁNCHEZ, el cumplimiento normativo es una obligación de los rectores societarios[393], a los que les corresponde el deber jurídico, penalmente reforzado, de implementar un programa de cumplimiento[394]. Esto, como digo, reporta al menos tres ventajas prácticas.

En primer término, la atribución personal de esta exigencia al órgano de administración permite, en caso de incumplimiento, fijar con sencillez a quién se le puede achacar la responsabilidad por la omisión.

[393] SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Deberes de vigilancia y Compliance empresarial", en KUHLEN, L., MONTIEL, J.P., ORTIZ DE URBINA, I., (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, págs. 79-105, pág. 100.
[394] SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Deberes de vigilancia y Compliance… ob. cit. págs. 100-101.

La asignación de la responsabilidad de la implantación tiene una segunda causa. Dado el funcionamiento de las corporaciones, principalmente las sociedades de capital como manera más frecuente de organizar los intereses societarios, sería relativamente sencillo eludir ciertas responsabilidades si la junta general o el propio órgano de administración decidieran que otro sujeto de la entidad se encargara de adoptar y ejecutar el sistema de cumplimiento, permitiendo así que los representantes legales esquivaran parte de sus obligaciones. Para evitar esta elusión, en el ámbito de las sociedades cotizadas, se establece entre las facultades indelegables (artículo 529 ter LSC) la determinación de la política de control y gestión de riesgos y su correspondiente supervisión. Muestra de que la delegación de facultades es un comportamiento habitualmente empleado en las organizaciones como método para eludir *culpas* por sus dirigentes es que la NORMA UNE 19601 ha recordado que "*la delegación de la toma de decisiones no exonera a la alta dirección*[395] *de sus propios deberes y responsabilidades en cuanto a la prevención de los riesgos penales. Tampoco transfiere a las personas delegadas las posibles responsabilidades legales en materia de supervisión o adopción de decisiones que les correspondan"*[396].

Como tercera y principal motivación de la asignación de esta carga a los rectores societarios, y desde el punto de vista de la eficacia del modelo de organización y gestión, la importancia de los directivos en su implantación y supervisión es destacada por las normas y recomendaciones más relevantes a nivel internacional[397]. La NORMA UNE 19601 denomina este aspecto liderazgo (aptdo. 5) y, si bien diluye su atribución en tres grupos distintos – órgano de gobierno, órgano de *compliance* penal y altos directivos –, tanto el *compliance officer* como la alta dirección, en la práctica, desarrollan competencias delegadas del órgano de administración:

[395] Puntualizo que cuando la NORMA UNE 19601 se refiere a los altos directivos no lo hace como sinónimo de órgano de administración, sino que alude a los sujetos que, ubicados inmediatamente por debajo de los administradores, se encargan de dirigir y controlar la organización.
[396] Nota del aptdo. 5.3.2.
[397] La *Bribery act 2010* destaca lo que denomina "*compromiso al más alto nivel*", y que por lo tanto se traslada igualmente a la *Bribery Act 2010 Guidance* (págs. 23-24) y al *SFO Operational Handbook Evaluating a Compliance Programme* (pág.6); la *French Anti-Corruption Agency guidelines* (págs. 6-9), lo denomina "*Compromiso de la alta dirección para prevenir y detectar la corrupción*."; la NORMA UNE 19601, refiere el "liderazgo", al que le dedica el capítulo 5; la Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia de la CNMC, destaca la importancia de la implicación de los directivos bajo la rúbrica "Implicación de los órganos de administración y/o los principales directivos de la empresa" (págs. 8-9); y, por su parte, la Circular 1/2016 de la FGE, dentro del aptdo. 5.6 referido a la valoración de la eficacia de los modelos de organización y gestión (pág. 27), subraya que "*cualquier programa eficaz depende del inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección de la compañía*".

- El órgano de gobierno, según la NORMA UNE 19601, además de tener atribuida la obligación de establecer las seis condiciones que fija el aptdo. 5 del artículo 31 bis CP[398], es el encargado de aprobar la política de *compliance* penal e instaurar la cultura de cumplimiento. Por lo tanto, para la NORMA UNE 19601, sin liderazgo no se pueden cumplir las exigencias del CP que habilitarían la exoneración de responsabilidad. Aunque las posibilidades probatorias para atestiguar el liderazgo son innumerables y dependerán de los aspectos concretos que se pretenda acreditar, uno de los medios más eficaces es el levantamiento de actas que documenten las decisiones del órgano de administración cuando afecten al cumplimiento de las condiciones que pauta el CP para los modelos de organización y gestión.

- El *compliance officer,* según la NORMA UNE 19601, también debe demostrar su liderazgo. Sus obligaciones se concretan en el impulso del modelo de prevención instaurado; en la formación al personal; en la documentación del modelo; en la supervisión del canal de denuncias; en la valoración del cumplimiento de las medidas implantadas; en la identificación de los riesgos penales; en la revisión del modelo y en el reporte al órgano de administración.

- En el último eslabón en la cadena de liderazgo, la NORMA UNE 19601 ubica a los altos directivos, conceptuados como las personas que dirigen y controlan la organización, sin ostentar lógicamente la condición de representantes legales. Sus funciones se alejan ligeramente del carácter normativo predicable respecto a las contempladas para el órgano de administración y el *compliance officer*, al encontrarse más cerca del funcionamiento diario del programa de cumplimiento normativo. Es decir, que sin perjuicio de que puedan intervenir en la creación de los protocolos internos, deben velar también por su aplicación en la actividad empresarial, de tal forma que su competencia principal de entre las indicadas por la NORMA UNE 19601 es encargarse de que las medidas derivadas del modelo de prevención penal se incorporen a los procesos y procedimientos de la organización.

[398] La NORMA UNE 19601, en el aptdo. 5.1.1 b), señala entre sus funciones la de "*adoptar e implementar, mantener y mejor continuamente un sistema de gestión de compliance penal idóneo para prevenir y detectar delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*".

En resumen, la labor del órgano de administración ahonda en la propia existencia del modelo de prevención penal, el órgano de *compliance* lo perfila y tecnifica, convirtiéndolo en idóneo y canalizándolo hacia la eficacia, y los altos directivos inciden casi en exclusiva en su aplicación práctica, sin perjuicio de que dada su cercanía a la *praxis* sean los más capacitados para detectar los errores de diseño.

3.2.3 Política de compliance penal.

La exigencia de un texto normativo que aglutine los principios y objetivos más relevantes es un denominador común de las NORMAS UNE – ISO[399]. Es el punto de partida del sistema de gestión del *compliance*.

En la política, el órgano de administración fijará el objetivo a desarrollar con el ulterior conjunto normativo, que se concretará principalmente en el cumplimiento de la legislación penal por parte de todos los miembros de la organización. Como señala CASANOVAS YSLA: "*a partir de esos enunciados generales, establecerá los parámetros de conducta que se esperan de las personas que se vinculan con la organización y exigirá comprometerse con ellos, describiendo las medidas coadyuvantes que se han establecidos a tales efectos y las consecuencias en caso de incumplimiento"*[400].

En la práctica, la política de *compliance* de las grandes empresas[401] suele limitarse a establecer la tolerancia cero hacia la comisión de delitos[402], posponiendo para documentos posteriores[403],

[399] CASANOVAS YSLA, A., *Compliance Penal Normalizado. El estándar UNE 19601,* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2017, pág. 136 (nota 272) señala que "*Son numerosos los textos internacionales que se refieren a la necesidad de normas internas que pongan de manifiesto la voluntad de la organización en la lucha contra conductas ilícitas y establezcan los parámetros de conducta esperados*".

[400] CASANOVAS YSLA, A., ""Compliance" penal normalizado… ob. cit. pág. 137.

[401] Véase por ejemplo la Política de *compliance* de ENAGAS (https://www.enagas.es/stfls/ENAGAS/Documentos/Política%20de%20Compliance_nuevo%20formato_24.07.2017%20.pdf última visita 21/01/2020).

[402] Esta práctica se extiende a otros ámbitos no estrictamente penales. Así, la Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia de la CNMC, destaca dentro del aptdo. A, dedicado a la "*Implicación de los órganos de administración y/o los principales directivos de la empresa*", que (pág. 9) "*resulta especialmente aconsejable la existencia de una declaración clara, firme y pública de los principales directivos de la empresa subrayando que el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia no es únicamente una obligación legal, sino un elemento central de la cultura de la empresa y de la responsabilidad de esta para con sus clientes y proveedores y los consumidores en general*".

[403] Expresamente lo permite la NORMA UNE 19601, aptdo. 5.1.1 nota d).

derivados de esta *norma cero*, el desarrollo de las conductas prohibidas y las medidas para su evitación.

3.2.4 El código de conducta.

El despliegue normativo subsiguiente a la política de *compliance* suele recibir forma de código de conducta[404].

FEIJOO SÁNCHEZ señala[405] que los "*códigos éticos[406], de valores, de buenas prácticas, o de conductas, representan una herramienta de cumplimiento de importancia capital aunque no estén expresamente recogidos en el CP*" pues son "*la columna maestra de los Programas*". Concretamente, según el autor: "*Dichos Códigos suelen diseñar primero los aspectos vinculados al reforzamiento de una cultura organizativa tendente al cumplimiento de la Ley y, en segundo lugar, la instauración de los procedimientos y mecanismos concretos para asegurar el cumplimiento de este objetivo"*.

[404] En nuestro país los códigos de conducta han estado ligados principalmente al concepto de *Buen Gobierno Corporativo*, con influencia principalmente en las sociedades cotizadas, concretándose en diversos textos: el Código Olivencia (1998); el Informe Aldama (2002), que si bien recogía distintas recomendaciones no generó propiamente un código, pero algunas conclusiones que contenía se incorporaron al ordenamiento mediante la aprobación de la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifica la Ley de Mercado de Valores, el texto refundido de la Ley de Sociedad Anónimas vigente en ese momento; el Código Unificado de Buen Gobierno (2006), conocido como "Código Conthe"; y el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (2015), cuya última revisión se produjo en junio de 2020. No obstante, el legislador penal no ha exigido expresamente que conste un código con estas características, omisión que es una constante en las normativas de otros países sobre *compliance*. Como "excepción", se podría referir Francia, que en el artículo 17.II (1) de la LOI No 2016-1691 de 9 de diciembre de 2016 sobre transparencia, lucha contra la corrupción y modernización de la vida económica (conocida como "Ley Sapin II"), exige que las empresas sometidas a ese texto legislativo cuenten con un código de conducta que defina e informe sobre los diferentes tipos de comportamiento, en el ámbito de la entidad, que deben prohibirse como susceptibles de caracterizar actos de corrupción o tráfico de influencias. Por su parte, en Chile, si bien la Ley 20.393 no hace referencia a los mismos, la Guía Práctica *Buenas Prácticas de Investigación Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, destaca (pág. 31) "*la importancia de los códigos de conducta para el modelo de prevención de delitos"*, apuntando incluso algunas comprobaciones a realizar por los fiscales para su verificación, como (pág. 32) (la) "*Incautación de una copia del código de conducta y su revisión; Registros que den cuenta de la de la difusión a los empleados de la empresa y a contratistas; Declaración como testigos de empleados y, eventualmente, de contratistas acerca de la efectividad de que les fuera comunicado*".

[405] FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el CP… ob. cit. págs. 73-74.

[406] En contra de la denominación de Códigos *Éticos* se pronuncia BACIGALUPO SAGESSE, S., "Cultura de cumplimiento e integridad: Elemento clave de la prevención de riesgos penales", *Revista internacional de transparencia e integridad*, Número 2 (septiembre-diciembre 2016), 2016, pág. 5, para quien "*Hablar de ética en el contexto de normas jurídicas no resulta apropiado. Claro está que detrás de las normas de cumplimiento hay valores éticos y morales, pero lo cierto es que las normas prohíben conductas concretas que, sin lugar a duda, son prohibiciones porque la sociedad que regulan dichas normas tiene unos determinados valores morales. En el contexto de las corporaciones y de compliance es preferible hablar de buenas prácticas y de cultura empresarial, pero no de ética empresarial*".

NIETO MARTÍN los define señalando que "*son documentos que contienen y establecen los valores de la empresa, desarrollándolos en un conjunto de reglas destinadas a guiar los comportamientos de sus destinatarios en el interior de la empresa y con los distintos grupos de interés. Funcionalmente, el código ético es una herramienta de dirección empresarial, cuyo objetivo es asegurar que los empleados realizan su actividad conforme a los valores que la empresa desea establecer o que considera que constituyen la esencia de la cultura corporativa"*[407].

Como se extrae de las anteriores citas, un código ético idóneo recogerá los principios que deben regir a las personas relacionadas con una concreta entidad, y las pautas de comportamiento que se derivan de los valores corporativos.

Aunque el código ético, en mi opinión, no es el lugar adecuado para ubicar el mapa de riesgos, sí que debe compilar los patrones de conducta cuyo seguimiento permitirá reducir significativamente el riesgo de comisión de los delitos que se han identificado como potencialmente riesgosos[408]. De este modo, si el código ético, por ejemplo, no fija la obligación de que la información facilitada a los clientes sobre los productos o servicios ofrecidos resulte veraz, y luego se consuma un delito de estafa o publicidad engañosa, el modelo de prevención penal podría calificarse de inidóneo[409].

Este texto debe contener igualmente una referencia expresa al canal de denuncias[410] establecido como mecanismo para comunicar los posibles incumplimientos, así como una alusión cuanto menos genérica al sistema disciplinario implantado como respuesta a las faltas de conformidad

[407] NIETO MARTÍN, A., "Código Ético, evaluación de riesgos y formación" en NIETO MARTÍN, A. (Dir.)*, Manual de Cumplimiento Penal de la empresa,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, págs. 135-163, pág. 135. En un sentido similar se mueve la definición de MANDRI ZÁRATE, J., "El código ético de conducta" en PUYOL MONTERO, J., y BAUTISTA SAMANIEGO, C.M., *Guía para la implantación del Compliance en la empresa,* Hospitalet de Llobregat: Bosch, 2017, págs. 269-278, pág. 269, para quien los código éticos son "*la principal fuente normativa o de mayor nivel en una organización, de carácter deontológico, y contendrá los principios y valores que la empresa ha de aplicar y respetar en todos los ámbitos de su actividad. Es una exteriorización del compromiso o de la cultura de cumplimiento de la organización, de las leyes y de los valores éticos de la propia organización".*

[408] Analizando los códigos éticos de las empresas del IBEX 35, y su relación con los ilícitos previstos en el CP. vid el estudio de RIBAS Y ASOCADOS "Estudio 2016 Códigos éticos y líneas rojas penales Ibex 35" (https://xribasdotcom.files.wordpress.com/2016/05/estudio-cc3b3digos-c3a9ticos-ibex-35-2016.pdf última visita 28/01/2020).

[409] La referencia a principios genéricos, sin ulterior desarrollo no es suficiente. Al respecto, recuerda el aptdo. 9-28.800 de los *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, citando la sentencia *Estados Unidos c. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000, 1007 (9th Cir. 1972), que una entidad "*no puede obtener exculpación emitiendo instrucciones generales sin comprometerse a hacer cumplir esas instrucciones por medios acordes con los riesgos obvios*".

[410] En este sentido se pronuncia igualmente NIETO MARTÍN, A. "Código Ético, evaluación de riesgos… ob. cit. pág. 135.

detectadas. No resulta necesario que se desarrollen aquí los recursos dispuestos para prevenir ilícitos, o el procedimiento de formación de la voluntad societaria, que serán ya parte del ulterior modelo de prevención de delitos.

De acuerdo con la NORMA UNE 19601, que se refiere a los códigos éticos como "*estándar común y publicado de comportamiento que se requiera en todas y cada una de las áreas de la organización, así como a sus socios de negocio"*[411], tanto la política de *compliance* como el código ético deben ser accesibles[412] para los miembros de la organización y personas relacionadas (principalmente, proveedores y socios de negocio), de tal forma que incluso, como prueba de la eficacia del sistema, debe poder acreditarse que han recibido una copia de los dos documentos y que se han comprometido a su cumplimiento. En las entidades con página web ambos deben estar *colgados* para su acceso también por terceros que se relacionen con la empresa.

3.2.5 Modelo de prevención penal (elementos imprescindibles).

Es el documento interno más relevante del sistema defensivo de la entidad, tanto desde la perspectiva de la idoneidad como de la eficacia. De hecho, como indica FEIJOO SÁNCHEZ[413] es a este *componente* del programa de cumplimiento normativo penal al que el CP dedica sus atenciones.

En mi opinión, debe estar dividido en dos partes: la primera, general, que contendrá los elementos estructurales y la segunda, especial, referida a los riesgos penales identificados y las medidas previstas para su mitigación.

i. Parte general

a) Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos destacados.

El modelo de prevención surge en la empresa con vocación de establecer el conjunto de medidas organizativas destinadas a la evitación de ilícitos penales. Por ello, en un lenguaje lo más sencillo posible, adaptado a unos destinatarios que en principio serán *legos* en Derecho, se deberán

[411] Aptdo. 7.1, esto es, dentro del aptdo. denominado "cultura de compliance".
[412] En palabras de la NORMA UNE 19601 (pág. 20) debe "*estar disponible como información documentada*".
[413] FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el CP… ob. cit. pág. 78.

consignar las notas configuradoras de la responsabilidad penal empresarial, y la referencia a los *compliance program* como instrumento corporativo idóneo para evitar, prevenir y detectar ilícitos. De este modo se consigue que desde el mismo inicio los sujetos obligados tengan presente el objetivo a colmar.

b) Objetivo y alcance.

El modelo debe comenzar consagrando la "tolerancia cero" hacia la comisión de ilícitos en el seno de la entidad como objetivo principal.

A continuación, indicará las personas a las que se extiende su aplicación – en un sentido similar al alcance que se haya recogido en el código ético – señalando los motivos que justifican la aplicabilidad hacia esos concretos grupos de personas. Lógicamente, la explicación no resulta necesaria respecto a los directivos y subordinados, pero sí puede ser oportuna en los socios de negocio, proveedores habituales, y otro tipo de entidades que, sin estar directamente bajo la influencia del órgano de administración, tengan una contribución sustancial en el proceso productivo de la entidad.

Por exigencias de la NORMA UNE 19601[414], para la fijación del alcance del sistema se debe tener en cuenta el contexto de la entidad, las expectativas societarias respecto al sistema de gestión de *compliance*[415], y el resultado de la identificación y valoración de los riesgos penales.

Si bien el compromiso con la evitación de delitos que, como he indicado, debe estar en este aptdo., ahonda principalmente en la idoneidad, la fijación del alcance tiene influencia tanto en la idoneidad como en la eficacia. La comisión de un ilícito susceptible de generar responsabilidad penal de la entidad por una persona física no incluida en el alcance del sistema sería un patente defecto de diseño. En cambio, si están correctamente determinadas las personas a las que se aplica, pero no se han tomado las medidas oportunas para que todos los sujetos a los que se pretende extender sus efectos conozcan y cumplan las exigencias establecidas, será signo de ineficacia.

[414] Aptdo. 4.3.

[415] Aunque en este trabajo, lógicamente, me he centrado en una sola expectativa, el cumplimiento de la legalidad penal, el modelo de prevención penal puede ser parte de lo que se conocen como "superestructuras de cumplimiento", en las que la legislación punitiva concurre con otros límites de comportamiento, como por ejemplo los valores éticos autoimpuestos o la normativa administrativa, como la relativa a la competencia.

c) Contexto organizativo. Principales factores de riesgo.

Se consignarán aquí los factores internos y externos de la entidad que pueden tener relevancia en el cumplimiento normativo penal.

Siguiendo la NORMA UNE 19601[416], estos aspectos podrían ser, a título enunciativo, el tamaño y estructura de la entidad; sectores en los que opera; naturaleza, escala y complejidad de las actividades desarrolladas; entidades controladas; miembros de la entidad y socios de negocio; relaciones con el funcionariado público; así como los compromisos legales, contractuales y profesionales[417].

Aunque es una obviedad que los miembros de la persona jurídica conocen mejor que nadie las características de la entidad, recogerlas por escrito permite que se detecten los elementos de la corporación que pueden resultar potencialmente peligrosos desde la perspectiva del cumplimiento normativo penal.

d) Órgano de cumplimiento normativo. Atribuciones.

En este aptdo. se proclamará al responsable de cumplimiento previamente nombrado por el órgano de administración.

Si se trata de un órgano pluripersonal, el modelo determinará sus normas de funcionamiento que puedan influir en otros miembros de la organización[418].

---

[416] Aptdo. 4.1.

[417] En similar sentido, la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs*, de junio de 2020, elaborada por el *DOJ* con el fin de establecer unas pautas para que los fiscales de Estados Unidos puedan examinar los modelos de prevención penal (me referiré a este texto en innumerables ocasiones a lo largo de esta tesis) señala a título enunciativo, en su introducción, como factores a considerar, el tamaño de la empresa, la industria, el impacto geográfico y el entorno regulatorio. Más adelante, dentro del aptdo. I.A (esto es, en el referido a la evaluación del diseño del *compliance program* y, más concretamente, la evaluación de riesgos), recoge otro "listado": la ubicación de sus operaciones, el sector de la industria, la competitividad del mercado, el entorno regulatorio, los potenciales clientes y socios de negocios, las transacciones con gobiernos extranjeros, los pagos a funcionarios de gobiernos extranjeros, el uso de terceras partes, regalos, viajes y gastos de entretenimiento, y donaciones caritativas y políticas.

[418] Las normas de funcionamiento interno con afectación solo a los miembros del órgano deben establecerse preferiblemente en un documento separado, para facilitar que el modelo de prevención penal sea un soporte lo más manejable posible.

Tras compilarse sus principales prerrogativas, se detallarán las atribuciones específicas que ostenten en la organización.

Debe quedar recogido igualmente el método de contacto directo con el responsable de cumplimiento (que, normalmente, sería vía email), buscando fomentar que el *compliance officer* tenga una relación fluida con todos los miembros para que puedan plantearle dudas, inquietudes, y sobre todo poner en su conocimiento los incumplimientos detectados.

e) Protocolo de formación de la voluntad societaria.

En sintonía con lo indicado por el CP[419], este presupuesto impone la obligación de preestablecer los cauces de toma de decisiones internas cuando estén relacionadas con actividades identificadas como peligrosas desde un punto de vista penal.

f) Recursos. Objetivo y control.

Exigencia emanada directamente del CP, que requiere, como he analizado en el anterior capítulo, un "*modelo de gestión de los recursos financieros"*[420].

g) Canal de denuncias.

Debe quedar consignado que la entidad ha establecido un canal de denuncias mediante el que poner en conocimiento del ente los incumplimientos detectados.

Se trata de un extremo que será ampliamente tratado en el posterior aptdo. 3.3, lo que exime ahora de mayor comentario.

h) Sistema disciplinario y de incentivos.

Como ya he indicado en el capítulo 2 (aptdo. 2.4.3.2.c.v), la respuesta disciplinaria ante los incumplimientos se producirá mediante la remisión al Estatuto de los Trabajadores y al Convenio sectorial de aplicación.

[419] Requisito 2º del aptdo. 5 del artículo 31 bis CP.
[420] Requisito 3º del aptdo. 5 del artículo 31 bis CP.

Las últimas tendencias en *compliance* recomiendan contemplar incentivos que estimulen que los trabajadores cumplan los objetivos establecidos.

En todo caso, la *ligazón* entre las responsabilidades ligadas al cumplimiento normativo, y la imposición de sanciones disciplinarias a los trabajadores, es probablemente una de las grandes fallas del sistema mientras no se proceda a su incorporación como obligación normativa de los empleados. Para sortear esta cuestión, la Guía Práctica *Buenas Prácticas de Investigación Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* efectuada por la Fiscalía de Chile destacaba la solución dada por la Dirección General de Trabajo de dicho país (Dictamen del Trabajo Nº 3199), en la que se indicaba: "*la exigencia que impone una ley, como la Nº 20.393, en orden a crear modelos de organización, administración y supervisión destinados a prevenir ciertos y específicos delitos reprochables a las personas jurídicas por el legislador, en nada altera la exigencia según la cual, si uno de los medios utilizados por una empresa para aplicar las referidas exigencias legales, consiste en dictar unilateralmente normas que dan cuenta de obligaciones y prohibiciones que deben cumplir los trabajadores en relación con sus labores, deban incorporarse al ya indicado Reglamento interno* [refiriéndose al reglamento interno de orden, higiene y seguridad con que deben contar las empresas chilenas]".

i) Formación y comunicaciones en *compliance.*

Aspecto destacado por la doctrina como imprescindible para la correcta implantación del modelo de prevención penal[421].

Como afirma NIETO MARTÍN[422], la formación debe cumplir tres objetivos: (i) informar sobre cuestiones normativas o referidas al propio modelo de prevención, dotadas de cierta complejidad; (ii) transmitir los valores propios de la entidad, poniendo así coto a la irresponsabilidad organizada que pudiera estar instaurada y; (iii) perfilar y mejorar la implantación del programa de

[421] En particular, GIMENO BEVIÁ, J., "La formación y comunicación en Compliance y su relevancia como prueba en el proceso penal", *La Ley compliance penal*, nº 1, Sección Estudios, Segundo trimestre de 2020, pág. 2, señala que la formación deviene imprescindible para que las políticas de *compliance* sean conocidas por todos los miembros de la organización, facilitando así la instauración de una adecuada cultura de cumplimiento.
[422] NIETO MARTÍN, A., "Código Ético, evaluación de riesgos… ob. cit. pág. 162.

cumplimiento, al permitir recabar sugerencias de los sujetos directamente encargados de su aplicación.

Por su parte, la NORMA UNE 19601, en el aptdo. 7.4, denominado "*formación y concienciación en compliance*", centra el objeto de la formación en los riesgos penales, las circunstancias en que se pueden concretar, y los medios y ventajas de su evitación.

En mi opinión, la formación resulta esencial sobre todo para evitar ilícitos en que los controles de la entidad para su evitación tienen una eficacia moderada. De este modo, formando a los miembros de la organización sobre las conductas punibles, se logra concienciar en relación al riesgo penal que implican determinados comportamientos, posibilitando así la persuasión al posible autor material y, sobre todo, que su entorno organizativo más inmediato sea consciente de la reprochabilidad de tal conducta[423].

En la formación pueden tener relevancia las denominadas comunicaciones de *compliance*[424], principalmente destinadas a informar a los miembros de la entidad de incumplimientos que se hayan detectado y la respuesta dada por la empresa, lo que permite, además de preparar a los miembros de la persona jurídica, lograr funciones preventivas-generales.

j) Revisión y mejora del modelo.

La implantación del modelo de prevención penal debe ser conceptuada como un proceso dinámico, que permita su adaptación al entorno cambiante en que se ubica la persona jurídica. Las modificaciones derivarán principalmente de los procedimientos internos de revisión y mejora.

k) Delegación de facultades.

[423] En este sentido, señala la Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia de la CNMC, respecto a los canales de denuncias, que (pág. 10) "*el canal de denuncias interno permite detectar rápidamente conductas infractoras en la medida en que cualquiera (puestos intermedios, personal de apoyo, etc.), habiendo recibido la formación adecuada, puede detectar la infracción y ponerla en conocimiento del responsable de la gestión del canal*".
[424] Previstas en el aptdo. 7.5 de la NORMA UNE 19601.

La delegación de facultades, como herramienta para el desarrollo de la actividad corporativa, tiene una relevancia penal destacada por la doctrina[425].

Aunque la delegación correctamente ejecutada genera una más eficaz gestión de los recursos personales de la empresa, puede provocar también la multiplicación de los sujetos responsables: primero, el delegado que habría incumplido o desatendido una responsabilidad recibida *ex novo* en su ámbito competencial, y segundo, el delegante, por no haber vigilado correctamente la habilitación realizada, o incluso por no haber elegido a la persona adecuada para el desarrollo de la función.

Por lo tanto, la positivización del método empleado para la delegación, sus causas justificativas y un registro interno adecuado permite, si se detectan incumplimientos, saber qué concreta persona de la organización tiene una responsabilidad directa[426] en la actividad riesgosa que ha culminado en un ilícito penal. O, dicho de otra forma (MONTANER FERNÁNDEZ[427]), la verdadera delegación de funciones – esto es, no la simple derivación de una tarea concreta – tiene la ventaja, y de ahí su importancia en la criminalidad empresarial, de clarificar los títulos de responsabilidad sobre un determinado ámbito de competencia.

Desde la perspectiva del *compliance* y principalmente en las empresas de cierta envergadura, la delegación de funciones es absolutamente ineludible, por lo que como asevera LASCURAÍN SÁNCHEZ un correcto sistema de delegación es una manifestación del debido control empresarial[428].

---

[425] Por todos, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. "La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales" en NIETO MARTÍN, A., (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, págs. 165-185.

[426] DE LA MATA BARRANCO, N. J., "El cumplimiento normativo eficaz penalmente" en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.), DE LA CUERDA MARTÍN, M., GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (Coords.), *Derecho Penal económico y teoría del delito,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, págs. 411-430, pág. 426, afirma: "*la persona jurídica deba tener perfectamente establecido en su organigrama dónde empiezan y terminan las delegaciones, cuál es su contenido y control y de qué modo cada actuación individual puede estar razonablemente sometida a una supervisión en la Empresa. El conocimiento de esta estructura organizativa es el que podrá conseguir un sistema de control y gestión idóneo para prevenir la comisión de delitos en la Empresa (Bachmaier, 2012)*".

[427] MONTANER FERNÁNDEZ, R., "El criminal *compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones", *Estudios Penales y Criminológicos*, Nº35, 2015, págs. 733-782, pág. 746.

[428] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., "La delegación como mecanismo… ob. cit. pág. 177. De hecho, tal y como recuerda el autor (pág. 178) *"Establecer un buen sistema de delegación es, pues, muy importante por dos tipos de razones. La primera reside en que el deber de garantía de las personas que están en la cúspide de la empresa —y*

Según el propio LASCURAIN SÁNCHEZ[429] la delegación debe cumplir cinco requisitos: delegación libre, es decir, la decisión de que parte de las competencias inicialmente atribuidas se deriven en el delegado tiene que provenir del delegante; asunción libre, que implica que el delegado acoja voluntariamente esas nuevas cargas, que serán en adelante una parte más de sus responsabilidades; selección adecuada, que deberá ir precedida de una comprobación, probablemente fruto de la propia experiencia empresarial, relativa a la capacitación del delegado para ejecutar la nueva competencia; dotación de dominio, calificada por LASCURAIN SÁNCHEZ como poder de influencia material y de dirección personal, capacidad financiera y facultades para que el delegado pueda poner coto a las actividades peligrosas, así como formación e información necesarias para desempeñar la competencia; y por último, delegabilidad de la función, pues concurren en las empresas competencias que legal o estatutariamente pueden estar reservadas a determinados sujetos o cargos.

La materialización de las anteriores premisas suele producirse con las conocidas como matrices de delegaciones o de poderes, en las que se consignan en diferentes columnas las competencias, delegado y delegante según diferentes variables, normalmente referidas al importe de las operaciones que puede realizar cada uno sin autorización, y los recursos que se ponen a disposición del delegado y delegante para el desempeño de sus competencias.

ii. Parte especial

l) Identificación y evaluación de los riesgos penales. Metodología empleada.

En este punto se indicarán los riesgos penales de la entidad, detectados siguiendo la metodología que he indicado en el aptdo. b.1 del epígrafe 2.4.3.2 del presente trabajo.

m) Mapa de riesgos.

---

que, insisto, les puede generar responsabilidad penal en virtud del resultado acaecido— va a consistir en las empresas de un cierto tamaño y complejidad en delegar bien: en establecer un buen sistema de delegaciones en el que cada escalón sea firme —el delegado esté bien seleccionado y se le doten de los medios materiales e intelectuales para desempeñar su misión—, esté bien comunicado —que exista un adecuado flujo de la información como requisito para el ejercicio de control de los delegantes— y sea armónico, sin lagunas ni solapamientos innecesarios en las funciones de indemnidad que corresponden a la empresa".

[429] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., "La delegación como mecanismo… ob. cit. págs. 172-174.

Aunque en la práctica suponga recoger el resultado de lo realizado en el anterior punto, es altamente recomendable que se establezca una representación gráfica de los riesgos que permita de un solo vistazo percibir las conductas más susceptibles de ser cometidas en el ejercicio del objeto social.

n) Tipos penales identificados. Explicación de sus principales elementos típicos.

Dado que la mayoría de las personas encargadas de la aplicación del modelo de prevención carecerán de conocimientos específicos en Derecho Penal, se deben consignar las conductas típicas previstas en los ilícitos identificados.

Sobre este aspecto se deberá incidir en la formación que se imparta una vez implantado el modelo de prevención penal.

o) Actividades de la entidad en que pueden concretarse los riesgos.

Es necesario relacionar las posibles conductas criminales con las actuaciones de la empresa en que se pueden materializar, si bien la casuística es tan variada que no se puede consignar como un catálogo cerrado. Esta concreción tiene la ventaja de que además permite realizar labores formativas y preventivas centradas en las especialidades de cada departamento pues, como resulta obvio, la exposición al riesgo dependerá del área de la organización en que se ubique cada sujeto. Por poner un ejemplo, el delito de revelación de secretos se cometerá probablemente dentro de los departamentos técnicos, de I + D, y en cambio, el delito fiscal, se colmará dentro del departamento de administración o financiero.

p) Medidas y controles para la evitación de riesgos penales.

Por último, se establecerán las concretas medidas implantadas para la evitación de los riesgos, y los controles para su verificación.

Desde la perspectiva de la delegación de funciones ya referida, se debe pautar qué concretos departamentos de la empresa y, dentro de estos, qué cargos específicos tendrán que efectuar su ejecución y seguimiento.

Junto con la identificación de los riesgos penales, este aptdo. es, sin lugar a duda, el que más incide en la eficacia del modelo de prevención penal. De hecho, el grueso de aspectos que se consignan en el *compliance program* son en realidad medidas y controles destinados a la evitación de ilícitos, aunque reciban distintas formas como actividades formativas, canal de denuncias, recursos financieros, etc.

3.3 Canal de denuncias e investigaciones internas.

3.3.1 Introducción.

El canal de denuncias, como elemento imprescindible del modelo de prevención penal (requisito 4º del aptdo. 5 del artículo 31 bis CP) es el instrumento creado *ad hoc* por la persona jurídica destinado a que sus empleados, directivos, y terceros relacionados, puedan poner de manifiesto al órgano encargado de velar por la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención penal los incumplimientos detectados que pudieran resultar constitutivos de delito. Desde el punto de vista de la eficacia es, en mi opinión, la medida más efectiva para la detección de ilícitos[430].

La concepción de los canales como parte del derecho de defensa (defensa material) de la persona jurídica no despierta dudas. En palabras de NIETO MARTÍN: "*realizar una investigación interna forma parte del derecho de defensa de la entidad, cuando se trata de investigar un delito que puede dar lugar a la responsabilidad de la persona jurídica. Defender correctamente a una empresa exige permitir que la empresa pueda construir su propia versión de los hechos. Este problema no existe, o no es tan agudo, en relación a las personas naturales, pero es básico en el caso de la persona jurídica. La versión de los hechos que más interesa a la persona jurídica para su defensa no tiene por qué coincidir con la versión de los hechos que ofrecen sus directivos o empleados"*[431].

[430] En la articulación de los canales de denuncias tendrá sin duda influencia la ISO 37002. *Whistleblowing management systems-Guidelines*, publicada el 26 de julio de 2021.
[431] NIETO MARTÍN, A., "Investigaciones internas, whistleblowing … ob. cit. pág. 9. Igualmente, para RODRÍGUEZ GARCÍA, N., GABRIEL ORSI, O., "Las investigaciones defensivas… ob. cit. pág. 312, en las investigaciones internas "*el derecho preeminente es el de defensa frente a una amenaza punitiva*".

Dada la relevancia del canal en un hipotético proceso penal, y la especial sensibilidad de los aspectos en juego por su gestión, debe moverse entre dos fronteras infranqueables:

En primer término, el producto de las investigaciones internas, conceptuado como "*el conjunto de evidencias que con la finalidad de diseñar la estrategia de defensa de la compañía reúne el abogado externo, aplicando una determinada lógica investigadora"*[432], resulta esencial[433] para la acreditación de la eficacia del programa de *compliance* implantado. De esta forma, si se atestigua que el canal de denuncias ha posibilitado la reacción corporativa frente a incumplimientos detectados, en el concreto delito investigado o en situaciones anteriores, la entidad dispondrá de un indicio palpable de la cultura de cumplimiento instaurada en su seno. Por el contrario, si con ocasión de un proceso penal se pone de manifiesto que la persona jurídica no ha respondido ante denuncias por ilícitos de naturaleza similar[434] a los que son objeto del procedimiento, en la práctica, se imposibilitará la exoneración de responsabilidad de la persona jurídica. En definitiva, la correcta recopilación y protección del resultado de las indagaciones es imprescindible.

En segundo lugar, los intereses afectados con las investigaciones internas requieren unos especiales deberes de cuidado a cargo de la persona jurídica investigadora, debiendo asegurar escrupulosamente tanto los derechos del denunciante como del denunciado[435]. Así, no solo están en entredicho los genéricos derechos de los trabajadores, sino otros con rango fundamental según la CE, como el secreto de las comunicaciones (artículo 18.3) o la intimidad (artículo 18.1). De infringirse estos derechos, sobrevuela sobre la averiguación el riesgo de ser tildada de prueba

[432] PRIETO GONZÁLEZ, H.M., "Las investigaciones internas: el Attorney Privilege y el Work Product Privilege" en ALCOLEA CANTOS, J.M., PARDO PARDO, J.M (Coords.), *Defensa Corporativa y Compliance,* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2019, págs. 251-265, pág. 262.

[433] A este respecto, apunta NIETO MARTÍN, A., "Investigaciones internas, whistleblowing … ob. cit. pág. 3, que "*Los canales de denuncias y las investigaciones internas constituyen los elementos esenciales de un programa de cumplimiento para que la empresa pueda aprovechar los estímulos que ofrece la legislación estatal"*.

[434] El primer punto del aptdo. 8.8 de la NORMA UNE 19601 señala entre los requisitos de las investigaciones internas que se debe asegurar "*la investigación de todas las comunicaciones recibidas*". En este sentido, el registro de las denuncias internas recibidas está ya siendo foco habitual de las diligencias de investigación en procedimientos penales seguidos frente a personas jurídicas. Valdría de ejemplo el caso ABENGOA, en que se acordó requerir la aportación del modelo de prevención penal [Abengoa: el juez imputa a dos exdirectivos y pide los planes de compliance (vozpopuli.com) última visita 24/05/2021], decisión que, no obstante, ha sido parcialmente revocada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional [La Audiencia da un respiro a Abengoa e impide al juez acceder a su 'compliance' (lainformacion.com) última visita 31/08/201] pues su aportación, dice la resolución del recurso presentado por la defensa de ABENGOA, podría vulnerar el derecho a no autoincriminarse del ente.

[435] Así lo exige casi literalmente el último punto del aptdo. 8.8 de la NORMA UNE 19601.

prohibida obtenida por particular[436], convirtiéndola en inutilizable e incluso, en los supuestos más graves, podría generar la misma responsabilidad penal de la empresa (artículo 197 CP)[437].

3.3.2 Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Análisis general y excurso: sus consecuencias sobre el derecho a no incriminarse de las personas jurídicas.

Como muestra de la eficacia de los canales de denuncias como medio para la detección de ilícitos se ha promulgado la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, conocida como "*Directiva Whistleblower*", y así la llamaré en adelante. Aunque en los próximos subapartados de este epígrafe iré refiriendo cómo influye la norma comunitaria en distintos elementos vertebradores de los canales de denuncias, y en las investigaciones internas que se incoen como respuesta a las delaciones, merece con carácter previo un punto más panorámico.

El Parlamento Europeo, mediante Resolución de 24 de octubre de 2017 sobre las medidas legítimas para la protección de los denunciantes de irregularidades que, en aras del interés público, revelan información confidencial sobre empresas y organismos públicos[438], instó a la Comisión Europea a que, una vez analizada la base jurídica adecuada, presentara una propuesta legislativa horizontal mediante la que se estableciera un marco normativo común exhaustivo que garantizara un alto nivel de protección general de los denunciantes en la Unión, en el sector público y en el privado.

---

[436] Vid. sobre este concepto VELASCO NUÑEZ, E., "Prueba penal prohibida obtenida por particular. Autograbaciones, grabaciones subrepticias y filtraciones de privacidades ajenas en chats y foros." *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* nº.53, 2019.

[437] En este sentido se pronuncia NIETO MARTÍN, A., "Investigaciones internas", en NIETO MARTÍN, A., (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, págs. 231-270, pág. 242, indicando: "*Las investigaciones internas constituyen una espada de doble filo. La empresa las realiza para atenuar o evitar la responsabilidad penal, pero atentar indebidamente al derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones de las personas investigadas, puede constituir un delito contra la intimidad*." Con idéntico tenor, BACIGALUPO, E., "Problemas penales del control de ordenadores del personal de una empresa", *Diario La Ley*, nº 8031, Sección Doctrina, 26 de febrero de 2013, Año XXXIV, Ref. D-79, pág. 2. Una muestra plausible sería la STS núm. 328/2021 de 22 de abril, confirmaba la condena de un empresario, por un delito de revelación de secretos, al haber accedido en reiteradas ocasiones al correo electrónico particular de un trabajador con el objetivo de recopilar elementos de prueba para fundamentar su despido.

[438] Textos aprobados - Medidas legítimas para la protección de los denunciantes de irregularidades que actúan en aras del interés público - Martes 24 de octubre de 2017 (europa.eu)

En la misma línea, el Consejo de la Unión Europea, en octubre de 2016, subrayó la importancia de la protección a los denunciantes, alentando a la Comisión Europea a que explorara la posibilidad de aprobar en el futuro normas que respetaran el principio de subsidiariedad[439].

Con estos empujes y, como la propia Comisión Europea reconoce[440], en un contexto de constantes escándalos como *LuxLeaks*, los Papeles de Panamá o *Cambridge Analytica*, en los que tuvo una importancia crucial el papel de los denunciantes, se inicia el proceso de aprobación de un texto que aborde el establecimiento de un marco regulatorio comunitario.

Durante el proceso de elaboración de la propuesta de Directiva, la Comisión Europea apreció que, pese a la constatada eficacia de los canales de denuncias en la detección de irregularidades[441], solo (en ese momento) diez países de la UE[442] contaban con una regulación específica que protegiera globalmente a los *whistleblowers*. Partiendo de esa situación, la propuesta de Directiva[443] tiene el objetivo, *confesado* en su exposición de motivos, de establecer un estándar mínimo a escala

---

[439] Council conclusions on tax transparency - Consilium (europa.eu).

[440] *Factsheet on whistleblowing* (abril de 2018 https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/placeholder_11.pdf).

[441] *Study on the need for horizontal or further sectorial action at EU level to strengthen the protection of whistleblowers - Final Report Volume I - Principal Report* (https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/14_annex_-_icfs_study_whistleblower_report_-_vol_i_-_principal_report.pdf), con amplias referencias a PWC (2007) *Economic crime: people culture and controls, the 4th biennial Global Economic Crime Survey.* En relación con este informe, dice el *Commission Staff Working Document. Impact Assessment* (Bruselas, 23.4.2018, SWD (2018) 116 final, pág. 4) que se ha descubierto que los denunciantes ayudan a detectar más fraudes que la seguridad corporativa, las auditorías, la rotación de personal, la gestión del riesgo de fraude y la aplicación de la ley combinados (http://www.whistleblowers.org/storage/documents/pwc_survey.pdf). Aportando datos estadísticos, según el estudio elaborado por la *Association of Certified Fraud Examiners, Global Fraud Study* en 2016 (citado en el *Impact Assessment*, pág. 5), analizando 2400 casos en 114 países, un 40% de todos los delitos de fraude fue descubierto gracias a la denuncia de un *whistleblower* (http://www.acfe.com/rttn2016/about/executive-summary.aspx#.). SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Abogados y sociedades cotizadas (pequeñas reflexiones ante un gran problema)", *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil,* Universidad Complutense de Madrid, Nº. 23, 2009, pág. 11, nota 20, cita a DICK, A., MORSE, A., ZINGALES., L., "Who blows the whistle on corporate fraud", enero 2007 (www.ssrn.com, en particular, sus conclusiones en págs. 40 y siguientes), indicando que "*el porcentaje de fraudes detectados a través de los empleados es de 19% de los unos frente a las cifras posteriores que deparan los medios de comunicación (14%), los reguladores (16%), los auditores (14%), o la propia SEC (6%)*."
En el mismo sentido, la ISO 37002. *Whistleblowing management systems-Guidelines* señala en su aptdo. introductorio que una parte importante de los incumplimientos que se producen en el seno de organizaciones son descubiertos mediante las denuncias de sus propios empleados.

[442] Francia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Malta, los Países Bajos, Suecia, Eslovaquia y el Reino Unido. En Chipre y Letonia, los denunciantes de irregularidades prácticamente no tenían protección y en los diecisiete Estados miembros restantes los denunciantes solo estaban parcialmente protegidos (es decir, solo en determinados sectores, o solo frente a determinados tipos de represalias).

[443] Realizada por la Comisión Europea en fecha 23 de abril de 2018 [COM (2028) 218 final]. Sobre la propuesta de Directiva, vid. RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., "La protección de los informantes – whistleblowers – y las garantías de los investigados. Análisis de la propuesta de Directiva de la Unión Europea y en España de la proposición de ley integral de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes", *Revista de Estudios Europeos*, nº extraordinario monográfico, 1-2019, págs. 225-245.

europea que permita "*explotar plenamente el potencial de protección de quienes denuncian infracciones, con el fin de reforzar la aplicación de la legislación"*[444].

Para la consecución de esta finalidad, y dando cumplimiento al principio de subsidiariedad[445], la Directiva señala (considerando 108) que "*Dado que el objetivo de la presente Directiva, a saber, reforzar el cumplimiento en determinados ámbitos y por lo que respecta a actos cuando las infracciones del Derecho de la Unión puedan provocar graves perjuicios al interés público, a través de una protección eficaz de los denunciantes, no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros actuando en solitario o de forma no coordinada, sino que, puede lograrse mejor a escala de la Unión estableciendo normas mínimas comunes para la protección de los denunciantes, y dado que solo la acción de la Unión puede aportar coherencia y armonizar las normas de la Unión vigentes sobre protección de los denunciantes, la Unión puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea*". Por lo que respecta a la proporcionalidad[446] (considerando 108) señala la Directiva que "*no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo*"[447].

La pretendida satisfacción de los principios de proporcionalidad y, sobre todo, el de subsidiariedad, se aprecia desde las primeras líneas de la Directiva finalmente aprobada. Así, tras denunciar la desigual e insuficiente protección a los denunciantes si se comparan los distintos Estados miembros (considerando 4), la Directiva relata las materias, con indudable transcendencia comunitaria, que constituyen el ámbito de aplicación material de la Directiva (artículo 2). Así, en efecto, se dirige la Directiva al cumplimiento de la regulación sobre servicios financieros (considerando 7); la seguridad de los productos comercializados en el mercado interior (considerando 8); la seguridad del transporte (considerando 9); la protección del medio ambiente (considerando 10); la seguridad nuclear (considerando 11); la seguridad en la cadena alimentaria

[444] Pág. 4.
[445] Artículo 5, aptdo. 3, del TUE y Protocolo (n.º 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.
[446] Artículo 5, aptdo. 3, del TUE y Protocolo (n.º 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.
[447] Más en profundidad, la Propuesta de Directiva justificaba la proporcionalidad en tres aspectos: (i) el texto comunitario se refiere a ámbitos muy precisos, en los que está justificado el fomento de la protección de los denunciantes; (ii) solo establece normas mínimas, desarrollables por los Estados miembros y; (iii) los costes de ejecución tanto para las empresas como para los Estados miembros no son significativos y en cambio los beneficios son relevantes.

(considerando 12); la salud pública y la protección de los consumidores (considerando 13); la privacidad y la protección de los datos de carácter personal (considerando 14); la lucha contra el fraude y la corrupción (considerando 15); la protección de la competencia (considerando 17) y la infracción las normas relativas al impuesto sobre sociedades. No se trata de un catálogo cerrado, como asume el considerando 5: "*Los Estados miembros podrían decidir hacer extensiva la aplicación de las disposiciones nacionales a otros ámbitos con el fin de garantizar que exista un marco global y coherente de protección de los denunciantes a escala nacional*".

Con el descrito ámbito material, la Directiva señala en el considerando 31, como base jurídica del texto, que "*las personas que comunican información sobre amenazas o perjuicios para el interés público obtenida en el marco de sus actividades laborales hacen uso de su derecho a la libertad de expresión*", consagrada en el artículo 11 CDFUE y el artículo 10 CEDH.

Para el correcto desenvolvimiento del derecho a la libertad de expresión, y que mediante su ejercicio puedan ponerse de manifiesto las infracciones detectadas, la Directiva articula principalmente dos herramientas: los canales internos y externos para la formulación de denuncias, y la protección de los denunciantes frente a las represalias que puedan sufrir.

Desde una perspectiva española, país con nula[448] tradición en la protección de los denunciantes, la Directiva, cuyo proceso de transposición está en marcha[449], reportará indudables ventajas[450] en la

[448] Con muy contadas excepciones, debiendo destacarse la (pionera) Ley de Castilla y León 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes; la Ley 11/2016 de la Agencia de Prevención y lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, que incorpora un estatuto para los denunciantes, y la Ley 8/2018 del Principado de Asturias, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés, que amén de un estatuto para los denunciantes, crea una entidad independiente, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno del Principado de Asturias, para la investigación de las denuncias. Sobre los referidos textos, vid. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.C., "¿Proteger o premiar al whistleblower?: un debate pendiente en España", en RODRÍGUEZ GARCÍA, N., CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL A., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., (Eds.), SÁNCHEZ BERNAL, J., CARRILLO DEL TESO, A.E, *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 431-448.

[449] Poco se sabe de los avances a este respecto, más que la apertura de la consulta pública sobre la transposición de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la unión ("Whistleblowers") (TÍTULO (mjusticia.gob.es)). Apunta BACHMAIER WINTER, L., "Whistleblowing europeo y compliance… ob. cit. pág. 8: "*Queda por ver si el legislador español optará por una regulación de mínimos o si, más allá de lo exigido por la Directiva, configura sistemas de protección para los whistleblowers no solo en los ámbitos estrictamente contemplados en la Directiva. Esto último sería, desde luego, lo deseable*".

[450] Para una implantación beneficiosa en nuestro ordenamiento, GARCÍA MORENO, B., "El concepto de alertador (o whistleblower): Consideraciones a la luz de la directiva (UE) 2019/1937", en RODRÍGUEZ GARCÍA, N.,

lucha contra la corrupción y, por lo que aquí me ocupa, en la detección e investigación de ilícitos en el seno de las personas jurídicas[451].

No obstante, a modo de excurso, debo dejar ya apuntado que la Directiva *Whistleblower* puede tener también consecuencias perniciosas sobre el derecho a no incriminarse de las personas jurídicas. Según el criterio doctrinal[452] y jurisprudencial[453] asentado, la invocación del derecho a no incriminarse como justificación para no entregar a las autoridades administrativas o judiciales los documentos o registros internos con un potencial contenido incriminatorio, se extiende a los soportes cuya existencia dependa de la voluntad del sujeto. De este modo, los que vengan exigidos normativamente[454] – véase, por ejemplo, la contabilidad[455] – no están protegidos por el derecho a la no colaboración activa, lo que implica que, en caso de ser requeridos a la persona jurídica para su aportación en el marco de una investigación pública, necesariamente tendrán que ser facilitados por el ente, aunque ello no favorezca su posición en el procedimiento en curso.

Llevado lo anterior al canal de denuncias, dado que por mor de la Directiva *Whistleblower* su implantación será una obligación legal para aquellas entidades privadas que tengan más de cincuenta trabajadores[456], si la persona jurídica se ve compelida en un proceso penal a aportar, por ejemplo, el registro de denuncias con que imperativamente deberá contar, estará obligada a entregarlo. En el mismo sentido, si ese histórico de denuncias llega a manos de la autoridad judicial

RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., (Eds.), *"Compliance" y responsabilidad de las personas jurídicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, págs. 441-460, págs. 451-461, propone que la transposición debe conferir a los denunciantes un estatuto jurídico propio, diferenciado de otros figuras con similitudes, como por ejemplo los confidentes; se les debe denominar alertadores, en lugar de otras más "peyorativas", como denunciante; y se debe regular la intervención de los alertadores en el proceso penal incoado a raíz de los hechos delictivos denunciados.

[451] Para BACHMAIER WINTER, L., "Whistleblowing europeo y compliance… ob. cit. pág. 7, "*representa un avance muy significativo en la implantación de sistemas de prevención y detección de comportamientos delictivos o irregulares cometidos en el seno de organizaciones, ya sean de carácter privado o público*".

[452] SERRANO ZARAGOZA, O., "Contenido y límites del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas en tanto sujetos pasivos del proceso penal", *Diario La Ley*, nº 8415, Sección Doctrina, 6 de noviembre de 2014, Año XXXV, Ref. D-367, págs. 8-9.

[453] STEDH de 17 de diciembre de 1996, *Saunders c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791.

[454] GALBE TRAVER, G., "El secreto profesional del abogado in-house y el derecho a no autoincriminarse de la persona jurídica", *La Ley Penal*, nº 138, Sección Derecho Procesal Penal, mayo-junio 2019, pág. 4, apunta que "*especialmente tras la STEDH de 29 de junio de 2007, O'Hallorand y Francis c. Reino Unido, la interpretación que debería prevalecer es la de que los documentos son independientes de la voluntad del sujeto cuando su existencia y aportación a las autoridades viene previamente impuesta por el ordenamiento*".

[455] A este ejemplo se refiere SANZ DÍAZ PALACIOS, J.A., "El derecho de las personas jurídicas a no autoinculparse por delito fiscal (Reflexiones a raíz de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, y de las Sentencias del TS 154/2016 y 221/2016)", *Diario La Ley*, Nº 8737, Sección Doctrina, 8 de abril de 2016, Ref. D-149, pág. 2.

[456] Artículo 8.

con ocasión de una entrada y registro en el domicilio social de la entidad, no cabría instar la expulsión del proceso de la documentación aduciendo el derecho a no incriminarse.

La cuestión, por lo tanto, puede generar una situación palmariamente abusiva para las personas jurídicas, explicada muy gráficamente por NIETO MARTÍN[457]: "*supone admitir un cierto "juego sucio" por parte del Estado. Si a través de la amenaza penal exigimos que las empresas se autoevalúen, detecten sus riesgos o que realicen investigaciones internas con el fin de cooperar, no resulta leal después utilizar los documentos que han producido para cumplir con las normas penales con el fin de debilitar su defensa. Esto contraviene a un principio básico de justicia como el que incorpora la idea de buena fe o el venire contra factum propium. Por no decir que, cuando la investigación interna se hace a los solos efectos de preparar la defensa de la entidad, ello puede entrar en colisión con su derecho de defensa*".

El método para evitar este riesgo viene *confesado* en la propia Directiva (considerando 40), al establecer que "*no debe afectar a la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes («prerrogativa de secreto profesional en la relación cliente-abogado»*)". Por lo tanto, la intervención de letrados ajenos a la estructura corporativa puede ser la mejor salvaguarda de los elementos críticos generados por el funcionamiento del canal.

En definitiva, salvo cambio de criterio jurisprudencial, desde el punto de vista defensivo de la persona jurídica la Directiva supone un grave riesgo para el debido control de su documentación interna.

3.3.3 Objetivos del canal de denuncias.

Aunque los fines del canal de denuncias[458] podrían subdividirse en multitud de aspectos[459], en la práctica, todos culminan en los tres que a continuación se señalan:

[457] NIETO MARTÍN, A., "Reforma del proceso penal… ob. cit.
[458] Sobre los objetivos de los canales de denuncias, y el procedimiento de investigación, vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., GABRIEL ORSI, O., "Las investigaciones defensivas… ob. cit. págs. 293-389.
[459] Por referir otra división, señala NIETO MARTÍN, A., "Reforma del proceso penal… ob. cit. que las investigaciones internas tienen los siguientes objetivos: "*Investigaciones internas cuya finalidad es la imposición de sanciones disciplinarias, por infracción por ejemplo del código ético. A estas asimilaríamos aquellas cuya finalidad es descubrir el comportamiento del empleado o directivo que perjudicó a la empresa, en cuanto que lo más normal es que esta investigación acabe con su despido disciplinario. Investigaciones internas cuya finalidad es cooperar con la*

(i) Cauce para poner de manifiesto los riesgos e incumplimientos penales detectados.

(ii) Medio adecuado para apreciar las debilidades y fallas del modelo de prevención penal[460]. De hecho, esto facilitará el cumplimiento del requisito 6º del aptdo. 5 del artículo 31 bis CP.

(iii) Debe permitir generar un repositorio documental íntegro y ordenado empleable en los procesos penales incoados frente a la persona jurídica como acreditación de la eficacia del sistema preventivo. Esto es, deberá facilitar probar que en anteriores ocasiones y mediante los propios medios y controles instaurados por la empresa se ha detectado y reaccionado ante conductas poco éticas o directamente criminales.

3.3.4 La gestión del canal de denuncias: interno o externo.

La primera cuestión que esclarecer en la implantación del canal de denuncias es si la gestión le será encomendada a un órgano de la propia persona jurídica o, por el contrario, se externalizará la función.

De hecho, atendiendo a la redacción del requisito 4 del aptdo. 5 del artículo 31 bis CP, que *parece* establecer que el destinatario directo de la información sobre los incumplimientos será el organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención, cabe preguntarse si es posible la externalización.

La duda ha sido resuelta por la Circular 1/2016 de la FGE, habilitando e, incluso, recomendando la contratación de profesionales ajenos a la propia estructura de la corporación. Apunta el Ministerio Fiscal[461] que la centralización de las funciones de cumplimiento en el órgano creado al efecto no supone que todas las atribuciones deban ser realizadas por el *compliance officer*[462] y,

administración de justicia o con una autoridad administrativa, con el fin de beneficiarse de una rebaja en la sanción u obtener un acuerdo judicial (allí donde existan). Investigaciones preventivas destinadas a mejorar el sistema de cumplimiento normativo. Investigaciones que tienen como finalidad preparar la defensa jurídica de la entidad o sus directivos."

[460] Sobre este objetivo incide el primer punto del aptdo. 8.7 de la NORMA UNE 19601.

[461] Párrafo 5º del aptdo. 5.5.

[462] La NORMA UNE 19601 contempla expresamente la posibilidad de externalizar la gestión (Nota 2 del aptdo. 8.7) si bien establece (punto 4º del aptdo. 8.8) que se debe mantener al órgano de *compliance* oportunamente informado del estado y resultados de cada investigación.

concretamente respecto al canal de denuncias, señala que su diligenciamiento por personas ajenas a la empresa asegura mayor independencia y confidencialidad. Por su parte, la Directiva *Whistleblower* señala en el artículo 8.5 que los canales de denuncia podrán gestionarse internamente por una persona o departamento designados al efecto o externamente por un tercero.

En efecto, la independencia, confidencialidad (incluso, anonimato) y – añado – la objetividad en la tramitación de las denuncias, son algunos de los argumentos que justifican su atribución a profesionales ajenos a la entidad. En todo caso, el mayor motivo para externalizar es, en mi opinión, la correcta protección del resultado de las indagaciones internas.

A resultas de la conocida como sentencia *Azko*[463], se ha consolidado como criterio que el principio de confidencialidad no se extiende a los soportes y a las comunicaciones mantenidas por los abogados internos (*in house*) con personal de la propia empresa (empleados o directivos), por lo que son susceptibles de ser empleadas en un proceso judicial si llegan a manos de las autoridades por cualquier medio (pensemos, por ejemplo, en una entrada y registro en las dependencias empresariales) o incluso si directamente se compele su aportación a la corporación en el marco de un proceso[464].

Lógicamente, ese riesgo no late con los profesionales externos, respecto a los que no cabe duda de que sí gozan del privilegio de la confidencialidad que preside la relación cliente – abogado, así como por el deber de secreto a cargo de este último. Sobre la base de lo anterior, afirma NIETO MARTÍN que la contratación de letrados ajenos a la organización para la administración del canal puede facilitar "*que la empresa se asegure el dominio sobre los hechos que averigua en el transcurso de la investigación y pueda salvaguardar la documentación que la investigación ha*

[463] STJUE de 14 de septiembre de 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akcros Chemicals Ltd c. Comisión Europea*, Asunto C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512. Analizaré más exhaustivamente sus connotaciones en el aptdo. referido a la confidencialidad abogado – cliente, incluido en el próximo capítulo.

[464] GOENA VIVES, B., "El secreto profesional del abogado in-house en la encrucijada: tendencias y retos en la era del compliance", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, núm. 21-19, págs. 1-26, pág. 3, señala que "*el riesgo de que su labor carezca de expectativas de confidencialidad mina las probabilidades de que el abogado in- house favorezca las obligaciones de compliance de la empresa. ¿Qué abogado interno se atrevería a promover una investigación interna si la información recopilada — que puede ser incautada en una entrada y registro en la persona jurídica — no estuviera amparada por el secreto profesional?*" Por ello, la autora (pág. 19), recomienda que la gestión del canal resida en un abogado externo.

generado"[465] lo cual, como apunta el autor, resulta esencial para el correcto desenvolvimiento del derecho de defensa.

En un sentido similar se pronuncia NEIRA PENA[466], quién destaca además la formación específica de los abogados como otra ventaja de la externalización.

No obstante, en línea con lo indicado por PRIETO GONZÁLEZ[467], la salvaguarda del producto de la investigación *bajo el paraguas* del secreto profesional y la confidencialidad abogado – cliente, requiere observar una serie de pautas de comportamiento en la gestión de las denuncias, entre las que destaca la autora la inclusión del abogado en todos los correos electrónicos que se intercambien sobre el transcurso de la indagación interna y, además, evitar que el fruto de las pesquisas caiga en manos de terceros que no se encuentren amparados por el secreto profesional. GOENA VIVES, señala como cautelas para su protección el "*el uso restringido de documentación escrita, el establecimiento de pautas para la redacción de correos electrónicos en los que haya múltiples destinatarios o la previsión de cláusulas de confidencialidad que no sean genéricas"*[468].

3.3.5 El origen de la investigación interna.

3.3.5.1 Formulación de una denuncia.

a) Información sobre la existencia del canal de denuncias.

El origen más frecuente de los procedimientos de investigación en los entornos empresariales será la recepción de una denuncia interpuesta por un trabajador, directivo, o por alguien cercano a la corporación (proveedores y clientes, principalmente).

Al objeto de dotar de validez y eficacia al canal de denuncias, es imprescindible que los directivos, empleados y terceros sean informados acerca de su existencia[469] y del proceso que se incoará tras la recepción de la *notitia criminis*.

[465] NIETO MARTÍN, A., "Investigaciones internas… ob. cit. pág. 239.
[466] NEIRA PENA, A., "La persona jurídica como parte pasiva… ob. cit. pág. 528.
[467] PRIETO GONZÁLEZ, H.M., "Las investigaciones internas… ob. cit. págs. 262-263.
[468] GOENA VIVES, B., "El secreto profesional del abogado… ob. cit. pág. 19.
[469] Así lo requiere el inciso final del aptdo. 1 del artículo 24 LOPD.

Con la transposición[470] de la Directiva *Whistleblower*, la existencia del canal será no solo un requisito para lograr la exoneración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sino, en muchas ocasiones, una obligación legal, con consecuencias sancionadoras en caso de incumplimiento[471], por lo que la advertencia sobre la existencia del canal irá destinada también a la acreditación del cumplimiento de una norma de carácter imperativo.

b) Anonimato o confidencialidad.

Superado el debate de *si cabe* que las denuncias se formulen anónimamente (la LOPD confirma tal posibilidad[472]) la entidad debe decidir si acepta este tipo de comunicaciones.

La STS núm. 35/2020 de 6 de febrero[473] ha destacado la relevancia en la prevención de ilícitos del canal de denuncias, y la necesaria tolerancia hacia su articulación de forma anónima. Señala la resolución, tras referirse precisamente a la Directiva *Whistleblower*, que "*Sobre esta necesidad de implantar estos canales de denuncia, y que se vio en este caso con una alta eficacia al constituir el arranque de la investigación como "notitia criminis" se recoge por la doctrina a este respecto que la Directiva se justifica en la constatación de que los informantes, o denunciantes, son el cauce más importante para descubrir delitos de fraude cometidos en el seno de organizaciones; y la principal razón por la que personas que tienen conocimiento de prácticas delictivas en su empresa, o entidad pública, no proceden a denunciar, es fundamentalmente porque no se sienten suficientemente protegidos contra posibles represalias provenientes del ente cuyas infracciones denuncia. En definitiva, se busca reforzar la protección del whistleblower y el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión e información reconocida en el art. 10 CEDH y 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y con ello incrementar su actuación en el*

[470] Según el artículo 26 de la Directiva, el plazo de transposición finaliza el 17 de diciembre de 2021. No obstante para las entidades jurídicas del sector privado que tengan de cincuenta a doscientos cuarenta y nueve trabajadores, los Estados miembros tendrán de plazo hasta el 17 de diciembre de 2023 para aprobar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la obligación de establecer canales de denuncia interna.

[471] El artículo 8.8 de la Directiva Whistleblower establece que "*Los Estados miembros notificarán a la Comisión toda decisión que adopten para exigir a las entidades jurídicas del sector privado que establezcan canales de denuncia interna con arreglo al aptdo. 7*.", medidas entre las que probablemente se encuentre la imposición de sanciones. Sorprende que la Directiva no prevea expresamente la obligación de imponer sanciones por no implantar el canal, salvo que en una interpretación claramente extensiva se incluya tal posibilidad dentro de lo previsto en el artículo 23.1.a del texto comunitario, que contempla la obligación de imponer sanciones a las personas físicas o jurídicas que "*impidan o intenten impedir las denuncias*".

[472] Artículo 24.1.

[473] F.D. 2º.

descubrimiento de prácticas ilícitas o delictivas, como en este caso se llevó a cabo y propició la debida investigación policial y descubrimiento de los hechos. Debe destacarse, en consecuencia, que la implantación de este canal de denuncias, forma parte integrante de las necesidades a las que antes hemos hecho referencia del programa de cumplimiento normativo, ya que con el canal de denuncias quien pretenda, o planee, llevar a cabo irregularidades conocerá que desde su entorno más directo puede producirse una denuncia anónima que determinará la apertura de una investigación que cercene de inmediato la misma".

Aunque la permisividad ante denuncias anónimas puede ser el caldo de cultivo perfecto para un empleo espurio del canal[474], no puede obviarse que las posibilidades de recabar información relevante sobre el funcionamiento del sistema de *compliance* aumentan exponencialmente si se elimina o minora la contingencia de que el denunciante sufra represalias. Por lo tanto, en mi opinión, exigir la identificación del denunciante, aunque luego se le "asegure" confidencialidad, supone automutilar la utilidad del canal de denuncias y, con ello, aumentar la posibilidad de que se cometan delitos bajo la cobertura de la entidad.

Lo antedicho no es incompatible con que, en mi opinión, la empresa debe tener la capacidad de fomentar el empleo del canal mediante denuncias confidenciales, asegurando que el denunciante no sufra represalias. Ello redunda en beneficio de la prosperabilidad de la investigación, ya que la información a obtener de un denunciante identificado, al que además se podrá interrogar durante la investigación y pedir aclaraciones o ampliaciones de su denuncia, es mayor que la extraíble de una denuncia anónima.

Las *brechas* en la gestión del canal que pongan en riesgo la salvaguarda de la identidad del denunciante que ha pedido confidencialidad, no son el único peligro que sobrevuela en la pretendida confidencialidad. Como indican BACHMAIER WINTER y MARTÍNEZ SANTOS[475], concurre la ventura de que, si tras la denuncia interna se pone el asunto en conocimiento de las autoridades, incoándose el correspondiente proceso penal, los investigadores públicos pidan se

[474] MASCHMANN, F., "Compliance y derechos del trabajador" en KUHLEN, L., MONTIEL, J.P., ORTIZ DE URBINA, I., (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, págs. 147-167, pág. 163.
[475] BACHMAIER WINTER, L., MARTÍNEZ SANTOS, A., "El régimen jurídico-procesal del whistleblower. La influencia del Derecho europeo" en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 503-549, págs. 533-534.

identifique al denunciante para que preste declaración como testigo. En esta casuística, la persona jurídica se vería compelida a identificarle, bajo amenaza de que, de lo contrario, sus rectores societarios podrían cometer el delito de desobediencia a la autoridad (artículo 556 CP). De hecho, la Directiva *Whistleblower* asume en el considerando 82, y correlativamente en el artículo 16.2, que efectivamente puede ser necesario que la entidad receptora de la denuncia identifique al delator cuando ello sea necesario para salvaguardar el derecho de defensa de los denunciados.

Tal es así que el Anteproyecto LECrim 2020, tras establecer en su artículo 529.6 que las denuncias pueden ser realizadas ante las autoridades por el "responsable del canal de denuncias" a través del cual se haya tenido conocimiento de los hechos, apunta que éste podrá no revelar la identidad del alertador "*salvo que fuese especialmente requerido para hacerlo*".

c) Prioridad del canal de denuncias interno.

Sentada la obligación de denunciar – así lo exige el CP, y se deberá recoger en el programa de cumplimiento normativo implantado – surge la cuestión de si resulta exigible que el denunciante emplee los cauces internos de la corporación o puede directamente acudir a las autoridades. En puridad, como relatan BACHMAIER WINTER y MARTÍNEZ SANTOS[476], aunque se puede consignar esa prioridad en el modelo de prevención penal, en España no existe una norma que otorgue preponderancia a las denuncias internas sobre las externas y, de hecho, dicen los autores, obligar a emplear los canales propios podría ser contrario al deber de denuncia a las autoridades establecido en el artículo 259 LECrim[477].

En esta línea, como he indicado, la Directiva *Whistleblower* establece en el considerando 33 que la tendencia de los denunciantes es el empleo de canales internos, sin perjuicio de lo cual se debe permitir que empleen el medio que consideren más adecuado. En consonancia, aunque sin llegar a obligar a la utilización de los canales propios de la entidad, el artículo 7.1 de la Directiva les otorga cierta preferencia.

d) Medios para la formulación de denuncias. Necesario acuse de recibo.

[476] BACHMAIER WINTER, L., MARTÍNEZ SANTOS, A. "El régimen jurídico-procesal… ob. cit. págs. 527-528.
[477] El artículo 526 del Anteproyecto LECrim 2020 contempla igualmente la obligación de denunciar.

El modelo de prevención penal debe establecer el medio habitual[478] para la formulación de denuncias – normalmente será el correo electrónico – aunque dejando abierta la posibilidad de hacerla llegar a la empresa de la forma que el denunciante considere. La Directiva *Whistleblower* apunta al respecto (artículo 9.2) que la denuncia se podrá formular "*por escrito o verbalmente, o de ambos modos. La denuncia verbal será posible por vía telefónica o a través de otros sistemas de mensajería de voz y, previa solicitud del denunciante, por medio de una reunión presencial dentro de un plazo razonable*".

Cuando el *whistleblower* no haya empleado un medio anónimo, se le deberá acusar recibo[479] como respuesta a la denuncia, exigencia que es también contemplada por la Directiva *Whistleblower* tanto para las denuncias internas (artículo 9.1.b) como para las externas (artículo 11.2.b) estableciéndose, en ambos supuestos, el plazo de siete días desde la recepción.

e) Obligaciones surgidas de la recepción de la denuncia.

e.1. Necesario inicio de una investigación interna, o justificación suficiente en caso contrario.

La primera consecuencia ineludible de la recepción de una denuncia es la iniciación del procedimiento de investigación previsto en las normas internas de la persona jurídica. Ello no quiere decir que todas las denuncias recibidas tengan que provocar una profusa indagación pues, con carácter previo, se tendrá que efectuar un examen sobre la verosimilitud de los hechos. Como pautas de admisión, puede emplearse lo preceptuado por el artículo 269 LECrim[480], es decir, se inadmitirán a trámite las denuncias que resulten manifiestamente falsas o aquellas que, aun de ser ciertas, no constituirían un incumplimiento. En ambos supuestos, será necesario que se motiven

[478] Sobre los medios más empleados para la formulación de denuncias, vid. PUYOL MONTERO, F.J., *El funcionamiento práctico del canal del compliance "whistleblowing"*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, págs. 172-175.

[479] En este sentido se pronuncia PUYOL MONTERO, F.J., "El funcionamiento práctico del canal… ob. cit. pág. 151. En cuanto al contenido del acuse, dice el autor que "*A los efectos de la mayor transparencia y seguridad jurídica, sería conveniente que el reporte que a tal efecto se librara fuera comprensivo del escrito de denuncia en su integridad, de modo y manera que el denunciante tuviera suficiente constancia del alcance y contenido de la comunicación realizada*".

[480] En similar tenor el artículo 551 del Anteproyecto LECrim 2020 establece que el fiscal decretará el archivo de las denuncias recibidas "*por no ser el hecho constitutivo de infracción penal o por haberse extinguido la responsabilidad criminal*".

exhaustivamente las causas de la inadmisión para así poder justificar *ex post* por qué no se inició la investigación.

La especial justificación si se rechaza y, además, cierta tendencia a que ante la mínima duda se inicie la averiguación interna, derivan de que como establece la NORMA UNE 19601, es imperativo[481] que se investiguen todas las comunicaciones recibidas a lo que se une, como he relatado, que si llega a oídos del juzgado que la empresa no investigó denuncias por hechos similares al que es objeto del proceso, el programa de cumplimiento normativo penal será automáticamente calificado como ineficaz.

e.2. Protección al denunciante.

La segunda obligación que surge de forma inmediata con la denuncia es la de proteger al denunciante, particularmente cuando la delación se haya realizado de forma confidencial. La exigencia, señalada como imprescindible por las principales normas y recomendaciones[482], se ha visto reforzada con la Directiva *Whistleblower*.

El texto comunitario establece cuatro grandes grupos de medidas de protección:

- En el artículo 19, denominado "prohibición de represalias", se recoge un largo catálogo de actos proscritos, siendo los más destacados la suspensión o despido; degradaciones profesionales; actos discriminatorios o desfavorables; y daños reputacionales.

- El artículo 20 compila lo que llama "medidas de apoyo", concretadas en el asesoramiento a los denunciantes; asistencia efectiva de las autoridades; asistencia jurídica gratuita de conformidad con la Directiva (UE) 2016/1919 y la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; asistencia financiera; y asistencia psicológica.

[481] Primer punto del aptdo. 8.8.
[482] Punto 4 del aptdo. 8.7 de la NORMA UNE 19601; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (artículo 33); Reglas para Combatir la Corrupción de la Comisión de Responsabilidad Corporativa de la Cámara de Comercio Internacional (artículo 8), por destacar algunas. Más exhaustivamente sobre las normas y recomendaciones internacionales al respecto, vid. ESPIN, R., *El canal de denuncias internas en la actividad empresarial como instrumento de compliance*, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2017, págs. 126-210, principalmente.

- El artículo 21 detalla las "medidas de protección frente a represalias", que suponen que el denunciante no incurrirá en vulneración de secretos con la formulación de la denuncia o las revelaciones públicas; no incurrirá en responsabilidad respecto el acceso a la información, siempre que dicha adquisición o acceso no constituya de por sí un delito; dispondrá de la presunción en los procedimiento seguidos por el denunciante contra su empresa de que las medidas negativas sufridas son una represalia por la denuncia; tendrá acceso a medidas correctoras frente a represalias; en los procesos judiciales relativos a difamación, violación de derechos de autor, vulneración de secreto, infracción de las normas de protección de datos, revelación de secretos comerciales, o a solicitudes de indemnización basadas en el Derecho laboral, los denunciantes no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo como consecuencia de denuncias o de revelaciones públicas en virtud de la presente Directiva; y se les conferirá a los delatores vías para reclamar los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las represalias.

- El artículo 22 recoge lo que califica de "medidas para la protección de las personas afectadas", con un conjunto de derechos de carácter procesal, como la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, a la presunción de inocencia y al derecho de defensa, incluido el derecho a ser oídos y el derecho a acceder al expediente.

f) Obligaciones del denunciante.

La posición del alertador no está exenta de obligaciones y, por qué no decirlo, de peligros intrínsecos a esa condición.

La interposición de una denuncia, por muchas medidas de protección que se tomen, genera la posibilidad de represalias, aspecto que inevitablemente afectará al ánimo del denunciante antes de realizar la comunicación.

Además, el delator está obligado a formular denuncias de buena fe[483], por lo que es relevante consignar en el modelo de prevención penal que queda prohibido emplear el canal con

[483] Destaca este aspecto PUYOL MONTERO, F.J., "El funcionamiento práctico del canal… ob. cit. págs. 166-167, poniendo como ejemplo el Reglamento del Canal de Denuncia de la CRUZ ROJA, según el cual tendrán la

conocimiento de la falsedad de los hechos imputados o temerario desprecio hacia la verdad. De hecho, como ya he subrayado, y según se desprende del considerando 32 de la Directiva *Whistleblower*, la protección que brinda el texto comunitario se extiende a los denunciantes que tengan "*motivos razonables para creer, a la luz de las circunstancias y de la información de que dispongan en el momento de la denuncia, que los hechos que denuncian son ciertos. Ese requisito es una salvaguardia esencial frente a denuncias malintencionadas, frívolas o abusivas, para garantizar que quienes, en el momento de denunciar, comuniquen deliberada y conscientemente información incorrecta o engañosa no gocen de protección. Al mismo tiempo, el requisito garantiza que la protección no se pierda cuando el denunciante comunique información inexacta sobre infracciones por error cometido de buena fe*". La norma establece incluso consecuencias sancionadoras (artículo 23.2), para los alertadores que revelen información falsa a sabiendas.

Cabe recordar que, desde la perspectiva del denunciante, la formulación de la denuncia, fuera de los cauces internos de la corporación, puede suponer la infracción de un deber de secreto o confidencialidad que tenga asumido legal o contractualmente. En ese supuesto, podría incluso contraer responsabilidades penales por la denuncia, si bien podríamos encontrarnos una situación de estado de necesidad[484] (artículo 20.5 CP) que justificaría su denuncia o incluso una actuación en cumplimiento de un deber[485] (artículo 20.7 CP). En este sentido, la Directiva *Whistleblower* (considerando 91) descarta que el denunciante pueda sufrir represalias, en forma de acciones civiles, penales, administrativas o laborales cuando infrinja un deber de confidencialidad o secreto. De hecho, el considerando 93, en relación con el artículo 21.7 de la Directiva, establece que cuando el delator cometa un delito para la formulación de la denuncia, o en el acopio de documentos necesarios para su sustento (véase, acceso a correos electrónicos de compañeros) no incurrirán en

consideración de denuncias de buena fe (artículo 4): "*a) se considera que el denunciante actúa de buena fe cuando su denuncia se realice conforme a lo dispuesto en este Reglamento, y esté basada en hechos o indicios de los que razonable mente pueda desprenderse la realización de un comportamiento irregular, ilícito o delictivo. b) se considera que la denuncia es de buena fe cuando, además, la misma se realiza sin ánimo de venganza, de acosar moralmente, de causar un perjuicio laboral o profesional, o de lesionar el honor de la persona denunciada o de un tercero. c) se considera que el denunciante no actúa de buena fe cuando el autor de la denuncia consciente de la falsedad de los hechos, o actúa con manifiesto desprecio de la verdad, o con intención de venganza, o de perjudicar a la empresa, o de acosar la persona denunciada, o de lesionar su honor, o de perjudicarle laboral, profesional o personalmente*".

[484] RAGUÉS I VALLÈS, R., "¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal", *Indret* 3/2006, pág. 13.

[485] BACHMAIER WINTER, L., y MARTÍNEZ SANTOS, A. "El régimen jurídico-procesal… ob. cit. pág. 531, nota 61.

responsabilidad de ningún tipo como consecuencia de denuncias o de revelaciones públicas, incluso cuando la denuncia incluya secretos comerciales, considerándose lícita a la luz de lo establecido por la Directiva.

g) Registro de denuncias.

Cada corporación debe tener instaurado un registro detallado de las denuncias recibidas, y de la consiguiente reacción corporativa ante las mismas, que permita acreditar la eficacia del canal implantado.

Se trata de un requisito imperativo de la Directiva (artículo 8), siendo el fin de ese repositorio (considerando 86) que "*puedan ser consultadas y que la información facilitada en ellas pueda utilizarse como prueba si se procede a medidas de ejecución*". En un sentido similar, la NORMA UNE 19601 incluye el canal de denuncias entre los elementos del sistema de gestión de *compliance* que debe constar como información documentada[486].

La importancia del repositorio de denuncias, en palabras de NIETO MARTÍN, reside en que "*será uno de los indicadores que habrá de examinarse en el proceso penal como prueba de la eficacia de la actividad preventiva de la empresa"*[487].

Dada la especial sensibilidad de la información compilada, además de los necesarios principios de confidencialidad y secreto[488], deben atenderse las exigencias de la normativa de protección de datos. De este modo, solo podrán acceder a las denuncias recibidas las personas que desarrollen funciones de control interno y de cumplimiento, los encargados del tratamiento que eventualmente se designen a tal efecto o, excepcionalmente, y cuando sea necesario para la ejecución de las medidas disciplinarias, se podrán comunicar a terceros o a la autoridad judicial (artículo 24.2 LOPD).

Los datos recabados, transcurridos tres meses, solo podrán ser conservados a los efectos de acreditar el correcto funcionamiento del modelo de prevención penal (artículo 24.3 Ley de

[486] ANEXO C, letras l) y ñ).
[487] NIETO MARTÍN, A., "Investigaciones internas… ob. cit. pág. 237.
[488] PUYOL MONTERO, F.J., "El funcionamiento práctico del canal… ob. cit. pág. 150.

Protección de Datos); sin embargo, las denuncias a las que no se haya dado curso tienen que mantenerse de forma anonimizada.

3.3.5.2 Auditorías internas.

El segundo medio habitual que provocará la iniciación de los procedimientos internos de investigación será la detección de incumplimientos por la propia persona jurídica, en el marco de los procesos de verificación periódica que tenga preestablecidos. Siguiendo la NORMA UNE 19601[489], las auditorias tendrán como objetivo detectar (i) la materialización de riesgos penales; (ii) incumplimientos de la política de *compliance*; (iii) fallos en el cumplimiento que puedan desembocar en riesgos penales y; (iv) las posibilidades de mejora del sistema instaurado.

Por lo tanto, si en el marco de una auditoria se descubre un incumplimiento deberá incoarse la correspondiente indagación.

3.3.6 Investigaciones internas.

3.3.6.1 Derechos del denunciado.

El aseguramiento de los derechos del denunciado es un objetivo en sí mismo de la investigación. Cualquier vulneración de carácter grave podría invalidar el resultado averiguado, y con ello, provocar la ineficacia misma del canal. Para NIETO MARTÍN[490], y comparto su opinión, la doctrina de la prueba prohibida se debe extender a las investigaciones internas, al suponer estas, según el autor, la "*privatización del proceso penal*", de tal forma que la transgresión de los derechos fundamentales de los investigados deberá causar la calificación de la prueba como contraria a nuestro ordenamiento, y con ello carente de virtualidad procesal. En base a lo anterior la averiguación interna se debe mover entre los siguientes límites:

a) El secreto de las comunicaciones del denunciado.

El creciente empleo de los medios tecnológicos en el ámbito laboral origina que el correo electrónico, los mensajes de texto, o aplicaciones como *WhatsApp*, sean la mayor fuente de

[489] Aptdo. 9.2.
[490] NIETO MARTÍN, A., "Investigaciones internas… ob. cit. pág. 270.

información para detectar incumplimientos, si bien, con los condicionantes que ahora se dirán, las comunicaciones realizadas por estos medios, y otros de naturaleza similar, se encuentran protegidas por el secreto de las comunicaciones que consagra el artículo 18.3 CE.

Según la STC núm. 70/2002 de 3 de abril[491], el secreto de las comunicaciones es una "*plasmación singular de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad que son fundamento del orden político y la paz social (artículo 10.1 CE), por lo que la comunicación es a efectos constitucionales el proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos*". Sobre el concepto de comunicación, esta sentencia[492] subraya que "*los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos, como se deriva del tenor literal del artículo 18.3 CE.*" En definitiva, se consagra un concepto amplio de comunicación que abarca sin lugar a dudas los nuevos métodos de intercambio surgidos al albor de la sociedad de la información.

La protección fundamental que otorga el derecho es de carácter negativo o excluyente, comportando la inaccesibilidad a terceros ajenos a los comunicantes (STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre[493]), lo que en la práctica genera que si son los propios intervinientes los que revelan el contenido de la conversación no se infringiría este derecho.

La salvaguarda del secreto se extiende no solo al contenido de la comunicación – el mensaje, como tal – sino también a otros aspectos ingénitos, como la identidad de los intervinientes (STC núm. 114/1984 de 29 de noviembre[494]).

En cuanto a su alcance temporal, se prolonga desde el inicio de la comunicación hasta la recepción del mensaje (por ejemplo, en el caso de los correos electrónicos, culmina con el "leído"), lo que implica, en palabras de la STC núm. 70/2002 de 3 de abril[495], que "*finalizado el proceso en que la*

[491] F.D. 3º.
[492] F.D. 9º.
[493] F.D. 7º.
[494] F.D. 7º.
[495] F.D. 9º.

comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza, en su caso, a través de las normas que tutelan la intimidad y otros derechos".

Además de la clásica problemática generada como consecuencia de la interceptación de comunicaciones en el marco de investigaciones judiciales, en los últimos tiempos se ha consolidado todo un *corpus* jurisprudencial referido a su captación en el ámbito laboral y que, en definitiva, analiza la colisión de los artículos 18[496] y 20.3[497] del Estatuto de los Trabajadores[498].

Para la determinación de si la restricción de los derechos fundamentales en el ámbito laboral resulta ajustada a derecho, la STC núm. 98/2000 de 10 abril, entre otras, ha establecido[499] que "*Estas limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad*".

Sentado esto, y ya centrado el debate en lo que me ocupa – restricción del derecho al secreto de las comunicaciones en el marco de investigaciones internas para detectar ilícitos penales – cabe preguntarse si sobre la base del genérico deber de control de la propia actividad empresarial puede afectarse el estudiado derecho fundamental.

En referencia concreta a las indagaciones corporativas, señala COLOMER HERNANDEZ[500] con cita de la jurisprudencia del TS, que el secreto de las comunicaciones solo podrá verse afectado

---

[496] "*Solo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible*."

[497] "*El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad*".

[498] Sobre esta problemática (artículo 18 *Vs*. artículo 24) TRUJILLO PONS, F., "El uso del correo electrónico en el ambiente laboral y el modo en que éste puede afectar al derecho a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* núm. 41, 2016.

[499] F.D. 7º.

[500] COLOMER HERNANDEZ, I., "Derechos fundamentales y valor probatorio en el proceso penal de las evidencias obtenidas en investigaciones internas en un sistema de compliance", en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.), MADRID

mediante autorización judicial motivada, por lo que, si en el seno de una indagación interna se capta, por ejemplo, un correo electrónico aún no leído por su destinatario, esa prueba, y las que de ella deriven, tendrá la condición de prohibida, con las consecuencias que establece el artículo 11 LOPJ.

b) Derecho a la intimidad del denunciado.

El segundo derecho potencialmente afectado, también de rango constitucional – artículo 18.1 – es el de la intimidad de los denunciados.

Según la STC núm. 77/2009, de 23 de marzo[501], este derecho surge de la necesidad de garantizar "*la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana*". De este modo, para la doctrina constitucional (STC núm. 70/2009, de 23 de marzo[502]) "*confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido*".

La extensión del derecho a la intimidad va más allá del círculo íntimo del hogar, pudiendo predicarse también respecto al ámbito laboral, tal y como indica la STEDH de 16 de diciembre de 1992, *Niemietz c. Alemania*[503].

En efecto, el contexto laboral de las investigaciones internas ha sido tradicional foco de controversias en la determinación de hasta dónde llegan los derechos de los trabajadores, asentándose la doctrina sobre la "*expectativa razonable de intimidad*" y que, de acuerdo a la STS (Sala 4ª) de 26 septiembre 2007[504], implica lo siguiente: "*lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios – con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales – e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización*

BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 609-652, pág. 623.
[501] F.D. 2º.
[502] F.D. 2º.
[503] ECLI:CE:ECHR:1992:1216JUD001371088, aptdo. 29.
[504] F.D. 4º.

laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones. De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado «una expectativa razonable de intimidad»".

Aunque COLOMER HERNANDEZ[505] recuerda que en determinadas ocasiones el TS ha admitido que se afecte a la intimidad sin necesidad de autorización judicial, el autor rechaza que quepa en el marco indagaciones laborales, por lo que, según su criterio las averiguaciones que vulneren este límite deberán ser tildadas como prueba ilícitamente obtenida (artículo 11.1 LOPJ), provocando consiguientemente su expulsión del proceso.

No obstante, en mi opinión, resulta más acertada la visión de NIETO MARTÍN[506]. Este autor defiende la posibilidad de afectar la intimidad del trabajador, en el marco de las investigaciones internas, cuando se centre en los dispositivos puestos a su disposición por la empresa y, con carácter previo, se haya eliminado completamente la expectativa de privacidad que pudiera tener el usuario[507]. Por ello, toman especial relieve los conocidos como protocolos de uso de herramientas informáticas[508] destinados a todos los directivos y trabajadores que en el ejercicio de su función empleen herramientas digitales facilitadas por la corporación. En estas normas internas se deben establecer claramente las reglas de uso, fijando la prohibición absoluta de empleo para cuestiones de carácter personal – esto es, eliminando la expectativa de privacidad –, recabando el

[505] COLOMER HERNANDEZ, I., "Derechos fundamentales y valor probatorio… ob. cit. pág. 624.
[506] NIETO MARTÍN, A., "Investigaciones internas… ob. cit. págs. 245-248.
[507] En apoyo de esta afirmación puede citarse la STS núm. 528/2014 de 16 junio que, en un *obiter dicta* (F.D.1º. B) señala: "*Por consiguiente, bien claro ha de quedar que en el ámbito del procedimiento penal, el que a nosotros compete, para que pueda otorgarse valor y eficacia probatoria al resultado de la prueba consistente en la intervención de las comunicaciones protegidas por el derecho consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución , resultará siempre necesaria la autorización e intervención judicial, en los términos y con los requisitos y contenidos que tan ampliamente se han venido elaborando en multitud de Resoluciones por esta Sala, a partir del importante Auto de 18 de Junio de 1992 (caso "Naseiro"), cualquiera que fueren las circunstancias o personas, funcionarios policiales, empresarios, etc., que tales injerencias lleven a cabo. Lo que por otra parte, obvio es recordarlo, operará tan solo respecto a lo que estrictamente constituye ese "secreto de las comunicaciones", es decir, con exclusión de los denominados "datos de tráfico" o incluso de la posible utilización del equipo informático para acceder a otros servicios de la red como páginas web, etc., de los mensajes que, una vez recibidos y abiertos por su destinatario, no forman ya parte de la comunicación propiamente dicha, respecto de los que rigen normas diferentes como las relativas a la protección y conservación de datos (art. 18.4 CE) o a la intimidad documental en sentido genérico y sin la exigencia absoluta de la intervención judicial (art. 18.1 CE)*."
[508] Analizados por CUENCA MÁRQUEZ, J., CABECERANS CABECERANS, J., "El Compliance Officer y los límites constitucionales de sus investigaciones", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 2/2015, pág. 4 y siguientes.

consentimiento de su usuario ante hipotéticas auditorias informáticas que se puedan realizar sobre los dispositivos o el correo electrónico, y señalando en qué pueden consistir las medidas de verificación destinadas a comprobar que se están empleando correctamente[509].

Perfilando los límites a la afectación de la intimidad de directivos y empleados, debe traerse a colación la doctrina jurisprudencial surgida a raíz de los procesos incoados sobre la base de la conocida como *Lista Falciani*, toda vez que ha supuesto la creación de una nueva excepción en la exclusión procesal de la prueba ilícita[510]. El procedimiento que dio lugar a la resolución analizada, tramitado por dos delitos contra la Hacienda Pública en los que parte del acervo probatorio provenía de los datos bancarios extraídos por el renombrado trabajador de la entidad financiera HSBC, y, por lo tanto, enmarcados en lo que se conoce como "intimidad económica", concluyó con la STS núm. 116/2017 de 23 febrero, luego confirmada por la STC núm. 97/2019 de 16 julio.

El TS señala[511] que no cabe duda de la necesidad de excluir del material probatorio las diligencias llevadas a cabo en el ejercicio del *ius puniendi* estatal que vulneren derechos o libertades fundamentales[512], si bien, dice el Alto Tribunal, debe analizarse qué sucede en los casos de la

---

[509] En el ámbito laboral encontramos jurisprudencia muy clarificadora. La STS (Sala 4º) núm. 119/2018 de 8 de febrero, en un recurso de casación para unificación de doctrina, establece (F.D. 4º *in fine*) que "*la utilización del ordenador en la empresa -aunque está personalizada- queda dentro del ámbito de poder de vigilancia del empresario y por ello el ejercicio de las correspondientes facultades de control se ampara en el art. 20 ET y no tiene las limitaciones que corresponden a la función de «policía privada» que consiente el art. 18 ET , que es un régimen excepcional referido a la esfera privada del trabajador [taquilla y efectos personales] (SSTS 26/09/07 -rcud 966/06 -; y 08/03/11 -rcud 1826/10 -), de forma que aunque pueda resultar conveniente la presencia garantista de terceros -Notario, RLT, otro trabajador y el propio interesado-, sin embargo su ausencia en absoluto condiciona la validez del acto de control, a cuya prueba se le dará la fehaciencia que en su caso corresponda*." Igualmente es destacable la STEDH de 5 de septiembre de 2017, *Barbulescu c. Rumanía*, ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD006149608, mediante la que se resuelve que una interceptación de comunicaciones de un trabajador realizada por su empleador, vulneraba el artículo 8 CEDH, sobre la base de los siguientes aspectos apuntados en su aptdo. 139: "*En estas circunstancias, parece que los órganos jurisdiccionales nacionales no consiguieron, por un lado, comprobar, concretamente, si el empleador había notificado previamente al demandante la posibilidad de que sus comunicaciones en Yahoo Messenger iban a ser controladas y, por otro, tener en cuenta que no se le había informado de la naturaleza y alcance de la vigilancia a que iba a ser sometido, así como del grado de intrusión en su vida privada y en su correspondencia. Por otra parte, no determinaron, en primer lugar, qué motivos concretos justificaban la introducción de las medidas de control, en segundo lugar, si el empresario pudo haber utilizado medidas menos intrusivas para la vida privada y la correspondencia del demandante y, en tercer lugar, si el acceso al contenido de las comunicaciones hubiera sido posible sin su conocimiento (aptdos 120 y 121)*".

[510] ZARAGOZA TEJADA, J.I., GUTIÉRREZ AZANDA, D.A., "La exclusión de la prueba ilícita tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 2019 sobre la "Lista Falciani", *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal,* nº56, 2019, págs. 209-222.

[511] F.D. 6º.

[512] Como con acierto recuerda PLANCHADELL GARGALLO, A., "Prohibiciones probatorias en la investigación de delitos cometidos por personas jurídicas." en GÓMEZ COLOMER, J.L.., (Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.),

denominada "*eficacia horizontal de los derechos fundamentales*", es decir, aquellos supuestos en que la infracción de los derechos con rango constitucional proviene de otro particular, no del Estado. Al respecto, señala la resolución analizada: "*la Sala entiende que la posibilidad de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas, no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame. Su valoración es perfectamente posible a la vista de la propia literalidad del vigente enunciado del art. 11 LOPJ y, sobre todo, en atención a la idea de que, en su origen histórico y en su sistematización jurisprudencial, la regla de exclusión solo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito*. (…) *La prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito. No persigue sobreproteger al delincuente que se ve encausado con el respaldo de pruebas que le han sido arrebatadas por un particular que cuando actuaba no pensaba directamente en prefabricar elementos de cargo utilizables en un proceso penal ulterior"*[513].

Esta resolución, luego confirmada por el TC (aunque apartándose ligeramente de los motivos aducidos por el TS) resulta de aplicación a las investigaciones internas que vengo analizando pues, como he indicado, su pretensión inicial sí que es recabar prueba (por lo tanto, no se cumple el segundo requisito que según el TS habilitó el empleo de la Lista Falciani, esto es, que su obtención inicial no estaba movida por el ánimo de prefabricar elementos de cargo), de tal forma que no entrarían dentro de la nueva excepción establecida por el TS. Esto provoca que, si los elementos se obtienen afectando a la intimidad del trabajador por no haber destruido antes la expectativa de privacidad, sí que se corra el riesgo de que se califiquen como pruebas nulas.

c) Derecho al entorno digital.

Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 1121-1164, pág. 1126, la regla de la exclusión probatoria se fundamenta "*en el valor preferente de los derechos fundamentales*".

[513] COLOMER HERNÁNDEZ, I., "Régimen de exclusión probatoria de las evidencias obtenidas en las investigaciones del compliance officer para su uso en un proceso penal", *Diario La Ley* Nº 9080, Sección Doctrina, 14 de noviembre de 2017, pág. 10, subraya la paradoja de que esta resolución ubica en un lugar privilegiado a los particulares respecto a las autoridades en la investigación.

Enmarcado en el aptdo. 4 del artículo 18 CE, indica COLOMER HERNÁNDEZ[514], extractando la STS núm. 489/2018 de 23 de octubre: "*partiendo de la plurifuncionalidad de los datos que se almacenan en cualquier ordenador y otros dispositivos asimilables por su capacidad de acumular información vinculada a una persona (smartphone) se conviene en la necesidad de un tratamiento unitario a partir de la proclamación de un derecho al entorno digital. Sería un derecho de nueva generación que serviría para alumbrar y justificar distintos escalones de protección jurisdiccional*." El derecho "*integraría, sin perder su genuina sustantividad como manifestación de derechos constitucionales de nomen iuris propio, toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos"*[515].

El derecho al entorno digital, en el ámbito laboral, tuvo reconocimiento explícito en el Estatuto de los Trabajadores, cuyo artículo 20 bis[516], rubricado como "*Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión"* establece: "*Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*".

Por su parte la LECrim consigna en el artículo 588 sexies a)[517], dentro del capítulo denominado "*Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información*", la necesidad de expresa autorización judicial para acceder a la información contenida en "*ordenadores, instrumentos de*

[514] COLOMER HERNÁNDEZ, I., "Derechos fundamentales y valor probatorio… ob. cit. pág. 626.
[515] STS núm. 342/2013 de 17 de abril, F.D. 8º.
[516] Añadido mediante la disposición final 13 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.
[517] Como señala la exposición de motivos del Anteproyecto LECrim 2020 (aptdo. XLIII) en este texto se recoge en esencia la regulación incorporada a la LECrim vigente mediante la Ley Orgánica 13/2015. En concreto, al registro de dispositivos de almacenamiento masivo, se les dedica el Capítulo III, del Título IV del Libro III (libro rubricado "de las diligencias de investigación"). Según establecen los artículos 425 a 428, sin con ocasión de un registro domiciliario, o en otras circunstancias, se aprehenden instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos, será necesaria la autorización del juez de garantías para acceder a los mimos, con la debida justificación de las razones que legitiman el acceso a la información contenida en los mismos.

comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos".

En una resolución muy clarificadora para lo que es mi objeto de estudio, apunta la STS núm. 489/2018 de 23 octubre[518] que "*la necesidad de esta autorización judicial (subsidiaria del consentimiento: si el afectado accede de forma libre, no hay cuestión) obedece a la consideración de estos instrumentos como esferas de almacenamiento de una serie compleja y densa de datos que afectan de modo muy variado a la intimidad del investigado (comunicaciones tuteladas por el art. 18 3º CE; contactos, fotografías, archivos personales, tuteladas por el art. 18 1º CE; datos personales y de geolocalización, que pueden cobijarse en el derecho a la protección de datos, art. 18 4º CE). La contemplación disgregada de cada una de esas realidades con regímenes de protección diferenciados resultaría ineficaz. Permitido, por ejemplo, el acceso directo de los agentes policiales a estos instrumentos para investigar datos únicamente protegidos por el derecho a la intimidad (v.gr., los contactos incluidos en la agenda), no se podría acceder o consultar también otros datos tutelados por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones albergados en el mismo dispositivo. El Legislador con buen criterio ha optado por otorgar un tratamiento unitario a los datos contenidos en los ordenadores y teléfonos móviles, reveladores del perfil personal del investigado, configurando ese derecho constitucional de nueva generación, el derecho a la protección del propio entorno virtual*".

Por lo tanto, no cabe duda de que cualquier limitación en la investigación afectante al derecho al entorno digital del denunciado requerirá, de no existir autorización judicial, el expreso consentimiento del sujeto pasivo de la indagación, de ahí que vuelvan a resultar imprescindibles los protocolos de uso de herramientas informáticas a los que me he referido anteriormente.

d) Derecho de defensa.

d.1. Derecho a ser informado de la denuncia.

En sintonía con lo predicable respecto al proceso penal, la primera condición para un correcto desenvolvimiento del derecho de defensa es la información al denunciado de los incumplimientos

[518] F.D. 5º.

que le han sido atribuidos, lo cual puede materializarse mediante la notificación de un pliego de cargos, o directamente con el traslado de la denuncia eliminando los datos de identificación del denunciante.

El momento en que se le ponen de manifiesto al denunciado los cargos imputados debe guardar el debido equilibrio entre la eficacia de la investigación y la obligación de información al denunciado.

El artículo 24 LOPD sigue la línea establecida en el artículo 5.4 de la anterior Ley de protección de datos, que fijaba en tres meses el plazo máximo para informar al denunciado.

Esa regla general tiene como excepción la establecida en el Dictamen 1/2006 sobre la aplicación de las normas de la UE relativas a la protección de datos a programas internos de denuncia de irregularidades en los campos de la contabilidad, controles contables internos, asuntos de auditoría, lucha contra el soborno, delitos bancarios y financieros, elaborado por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 sobre Protección de Datos, y que permite retrasar esa comunicación al denunciado cuando exista un riesgo importante de que la investigación pueda perder su eficacia[519].

En este sentido, la Directiva *Whistleblower* establece en el artículo 11.2.d) que, si bien la investigación tendrá un plazo de duración habitual de tres meses, cabe prorrogarlo hasta el máximo de seis meses en supuestos debidamente justificados. Según el considerando 67, habrá que atender a las "*circunstancias específicas del caso, en particular la naturaleza y la complejidad del objeto de la denuncia, que puedan justificar una investigación larga*".

d.2. Derecho a designar letrado.

Aunque se trate de una práctica que al menos de momento resulta poco frecuente, el denunciado debe tener la posibilidad de designar un profesional que le asesore durante la investigación interna, al que se deberá permitir actuar personalmente en diligencias como testificales de otros trabajadores, o en la propia declaración del denunciado.

[519] Pág. 14.

d.3. Derecho a ser oído.

El denunciado, dentro del plazo señalado en el aptdo. d.1, debe tener la posibilidad de explicar personalmente su versión de los hechos denunciados.

d.4. Derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

Sin perjuicio de que se le conceda al denunciado la posibilidad de declarar, también se le pondrá de manifiesto que le asiste el derecho a no incriminarse.

d.5. Derecho a la prueba.

En el marco del procedimiento de investigación, el denunciado podrá efectuar las alegaciones de descargo que estime oportunas, proponiendo las diligencias que puedan favorecer su posición en la indagación. Será obligación de la persona jurídica aceptar aquellas que puedan resultar pertinentes y útiles para el esclarecimiento de lo ocurrido.

3.3.6.2 Fases de la investigación.

a) Fase preliminar.

a.1. Decisión sobre la admisión a trámite de la investigación.

Se enmarcaría en este primer momento la admisión o no a trámite de la denuncia, según los parámetros señalados en el aptdo. 3.3.5.1, y el acuse de recibo al denunciante cuando no haya utilizado el anonimato.

a.2. Medidas para evitar represalias al denunciante.

Se deben establecer las medidas que resulten necesarias para la protección del denunciante. Aunque la denuncia se haya efectuado de forma confidencial, en determinadas ocasiones, atendiendo los hechos que le han sido puestos de manifiesto a la persona jurídica, es posible que

el denunciado pueda intuir qué persona ha formulado la delación, por lo que se deben tomar en este momento inicial las cautelas pertinentes para evitar represalias.

a.3. Constitución del equipo encargado de la investigación.

Se formará el equipo encargado de la investigación. Aunque en los supuestos menos graves la encomienda se efectuará únicamente a los sujetos concretos a los que se haya asignado la gestión del canal, en aquellos casos en que la investigación tenga cierta complejidad, puede ser necesario la utilización de otros recursos, como, por ejemplo, personal informático que pueda facilitar la recopilación y organización de los vestigios extraídos de dispositivos electrónicos. La exigencia de un equipo investigador establecido al efecto, además de una exigencia doctrinal[520], abunda en la propia eficacia del resultado de la indagación al dar cumplimiento al artículo 24 LOPD, que limita el acceso a los datos contenidos en el canal de denuncias a quienes "*desarrollen las funciones de control interno y de cumplimiento, o a los encargados del tratamiento que eventualmente se designen a tal efecto*". En el mismo sentido, la Directiva *Whistleblower* señala en el artículo 9.1.a) que no puede acceder a la denuncia el personal no autorizado. Abundando en esto, el artículo 9.1.c) determina, entre los elementos del canal de denuncias, la designación de una persona o departamento imparcial que sea competente para seguir las denuncias, que podrá ser la misma persona o departamento que recibe las denuncias, y que mantendrá la comunicación con el denunciante. De ser necesario, le solicitará información adicional y le dará respuesta.

De este modo, la existencia de un acto formal de nombramiento incluyendo a todas las personas involucradas, es imprescindible para evitar el riesgo de nulidad del resultado por vulnerar el derecho a la intimidad.

a.4. Fijación de la estrategia y *planning* de la investigación.

El equipo investigador, y muy especialmente el profesional al que se haya externalizado la gestión del canal de denuncias, debe preestablecer la estrategia más adecuada para determinar el alcance del posible incumplimiento, fijando la planificación que resulte más eficaz para su comprobación.

[520] En este sentido, PUYOL MONTERO, F.J., "El funcionamiento práctico del canal… ob. cit. págs. 216-218 o NIETO MARTÍN, A., "Investigaciones internas… ob. cit. pág. 239.

Sin perjuicio de otras cuestiones a determinar se deben consignar necesariamente los siguientes aspectos en la estrategia:

- Normativa de aplicación que pudiera haber resultado incumplida, y consecuencias hipotéticas para la empresa.

- Determinación de la documentación que pudiera resultar oportuno recabar, y cautelas a seguir en el caso de que pudiera estar almacenada en dispositivos electrónicos que tengan un usuario asignado.

- Determinación de las personas de la organización cuyo testimonio pudiera resultar pertinente para la aclaración de lo ocurrido.

a.5. Medidas cautelares.

En determinadas ocasiones, con la finalidad de asegurar el buen fin de la indagación[521] o evitar la reiteración en el incumplimiento, se pueden tomar medidas cautelares respecto al denunciado. Para que sean admisibles, es preciso que la denuncia recibida aporte el suficiente acervo probatorio como para que permita considerar la apariencia de veracidad de lo denunciado.

Las medidas, principalmente, serán el cambio de puesto de trabajo o de tareas asignadas al denunciado y, en los supuestos más graves, suspensión de empleo.

b) Fase intermedia o de desarrollo de la investigación.

Es durante esta etapa cuando se efectúan verdaderamente las labores de indagación que podrían permitir determinar lo ocurrido. En el grueso de ocasiones, se realizarán tres diligencias, principalmente:

b.1. Entrevista al denunciado.

[521] NIETO MARTÍN, A., "Investigaciones internas… ob. cit. pág. 257 apunta como ejemplo la evitación de la destrucción de pruebas que pudiera guardar el denunciado en su ordenador.

Aunque en mi opinión se le debe dar oportunidad al denunciado para ser oído, la entrevista no necesariamente tiene que materializarse al inicio de la investigación, pudiendo posponerse hasta un momento ulterior para entre tanto lograr el aseguramiento de los medios de prueba que corran el riesgo de ser destruidos.

Con la debida antelación a la entrevista, se debe informar al denunciado de los derechos que le asisten – en particular, para que pueda acudir a la misma asistido de letrado –, exponiéndole los hechos que se le atribuyen, y facilitándole copia del expediente. Si la denuncia es confidencial se deben eliminar los datos identificativos del delator.

La entrevista podrá ser grabada en soporte digital o compilar las afirmaciones que realice en un acta, que deberá ser firmada por todos los presentes. La Directiva *Whistleblower*, aunque referida al testimonio del denunciante realizado mediante una entrevista, señala en el artículo 18.4 que se elaborará "*un acta pormenorizada de la reunión preparada por el personal responsable de tratar la denuncia. Las entidades jurídicas de los sectores privado y público y las autoridades competentes ofrecerán al denunciante la oportunidad de comprobar, rectificar y aceptar mediante su firma el acta de la reunión*".

b.2. Entrevista a testigos.

Durante esta fase se recabará el testimonio de posibles testigos del incumplimiento. Aunque el método más eficaz es la realización de entrevistas personales, en aquellos supuestos en que sea necesario obtener la testifical de muchos sujetos diferentes una alternativa habitual será la realización de cuestionarios. La Directiva *Whistleblower*, si bien en su articulado parece centrar solo su protección en los denunciantes, señala en el considerando 76 que "*Los Estados miembros deben velar por que las autoridades competentes dispongan de procedimientos de protección adecuados para el tratamiento de las denuncias y para la protección de los datos personales de quienes sean mencionados en la denuncia. Dichos procedimientos deben garantizar la protección de la identidad de cada denunciante, cada persona afectada y cada tercero que se mencione en la denuncia, por ejemplo, testigos o compañeros de trabajo, en todas las fases del procedimiento*".

b.3. Recopilación de documentos y otros vestigios.

El grueso del material obtenido durante esta fase tendrá carácter documental. De hecho, el éxito de la investigación depende en gran medida de la correcta recopilación y organización de la documentación interna generada por la corporación.

Por este motivo, como señala NIETO MARTÍN[522], pueden resultar muy útiles las empresas dedicadas al *forensic*[523], que, entre otras cuestiones, emplean herramientas de *software* mediante los que analizar miles de documentos rastreándolos con métodos de búsqueda precisos.

c) Informe final.

La investigación concluirá con la elaboración de un informe por el equipo investigador que recoja con carácter exhaustivo las conclusiones alcanzadas, los medios de prueba que las sustentan, y la propuesta infractora que se realiza frente a los sujetos que se hayan determinado como incumplidores.

A resultas de la investigación, pueden alcanzarse dos grupos de conclusiones:

- Archivo del procedimiento, si los hechos investigados no son constitutivos de delito, no se ha acreditado su comisión, o no puede detectarse qué concreta persona de la organización los ha cometido. En este último supuesto, será necesario tomar medidas internas destinadas a su futura evitación y a establecer los mecanismos necesarios para la identificación de los responsables si se dan nuevos incumplimientos.

- En el caso de que se determine que se ha producido una infracción, el informe tendrá que recoger los sujetos que han intervenido, naturaleza de los hechos, fecha, lugar y las circunstancias en que sucedieron, normativa infringida y las posibles consecuencias del incumplimiento. El equipo investigador debe señalar las medidas a implantar para su evitación, detección o reacción temprana, y las sanciones propuestas para los autores.

[522] NIETO MARTÍN, A., "Investigaciones internas… ob. cit. pág. 251.
[523] El informe *forensic*, elaborado por la consultora PWC, está teniendo un peso importante en el proceso penal seguido frente al BBVA por el conocido como "caso Villarejo" (https://www.elconfidencial.com/empresas/2019-12-24/audiencia-nacional-bbva-informe-forensic-pwc_2389159/ última visita 25/02/2020) De hecho, según algunas informaciones (https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/02/16/companias/1581877046_300923.html última visita 25/02/2020), el *forensic* llegó a la conclusión de que el BBVA se saltó sus normas de compra y su propio código de conducta.

El informe final con la propuesta se deberá trasladar al órgano de *compliance* penal.

d) Sanción.

El encargado del cumplimiento normativo de la empresa será quien, sobre la base del informe final, y manteniendo informado al órgano de gobierno de la empresa[524], deberá establecer las sanciones a imponer al incumplidor, y las medidas a tomar. El *compliance officer* no está obligado a seguir las conclusiones alcanzadas por el equipo investigador, si bien deberá motivar las causas que le han llevado a separarse de la propuesta de resolución recibida.

La sanción a trabajadores deberá adecuarse a lo establecido en el Convenio Colectivo que resulte de aplicación. En el caso de que el incumplimiento haya sido cometido por un tercero ajeno a la entidad, teniendo en cuentas las graves consecuencias que puede entrañar para la entidad podría estar justificada la resolución contractual, en virtud de lo establecido en el artículo 1124 Cc.

e) Protección del resultado de la investigación.

La correcta protección del resultado de la investigación, excluyéndolo de *miradas ajenas* no toleradas expresamente por la persona jurídica, resulta vital para la defensa corporativa. En línea con lo indicado por NIETO MARTÍN[525], el control de la información emanada del canal de denuncias reporta a la empresa principalmente tres ventajas: diseñar la estrategia defensiva más acorde a las concretas circunstancias; facilitar el fin de la indagación, evitando o reduciendo los costes reputaciones; e impedir algunas diligencias de investigación (como la entrada y registro), que podrían afectar al resultado de la investigación.

Por ello, afirma NIETO MARTÍN: "*La importancia que en la prevención de la criminalidad económica tienen los canales de denuncia y, en general, los programas de cumplimiento hacen necesario que se establezca algún tipo de garantía que proteja la información que generan frente a jueces, fiscales y autoridades administrativas"*[526].

[524] Obligación establecida en la letra d) del aptdo. 5.1.2 de la NORMA UNE 19601.
[525] NIETO MARTÍN, A., "Investigaciones internas, whistleblowing … ob. cit. pág. 3.
[526] NIETO MARTÍN, A., "Investigaciones internas, whistleblowing … ob. cit. pág. 7.

Señala el autor dos prerrogativas, de escaso arraigo en el derecho continental, el *self auditing privilege*, en virtud del cual resultarían inaccesibles a las autoridades los documentos generados con el objetivo de mejorar el modelo de prevención, y el *ombudsman privilege*, que dota de carácter confidencial a las comunicaciones recibidas por la persona de la empresa designada para la recepción de denuncias o prestar asesoramiento respecto a cuestiones legales[527].

Dado que en nuestro país no existe expreso reconocimiento del *work product privilege*[528], la única forma de proteger realmente ese material sensible es empleando letrados externos de inicio a fin de la investigación.

3.4 Imputación de la persona jurídica. El representante especialmente designado.

3.4.1 Introducción.

La designación de un representante especial que personifique la posición de la persona jurídica es, como he indicado anteriormente, un acto procesal derivado de la naturaleza de los entes colectivos que les otorga especiales opciones defensivas[529].

La LECrim conceptúa la designación como una cuestión potestativa – la falta de nombramiento provocará que las actuaciones se entiendan con el abogado de libre designación, o con el asignado de oficio –, y que puede residir en personas absolutamente ajenas a la organización, por lo que no es descartable que se produzca en el ámbito jurídico una tendente profesionalización de la figura del representante especial, encargándose a sujetos, *ex ante* del ilícito ajenos a la empresa, pero que una vez consumado el delito y materializada la imputación, puedan erigirse en representantes de la investigada o acusada, dotados de los instrumentos y conocimientos necesarios para que la *voz*

[527] NIETO MARTÍN, A., "Investigaciones internas, whistleblowing … ob. cit. pág. 6.
[528] Por ejemplo, el aptdo. 9-28.710 de los *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* sí que hace referencia al mismo como componente esencial del sistema legal estadounidense. Con cierta analogía, en nuestro país se ponía en duda hasta qué punto los "papeles de trabajo" que preceden a los informes de auditoría deben ser aportados por los auditores (vid. LUZÓN CASANOVAS, A., "Problemas en la investigación de los delitos económicos, con especial referencia a las diligencias practicadas en Fiscalía", *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, I-2003, págs. 243-275, pág. 257).
[529] La designación del representante especial como manifestación del derecho de autodefensa de las personas jurídicas es asumida igualmente por NEIRA PENA, A. M., *La defensa penal de la persona jurídica: representante defensivo, rebeldía, conformidad y compliance como objeto de prueba.* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2018, pág. 33.

de la corporación en el proceso penal amplifique las virtudes del programa de cumplimiento implantado, acallando sus posibles deficiencias.

Al momento de la imputación, a los métodos de designación del representante defensivo, y a las posibles situaciones de conflicto de este con la persona jurídica dedicaré las siguientes líneas.

3.4.2 Autonomía o simultaneidad de la imputación respecto a la persona física.

Tal y como se deriva del artículo 119 LECrim, la potestad de designar un representante especial nace con la atribución judicial del hecho punible investigado a una persona jurídica, momento a partir del cual surgirá su derecho de defensa, cuya vertiente formal será ejercida por la persona física que designe en autos.

La primera cuestión por resolver, desatendida por el legislador[530], es si la imputación de la persona física y la jurídica debiera producirse de forma coetánea o sucesiva.

A este respecto, como con acierto señala NEIRA PENA[531], el hecho de que ambos sujetos son responsables de la comisión del hecho de referencia – la persona física, como autora material, la jurídica como omitente de las medidas de control destinadas a la evitación o minoración del riesgo penal consumado – provoca que como norma general la imputación debiera producir de forma simultánea.

No obstante, indica la autora, en la práctica será más sencillo determinar la comisión en el seno de la actividad desarrollada por una persona jurídica, que la identificación del concreto individuo autor[532], lo cual generará en muchas ocasiones la imputación sucesiva, primero la de la persona jurídica y, a posteriori, en virtud de las indagaciones realizadas, la del sujeto apical o la del subordinado. Sobre la determinación de la persona física, indica NEIRA PENA[533] que las dificultades en su individualización serían indicio de ausencia del debido control, afirmación que si bien me parece indudablemente acertada, en el caso de que la persona jurídica sepa que la comisión es atribuible a un directivo, puede preferir, como estrategia defensiva, que no se conozca

[530] En parte por la dificultad de establecer una regla común aplicable a cualquier casuística.
[531] NEIRA PENA, A. M., *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pág. 105.
[532] NEIRA PENA, A. M., "La instrucción de los procesos penales… ob. cit. pág. 113.
[533] NEIRA PENA, A. M., "La instrucción de los procesos penales… ob. cit. pág. 118.

al concreto autor individual, *dando a entender* en el proceso que ha sido cometido por un empleado no directivo, ya que las posibilidades de lograr una exención de responsabilidad, o sufrir inferior castigo, son mayores cuanto menos peso en la organización tenga el individuo responsable[534].

Como expresamente contempla el CP (artículo 31 ter) no es descartable que la responsabilidad del ente colectivo se dirima de forma autónoma, cuando la persona física culpable no haya sido individualizada o no resultare posible dirigir el procedimiento contra ella, por concurrir circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado, o en los supuestos en que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia.

Lógicamente, lo antedicho no quiere decir que la simple constatación de la consumación de un delito que haya tenido que cometerse por las personas físicas indicadas en el artículo 31 bis CP suponga automáticamente la imputación de la persona jurídica, con el riesgo reputacional que ello comportaría. Solo resultará procedente la citación como investigada "*cuando, de los hechos relatados en una querella o en una denuncia (art. 309 bis LECrim) o de las investigaciones desarrolladas se desprenda la posibilidad, más o menos fundada, de que se haya cometido un delito en el marco de sus actividades, que se trata de uno de los delitos imputables a los entes colectivos y que el mismo haya sido ejecutado en beneficio de la entidad, por alguno de sus agentes, aun cuando estos no hayan sido personalmente identificados"*[535].

Menos frecuentes deberían ser los supuestos en que se impute inicialmente a la persona física y, una vez avanzada la investigación, se le achaque el ilícito a la persona jurídica en nombre o por cuenta de la cual trabaja el autor material, consumándose así un retardo injustificado[536] en la imputación del sujeto colectivo, con la consiguiente generación de indefensión. Este tipo de situaciones se producirá más probablemente en los supuestos en que se pudiera pretender por las

[534] Artículo 66 bis 1ª c) CP. Al respecto, dice NIETO MARTÍN, A., "Reforma del proceso penal… ob. cit. "*Las investigaciones internas suponen dejar en manos de la empresa el primer gran relato de los hechos, lo que lógicamente puede llevar a cargar las tintas acentuando la responsabilidad de terceras personas con menor poder dentro de la organización, por ejemplo, empleados, técnicos, con el fin de proteger a la empresa o a sus máximos responsables. Se trata del fenómeno conocido como reverse whistleblowing y que ha sido estudiado en los Estados Unidos*".
[535] NEIRA PENA, A. M., "La instrucción de los procesos penales… ob. cit. pág. 117.
[536] NEIRA PENA, A. M., "La instrucción de los procesos penales… ob. cit. pág. 114.

acusaciones[537] evitar una defensa coordinada del responsable individual y el corporativo. Con la finalidad de evitar el riesgo de imputación de una persona física sin que se conozca por su empleadora, resulta recomendable que los modelos de prevención penal recojan la obligación, a cargo de todos los miembros de la organización, de poner en conocimiento de esta, con carácter inmediato, las citaciones que reciban para declarar en calidad de investigados o como testigos cuando los hechos estén relacionados de forma directa o indirecta con las labores que desempeñen para la persona jurídica.

3.4.3 Traslado de la imputación y designación del representante especial.

3.4.3.1 Primera comparecencia de la persona jurídica imputada. Artículo 119 LECrim.

La posibilidad de designar un representante especial que junto con el abogado defienda los intereses de la persona jurídica imputada, es una de las consecuencias de la voluntad legislativa de dotar de corporeidad al ente imputado[538].

Frente a esta decisión no faltan autores, como DEL MORAL GARCÍA MARTÍN[539], que consideran que la designación de un representante especial no aporta garantías adicionales para la

[537] Aunque esa práctica, al menos de momento, no se ha generalizado en España, sí que resulta frecuente en los Estados Unidos, habiéndose positivizado algunos aspectos de la misma en el *Thomson Memorandum*, emitido en 2003 por el entonces Fiscal General Adjunto Larry Thompson. En el texto, se proporcionaba orientación para determinar si se debe acusar a una corporación por un delito cometido en su seno. El memorándum fue duramente criticado por los abogados defensores norteamericanos (https://www.lw.com/thoughtLeadership/doj-revises-thompson-memorandum última fecha visita 05/09/2021) pues, entre otras cuestiones, conceptúa como medidas no colaborativas con la investigación pública el adelanto por la empresa de los honorarios de los letrados de las personas físicas investigadas; exige renuncias explícitas a la confidencialidad entre abogado-cliente; y la entrega a la acusación del producto de las investigaciones internas efectuadas.

[538] En este sentido se pronuncia TORRAS COLL, J.M., "Aspectos procesales de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Valoración del programa compliance", *La Ley Penal*, Nº 130, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, enero - febrero 2018, pág. 3. Se trata de una cuestión poco discutida doctrinalmente, pues como señala DOPICO GÓMEZ-ALLER. J., "Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos", *Diario La Ley* nº 7796, Sección doctrina, 13 de febrero de 2012, Ref. D-67, pág. 2, la actuación en el proceso penal de las personas jurídicas era una cuestión apenas estudiada, por lo que el legislador inauguró el debate.

[539] DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, A., "Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas acusadas", en ESCOBAR JIMÉNEZ, R., DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, A., (Coords), *El juicio oral en el proceso penal*, Granada: Comares, 2021, págs. 921-938, pág. 925, afirma que "*si la persona moral no es persona física, su presencia no ha de ser física, sino también moral o "jurídica". No creemos que se alcancen mayores garantías estatuyendo la obligación de representar "físicamente" a la persona jurídica. Solo se logra algo simbólico. Dicho de otra manera simplificadora pero plástica: no es necesario que en el banquillo de los acusados se sienten tantas personas como acusados. Los derechos de defensa y garantías procesales pueden quedar plenamente cubiertas con la presencia de*

persona jurídica o los que, como ARANGÜENA FANEGO[540], apuntan que se podrá optar como estrategia procesal por la no designación de sujeto alguno.

De acuerdo con el *iter* marcado por el artículo 119 LECrim, y una vez emitida la resolución judicial que, de forma autónoma o simultánea a la persona física, acuerde la imputación de la persona jurídica, se deberá remitir la citación al domicilio social[541] de la entidad, para que designe en autos un representante especial, un abogado, y un procurador que ostente su representación procesal, advirtiéndole que si no nombra un representante especial se entenderán las actuaciones *simplemente* con el abogado y el procurador.

La comparecencia prevista en el artículo 775 LECrim se practicará así con el representante especial, asistido del abogado, y si no acude o no se nombra a la persona física que encarnará al sujeto colectivo, se seguirá en exclusiva con el letrado que acuda. Si la persona jurídica no señala letrado o procurador se procederá a la designación de oficio.

En este acto se informará a la persona jurídica de los hechos punibles que se le atribuyan, lo cual, según la letra c) del artículo 119 LECrim, se materializará mediante pliego por escrito o, como ocurrirá en la mayoría de las ocasiones, con la entrega de la copia de la denuncia o querella presentada. De hecho, probablemente la aportación de la información por escrito, es decir, no con la entrega de la denuncia o querella, se producirá en los supuestos en que inicialmente el proceso se haya seguido solo individualmente contra la persona física y, tras las práctica de determinadas diligencias, se haya inferido la responsabilidad corporativa, por lo que el conjunto de indicios que existan frente a la persona jurídica se tendrán que plasmar por el instructor en un documento que

---

una dirección letrada técnica y una representación procesal que, en virtud de los deberes propios de su función estén en comunicación y relación estrecha con los órganos directivos de la sociedad o ente colectivo y sigan fielmente sus instrucciones".

[540] ARANGÜENA FANEGO, C., "El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable de la persona jurídica y el régimen de *compliance*." en GÓMEZ COLOMER, J.L., (Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 439-472, pág. 453, señala que "*la ley contempla la designación de representante como facultativa para la persona jurídica. La decisión de "encarnarse" o no en un representante que le confiera visibilidad en las actuaciones del proceso se configura como un derecho o, si se quiere, como una carga que la persona jurídica puede o no ejercitar, valorando las ventajas e inconvenientes que puedan derivarse de hacer o no la designación en función de la estrategia procesal que se vaya a seguir. Precisamente y con la vista puesta en la celebración del juicio oral puede resultar poco interesante la designación en atención a que pueda sufrir la denominada pena de banquillo; máxime cuando se puede evitar simplemente no nombrándole*".

[541] La ausencia de un domicilio conocido provocará, según el artículo 839 bis LECrim, la llamada a la persona jurídica por requisitorias.

permita a la entidad un conocimiento cabal de los elementos fácticos constitutivos del delito que se le impute.

A partir de las anteriores designaciones (letra d del artículo 119 LECrim), las notificaciones, incluso aquellas a las que se confiere por la Ley carácter personal, se practicarán con el procurador.

El Anteproyecto LECrim 2020 dedica el artículo 82 a lo que denomina "régimen de primera comparecencia", con una regulación muy similar a la actual, si bien con dos grandes novedades. En primer término, el representante especial, designado según lo establecido en el artículo 81 (en el próximo aptdo. analizaré este precepto), debe contar con poder especial para poder intervenir en nombre de la persona jurídica. Como segunda diferencia, la incomparecencia del representante especial a la primera citación (o a cualquier otra actuación posterior que requiera su intervención personal) puede provocar su detención[542] (artículo 81.4).

3.4.3.2 Facultad de designar al representante especial.

Más allá de las antedichas premisas, el artículo 119 LECrim guarda absoluto silencio sobre aspectos determinantes, como quién debe nombrar al representante especial, o qué características debe ostentar el sujeto designado.

La mayoría de la doctrina[543] – por una cuestión práctica – ubica en los administradores societarios la elección del representante especial, aunque es ese precisamente el caldo de cultivo de posibles conflictos de interés entre la defensa de la persona jurídica, y su legal representante, cuando este último aparece como imputado a título particular.

La atribución de esta prerrogativa al órgano rector, amén de que choca con la *última* tendencia societaria de otorgar mayores facultades a la junta general, también es contraria a algunos de los fines que se esbozan en el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por lo tanto, en mi opinión, el artículo 119 LECrim adolece de serias deficiencias en lo que se refiere a la

[542] Con acierto, el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, fechado a 7 de julio de 2021, critica la desproporción de esta previsión del prelegislador (pág. 159).
[543] Por ejemplo, MORENO CATENA, V., "El derecho de defensa de las personas jurídicas" en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 1009-1038, pág. 1024, apunta que "*la designación de su propio representante es una facultad genuina del órgano de administración*".

traslación del contenido de la imputación a la persona jurídica, con posibles consecuencias en el ámbito del derecho de defensa de la corporación.

Desde un punto de vista mercantil, como se plasmó mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, se está produciendo una tendencia, por influjo europeo, que tiene el objetivo confesado de fomentar la transparencia en el funcionamiento societario[544]. Entre otras medidas, se han potenciado las competencias de la junta general, señalando que "*se pretende con carácter general reforzar su papel y abrir cauces para fomentar la participación accionarial. A estos efectos, se extiende expresamente la posibilidad de la junta de impartir instrucciones en materias de gestión a todas las sociedades de capital, manteniendo en todo caso la previsión de que los estatutos puedan limitarla. Asimismo, se amplían las competencias de la junta general en las sociedades para reservar a su aprobación aquellas operaciones societarias que por su relevancia tienen efectos similares a las modificaciones estructurales."* La reforma de la LSC provocó que se le confiriera a la junta de socios (artículo 160.f LSC) la competencia sobre la transmisión, adquisición o aportación en otras sociedades de activos esenciales, entendiendo por tales aquellos que representen más del 25 % del activo que obrara en el último balance aprobado. Desde siempre, la disolución de la sociedad es también una competencia de la junta general (artículo 160.h LSC). Pues bien, dados los intereses en juego si se condena a una persona jurídica, con riesgo real de multas millonarias o, incluso, su *pena de muerte*, parece contrario a la lógica societaria que he esbozado brevemente que la junta no tenga nada que decir sobre uno de los aspectos claves, que marcará su estrategia de defensa, como es la designación del representante especial, o (peor) que no se asegure efectivamente que la junta general, como órgano de representación de todos los socios, conozca la imputación.

Pensemos en el supuesto de que, tras la atribución del ilícito a la persona jurídica, se remita la citación al domicilio social y se reciba por el administrador único que, como resulta harto común, no representa la mayoría del capital social[545]. Dependiendo de su responsabilidad personal en el

[544] Aptdo. III del preámbulo.

[545] Este riesgo es también subrayado por MORENO CATENA, V., "El derecho de defensa de las personas jurídicas… ob. cit. pág. 1025-1026, al indicar: "*Los intereses eventualmente en conflicto que pueden aparecer en un proceso penal contra una persona jurídica debe hacernos reflexionar sobre estos extremos, pues no siempre el órgano de administración —que sin duda ostenta la legitimación para designar al representante en el proceso penal— tendrá*

hecho punible puede que tenga interés en ocultar la imputación de la persona jurídica, actuando a espaldas del resto de socios, o que la traslade de forma incompleta o inveraz, con el fin de optar por una estrategia que favorezca sus intereses personales en detrimento de los corporativos. No estoy aquí creando un ejemplo de laboratorio, sino que se trata de un riesgo latente de posibles conflictos, subrayado por la STS núm. 154/2016 de 29 febrero[546].

Me hago cargo de que someter la imputación y el ulterior nombramiento del representante especial a los socios puede resultar poco operativo, si bien no es necesario que esa reunión extraordinaria de socios se celebre antes de que declare como investigada la persona jurídica (aunque, desde luego, resultaría deseable), pero sí que tenga lugar con carácter previo a que finalice la instrucción. De esta forma, se aseguraría que la persona jurídica pueda decidir la mejor manera de enfocar su imputación o, si no está de acuerdo con la línea planteada en la primera declaración, pueda promover una nueva indagatoria conforme regula el artículo 400 LECrim. O incluso, por qué no, pudiera bastar que la imputación, y la decisión sobre qué persona actuará como representante especial, sea informada a los socios por escrito al objeto de que estos, ante cualquier suspicacia que les pueda ocasionar la estrategia defensiva, insten o incluso promuevan[547] reuniones de la junta general para tratar la posición del ente ante el proceso penal.

El necesario sometimiento de la imputación y la designación de representante especial a la junta general (o, ya digo, *mínimo* la traslación de este hecho a los socios) se sustenta también, como he apuntado, en determinados intereses necesitados de protección que se vislumbran en la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así, como indica GASCÓN

---

la unanimidad de los socios o asociados en la defensa de los derechos e intereses de la entidad. La persona jurídica, que puede enfrentarse a una pena que llegue hasta su disolución, en cuya gestión o administración no hayan participado todos los socios o asociados, puede terminar condenada con un quebranto definitivo de los derechos e intereses de estos y de los intereses de terceros. Será preciso entonces intentar que se garantice al menos la posición procesal del representante especialmente designado para que, sin menoscabo alguno de la responsabilidad en que haya incurrido la persona jurídica, no se perjudique más allá de lo necesario la posición de quienes se hubieran opuesto a la actuación delictiva, o de quienes no intervinieron ni consintieron en ella, sean administradores o partícipes minoritarios que, sin embargo, pueden ser arrastrados por la condena. Y que, desde luego, pueda sostener una posición defensiva articulando todos los medios a su disposición para obtener una sentencia absolutoria o, al menos, la sentencia menos gravosa posible para la persona jurídica".

[546] F.D. 8º.

[547] Al respecto establece el artículo 168 LSC: "*Los administradores deberán convocar la junta general cuando lo soliciten uno o varios socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, expresando en la solicitud los asuntos a tratar. En este caso, la junta general deberá ser convocada para su celebración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiere requerido notarialmente a los administradores para convocarla, debiendo incluirse necesariamente en el orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud*".

INCHAUSTI, uno de los "*talones de Aquiles*" del régimen es el riesgo de que las sanciones afecten a los trabajadores y acreedores[548], a los que además no se les concede ninguna legitimación para ser parte en el proceso pudiendo, a lo sumo, "*ser oídos en el proceso penal, de modo que el juicio de necesidad de la intervención cautelar o definitiva y acerca de las demás penas se tome por el Tribunal teniendo en cuenta las propias afirmaciones de estos sujetos acerca de las repercusiones que pudiera tener en ellos"*[549].

Por lo tanto, para la correcta salvaguarda de todos estos intereses – socios, acreedores y trabajadores – que indirectamente van a verse afectados, es imprescindible que los hechos lleguen a oídos de la junta general como máximo órgano de representación de la sociedad, asegurando de ese modo que opte por una decisión procesal que vele por todos los aspectos en juego.

3.4.3.3 El sujeto apto para ser representante especialmente designado.

El siguiente aspecto es a qué persona designar como *humanización* de la entidad en el proceso penal.

De la lectura del artículo 119 LECrim no se desprende ninguna limitación más que las genéricas de nuestro ordenamiento, por lo que el sujeto propuesto, que puede o no tener relación previa con la persona jurídica, debe estar dotado de capacidad de obrar (artículo 7 LEC).

Se diferencia así España de países de nuestro entorno que abordan la cuestión con mayor concreción. En Francia (artículo 706.43 del Código de Procedimiento Penal), la representación se le atribuye a cualquier persona que se beneficiara, conforme a la ley o a sus estatutos, de una delegación de poderes para tal efecto. En situaciones de conflicto de interés con el autor material, se nombrará al conocido como *mandataire de justice*. En Italia, será el representante legal, excepto cuando esté imputado, en cuyo caso debe asignarse la carga a otra persona (artículo 39.1 del Decreto Legislativo 231/2001). Suiza, en el artículo 112 del Código de derecho procesal penal, amén de referir la obligatoriedad de su designación, indica que podrá ser representante quien tenga capacidad para representar civilmente a la persona jurídica. Chile también atribuye el poder al representante legal (artículo 21 de la Ley 20.393).

[548] GASCÓN INCHAUSTI, F., "Proceso Penal y persona jurídica… ob. cit. págs. 103-104.
[549] GASCÓN INCHAUSTI, F., "Proceso Penal y persona jurídica… ob. cit. pág. 105.

Dado que en España no existe concreción alguna, las opciones son ilimitadas, si bien, como apunta SERRANO MASIP[550], deben seguirse unas directrices para su designación:

i. No tiene por qué designarse un representante distinto al legal.

ii. El sujeto designado debe tener conocimiento de los hechos imputados[551].

iii. No se puede designar a personas que tengan que declarar en el juicio oral como testigos (artículo 786 bis LECrim).

iv. Se deben evitar situaciones que puedan generar un conflicto de interés entre la persona física que aparece como posible responsable del hecho de referencia, y el representante especialmente designado.

Con estos parámetros, la doctrina ha dado diferentes soluciones sobre el sujeto ideal para ostentar esta función.

La primera corriente[552], aduciendo lo establecido en el artículo 7.4 LEC, aboga por atribuir la condición de representante especial a quien legalmente la represente. En las sociedades de capital según el artículo 233 LSC les correspondería por lo tanto a los administradores.

[550] SERRANO MASIP, M., "El interrogatorio de la persona jurídica y la admisión de hechos objeto de compliance" en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 1203-1230, págs. 1208-1212.

[551] Este es también el aspecto destacado por MORENO CATENA, V., "El derecho de defensa de las personas jurídicas… ob. cit. pág. 1024: "*Es verdad que uno de los criterios esenciales para adoptar esa decisión puede ser el conocimiento directo y propio que el representante tenga sobre el funcionamiento de la persona jurídica, sobre su programa de compliance, o sobre los concretos hechos delictivos que se persiguen en el proceso penal*".

[552] CASTILLEJO MANZANARES, R., "Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en GÓMEZ COLOMER, J.L; BARONA VILLAR, S.; CALDERON CUADRADO, P. (Coords), *El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2012, págs. 935-958, pág. 940, o BANACLOCHE PALAO, J., "La imputación de la persona jurídica en la fase de instrucción" en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ. C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid: La Ley, 2011, págs. 153-193, pág. 170; GÓMEZ COLOMER, J.L., "Introducción: La responsabilidad penal… ob. cit. pág. 50.

El segundo sector doctrinal[553] apunta que deberá ser el *compliance officer* quién ostente esta atribución, principalmente por sus elevados conocimientos sobre el modelo de prevención penal instaurado en la organización. Esta corriente cuenta con el apoyo del prelegislador, según diferentes textos. El Código Procesal Penal de 2013 recogía en el artículo 51 que la comparecencia en el proceso de las personas jurídicas encausadas se haría mediante "*la persona física específicamente designada por su máximo órgano de gobierno o administración como director del sistema del control interno de la entidad*" que, como añadía posteriormente el precepto, "*no será necesario para la asunción de la representación que dicha persona física ocupara el cargo en el momento de la comisión del hecho punible*." En el supuesto de que no existiera un director del sistema, y que la persona jurídica no designara otro sujeto, debería comparecer, señalaba el proyecto de artículo, "*la persona que ostente el máximo poder real de decisión en órgano de gobierno o administración o como administrador de hecho de la entidad, a instancia del Ministerio Fiscal y a juicio del Tribunal*".

Con similar tenor al Borrador de Código Procesal Penal de 2013, el Anteproyecto LECrim 2020 establece en el artículo 81.1 que en representación de la persona jurídica actuará quien ostente el cargo de "*director del sistema de control interno*[554] *de la entidad, quién habrá de estar directa e inmediatamente bajo la autoridad de dicho órgano y disponer de poder especial otorgado al efecto*". Según el artículo 81.2 del Anteproyecto LECrim 2020, si ninguna persona tuviera tal puesto, y la persona jurídica no designara a nadie (por lo tanto, la segunda alternativa sería la designación por el órgano de administración), el juez de garantías, a instancia del Ministerio Fiscal, nombrará a quien disponga del máximo poder real de decisión en el órgano de gobierno o administración o como administrador de hecho[555].

---

[553] ARANGÜENA FANEGO, C., "El derecho al silencio, a no declarar… ob. cit. págs. 449-450; o NEIRA PENA, A. M., "La defensa penal de la persona jurídica… ob. cit. págs. 68-73, o GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Tesis Doctoral, Universidad de Castilla la Mancha, 2014, págs. 105-108.

[554] Como pone de relieve con acierto el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, fechado a 7 de julio de 2021 (pág. 156) el concepto "director del sistema de control interno de la entidad" es absolutamente ajeno a la terminología habitualmente empleada en el ámbito del *compliance*. Critica además el Informe del Consejo Fiscal (pág. 157) que no se aclara por el Anteproyecto LECrim 2020 quién sería el representante especial cuando el órgano de *compliance* sea pluripersonal. No obstante, en mi opinión, la referencia del Anteproyecto LECrim 2020 al "director" provoca que se deba entender como tal al máximo responsable del meritado órgano.

[555] La posibilidad de que el juez de garantías nombre al representante especial en estos supuestos es criticada por el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, fechado a 7 de julio

La propuesta del Anteproyecto LECrim 2020, en mi opinión, puede ser foco de diferentes problemas:

En el caso de que el responsable de cumplimiento lo fuera en el momento de comisión del ilícito, su intervención en autos puede ir tendente a descargar su responsabilidad personal, más que a la defensa corporativa[556].

Además, se coartan las posibilidades defensivas de la persona jurídica, que obligatoriamente tiene que comparecer mediante su *compliance officer* en lugar de elegir libremente qué concreta persona (de dentro o fuera de la organización) es la más apta para ejercitar su derecho de (auto) defensa[557].

CAELLAS CAMPRUBÍ[558] añade como crítica que el Anteproyecto LECrim 2020 no afronta las situaciones de conflicto de interés cuando el representante designado es también encausado a título particular. No obstante, según mi criterio, la previsión contenida en el artículo 81.3, impidiendo que puedan ostentar tal condición los que deban comparecer como testigos y aquellos que deban "*tener cualquier otra intervención en la práctica de la prueba*", elimina en la práctica dicho riesgo.

---

de 2021 (pág. 160), señalando que "*Esta injerencia, además de potenciar la de por sí sobredimensionada figura del juez de garantías se considera absolutamente fuera de lugar y potencialmente generadora de una situación que, en la práctica, puede dar lugar a disfunciones y conflictos de intereses, problemas que se verían fácilmente resueltos por medio de la posibilidad de que la persona jurídica opte por tener o no como representante a una persona física en el procedimiento, supliendo la decisión de no tenerla con la asistencia letrada, esta sí irrenunciable. Que la defensa sea un derecho del propio encausado no conlleva que, en el caso de la persona jurídica, como constructo legal, no puedan evacuarse las necesarias comunicaciones a través de la postulación técnica*".

[556] En este sentido se pronuncia DEL ROSAL BLASCO, B., *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*, Madrid: La Ley, 2018, págs. 381-382. En similar línea, vid. LIÑÁN LAFUENTE, A., "La responsabilidad penal del compliance officer … ob. cit. pág. 130.

[557] Señala el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, fechado a 7 de julio de 2021 (pág. 156) que "*la falta de flexibilidad de la norma a la hora de determinar quién sea ese representante puede dar lugar a conflictos de muy difícil resolución y poco respetuosos con el más amplio derecho de defensa de que es titular también la persona jurídica, particularmente en aquellos casos en los que la designación del representante atribuya indebidamente un estatus similar al del investigado al denominado director del sistema de control interno, que, en el caso concreto, pudiera tener en el proceso una intervención diferente*".
POLO RODRÍGUEZ, J.J., "La excesiva rigidez de la regulación del compliance en el Anteproyecto de LECrim", *Hay Derecho* (La excesiva rigidez de la regulación del compliance en el Anteproyecto de LECrim. - Hay Derecho (expansion.com) última visita 25/04/2021) consigna un ejemplo que será harto frecuente "*es perfectamente posible que el Oficial de Cumplimiento desconozca el sistema de cumplimiento y/o prevención en el momento de los hechos que dan lugar al delito corporativo, o incluso desconozca los hechos mismos, por lo que, incluso, se le podría exigir responsabilidad por ignorancia. Esto generaría una indudable situación de indefensión en la persona jurídica encausada*."

[558] CAELLAS CAMPRUBÍ, M., "El estatuto procesal de la persona jurídica encausada en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal." *La Ley compliance penal*, nº 4, primer trimestre de 2021, pág. 2.

Como tercera alternativa encontramos la defendida por DEL MORAL GARCÍA MARTÍN[559] que, tras señalar que la representación material se le atribuirá a quien la tenga legalmente o a quien se le otorgue mediante poderes (representación voluntaria), indica que nada impide que esta última se le asigne al procurador que ostente la procesal o al propio abogado.

Planteo una cuarta posibilidad, que podría sistematizarse como matizada de la anterior. Consistiría en una especie de *profesionalización del representante especialmente designado*, aprovechando que no existe exigencia legal de que el sujeto perteneciera antes de la imputación a la organización, lo que habilitaría la designación de abogados dedicados a la defensa corporativa. Si bien, en mi opinión, la atribución al letrado de la representación especial puede generar ciertos trastornos procesales (dónde se sienta, por ejemplo), se evitarían si la posición la ostenta otro profesional[560] que forme parte del equipo encargado de la defensa de la entidad (incluso, compañero de despacho del defensor) que, valiéndose de sus especiales conocimientos de la materia, y su entendimiento de la estrategia defensiva planteada, pueda declarar en instrucción y en el juicio oral, poniendo el foco en las virtudes del modelo de prevención obviando sus deficiencias, aumentando así las posibilidades de éxito. Esta vía quizá tenga menos sentido cuando la entidad cuente con un *compliance officer*, al que se le presuponen todas las bondades que he indicado anteriormente, estando dotada de más virtualidad en supuestos de imputación a mercantiles que no cuenten con esta figura por no venir legamente impuesta, o cuando exista un riesgo latente o ya consumado de que el órgano de *compliance* penal haya tenido responsabilidad individual en el ilícito, ya sea por acción u omisión.

3.4.3.4 Las funciones del representante especialmente designado.

El cometido del representante especialmente designado se sintetiza en el artículo 120 LECrim, que le faculta a asistir a las actuaciones procesales que requieran o autoricen la presencia física del investigado o acusado[561], esto es: inspecciones oculares (artículo 333 LECrim); declaración como investigado (artículo 409 bis LECrim); declaración anticipada de testigos (artículo 448 LECrim);

[559] DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, A., "Peculiaridades del juicio oral… ob. cit. pág. 928.
[560] Esta opción cuenta con la ventaja adicional de evitar la pena de banquillo para un miembro de la entidad que, como indica APARICIO DÍAZ, L., "Aproximación a las modificaciones previstas por el Proyecto de Ley de Medidas de Agilización Procesal: el tratamiento procesal-penal de la persona jurídica" *Diario La Ley* nº 7657, 22 de junio de 2011, Año XXXII, Ref. D-257, pág. 7, era una de las cuestiones que la doctrina abogaba por tener en cuenta ante la elección de designar o no un representante especial.
[561] Con idéntica literalidad se pronuncia el artículo 83.1 del Anteproyecto LECrim 2020.

adopción de medidas cautelares (artículo 764 LECrim[562]); comparecencia judicial para la imputación (artículo 775 LECrim); presencia física en el juicio oral (artículo 786 bis LECrim); prestación de conformidad (artículo 787.8 LECrim); y el uso de la última palabra (artículo 739 LECrim).

3.4.3.5 Situaciones de conflicto de interés.

El principal riesgo que subyace en el sistema de designación del representante especial y, en general, en lo relativo a la fijación de la estrategia de defensa de la persona jurídica, es la posible concurrencia de situaciones de conflicto de interés entre la entidad y su representación especial. Este escenario no es fruto de un despiste legislativo, sino que, como apuntaba MAZA MARTÍN[563], ha sido buscado por el legislador para lograr el mejor esclarecimiento de la verdad material.

Amén de la búsqueda de evitar la propia condena, las principales causas del conflicto, según señala NEIRA PENA, son el sistema de atenuantes[564], así como el régimen de imposición de multas y responsabilidad civil[565], que pueden provocar que cada uno de los imputados busque "empujar" a la condena al resto de intervinientes.

Aunque un fiel seguimiento de los preceptos societarios referidos al deber de lealtad[566] eliminaría o mitigaría sustancialmente el riesgo, dado los especiales intereses en juego sería una quimera pensar que las normas mercantiles van a servir como salvaguarda de los intereses procesales de la persona jurídica.

---

[562] Sobre las medidas cautelar en procedimientos seguidos frente a personas jurídicas, vid. ESCALADA LÓPEZ, M. L., "Las medidas cautelares en el proceso penal contra entes supraindividuales, con especial atención a las de carácter real.", *Revista General de Derecho Procesal* nº41, 2017.

[563] AA. VV., "Derechos de la persona jurídica imputada: defensa, no autoincriminación y privilegio de las comunicaciones entre abogado y cliente. Observatorio de Derecho Penal Económico 2012 de la Cátedra de Investigación Financiera y Forense Universidad Rey Juan Carlos-KPMG", *La Ley* Nº 7834, 2012, pág. 9.

[564] NEIRA PENA, A. M., "La defensa penal de la persona jurídica… ob. cit. pág. 43.

[565] NEIRA PENA, A. M., "La defensa penal de la persona jurídica… ob. cit. págs. 43-44.

[566] A ellos se refiere, como guía de la actuación del legal representante, GASCÓN INCHAUSTI, F., "Proceso Penal y persona jurídica… ob. cit. pág. 91. Más, si cabe, con la modificación operada en la LSC por mor de la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. Este texto ha dado una nueva redacción al artículo 225.1, de tal forma que los administradores deberán desempeñar su cargo subordinando su interés particular al de la empresa.

Consciente de este peligro, la STS núm. 154/2016 de 29 de febrero de 2016, ya refirió[567] que "*La cuestión lógicamente se suscita especialmente en aquellos supuestos en los que pudiera existir un conflicto de intereses procesales entre los de quienes, en principio, estarían legalmente llamados a llevar a cabo tales funciones representativas (representantes y administradores) y los propios e independientes de la persona jurídica, que a su vez pudieren incluso afectar a los derechos de terceros, como sus trabajadores, acreedores, accionistas minoritarios, etc. Más en concreto aún, cuando aquel a quien se encomiende tal tarea fuere, a su vez, posible responsable de la infracción que da origen a la condena de la representada, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que su actuación se extiende también a las decisiones relativas a la estrategia de defensa a seguir, que incluirán la posibilidad de optar por un camino de colaboración con las autoridades encargadas de la persecución y castigo del delito cometido por la persona física en el seno de la colectiva, aportando datos y pruebas sobre la identidad de su autor y los hechos por él cometidos, con el fin de obtener para la persona jurídica los beneficios punitivos derivados de esa opción como consecuencia de la aplicación de la correspondiente atenuante (vid. art. 31 quater b) CP). En estos casos, dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación*".

Por estos motivos, dice la resolución extractada, en este tipo de situaciones, dada la posible causación de indefensión a la persona jurídica, podría decretarse la nulidad del juicio oral o, incluso, la retroacción de las actuaciones al momento inicial del proceso en que se produjo el nombramiento del representante.

[567] F.D. 8º.

Ante esto, el único método eficaz para asegurar la evitación de indefensión es que se verifique desde la misma instrucción que el contenido de la imputación ha llegado plenamente a la junta de socios, como órgano representativo de la voluntad social, y que este preste conformidad con el sujeto designado como representante.

3.5 La declaración de la persona jurídica como investigada o acusada.

3.5.1 Declaración en instrucción.

La declaración del investigado en instrucción, atendiendo a su ubicación sistemática[568], se conceptuó en la ley procesal como un acto de investigación que tiene como objeto la averiguación de los hechos delictivos y la participación que en los mismos haya tenido el sujeto pasivo. Esta naturaleza inicialmente asumida derivaba, según MORENO CATENA[569], de que la actual LECrim tenía muy cercano en el tiempo el proceso penal inquisitivo puro, en que la declaración del acusado era la prueba reina.

La actual interpretación de esta figura según los principios que rigen en nuestro ordenamiento permite su calificación como acto de defensa[570], mediante el que el investigado puede aportar en autos, si lo estima oportuno, su versión sobre los hechos instruidos.

Por lo que respecta a la persona jurídica, su declaración en sede de instrucción aparece contemplada en el artículo 409 bis LECrim.

La declaración se practicará con el representante especialmente designado y tendrá como fin, según la literalidad del precepto, "*la averiguación de los hechos y de la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización*". El artículo 83.2. párrafo segundo del Anteproyecto LECrim 2020 calca este artículo 409 bis LECrim.

[568] Libro II, Título V, denominado "*De la comprobación del delito y averiguación del delincuente*".
[569] MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2019, págs. 233-234.
[570] ARANGÜENA FANEGO, C., "El derecho al silencio, a no declarar… ob. cit. pág. 453; MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "Derecho procesal penal…ob. cit. pág. 234.

Como se deduce de la referencia que realiza el artículo a "*las demás personas*", la indagación deberá centrarse, en primer término, en la comisión del hecho de referencia por el autor individual, sujeto de imputación distinto de la persona jurídica, pero, en todo caso, presupuesto de la responsabilidad corporativa. Por este motivo se puede señalar un primer grupo de preguntas a efectuar por el instructor y las acusaciones que asistan al acto, destinadas a la identificación del autor material, cuando aún no haya sido individualizado o, al menos, a determinar si el ilícito se ha tenido que cometer con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. La tipología delictual, y los concretos indicios que deben concurrir para que se produzca la incoación del proceso penal, permitirán cierto acotamiento del área o áreas de actividad en que se ha consumado el ilícito. Por ello, las cuestiones se enfocarán en descubrir:

- los sujetos adscritos al departamento o departamentos en que se haya cometido el ilícito o, en el caso de proveedores, qué personas tienen asignadas a la prestación del servicio a la persona jurídica imputada, y determinar con qué áreas de la empresa guardan relación;

- el funcionamiento detallado del ciclo en que se ubica el departamento afectado, y, si hay más de uno, de todos ellos, así como las pautas de interrelación entre unos y otros[571];

- la jerarquía departamental;

- el reparto de competencias internas en el departamento;

- el sistema de delegaciones (competenciales y/o funcionales);

[571] El correcto entendimiento de los ciclos de la empresa es fundamental, además de, como he dicho anteriormente, para la determinación del mapa de riesgos de la entidad, para cuando ya se ha cometido el ilícito reconstruir el modo en que este se ha consumado. Por ejemplo, la positivización del ciclo de ventas (relacionado normalmente con el departamento comercial de la empresa) supone detallar (señalando las categorías profesionales de las personas que vayan interviniendo, y los medios con que cuentan para su realización), cómo se van produciendo los distintos pasos desde que se detecta un posible cliente; métodos para captarle (visitas, llamadas, *mailing,* etc.); realización de ofertas y formas de documentarlas y archivarlas internamente; seguimiento posterior de la oferta; medios a través de los que se puede obtener la aceptación, y forma de documentarla y archivarla; situaciones en que resulta posible mejorar la oferta o realizar descuentos adicionales cuando ha sido rechazada inicialmente; y el canal de traslado del pedido al departamento (almacén – producción) que se encargará de preparar el producto o servicio.

- la persona o grupo de personas más relacionadas con los posibles autores individuales ajenos a la organización que puedan constar identificados en autos;

- los sujetos beneficiados por el ilícito.

Como se deduce del anterior grupo de preguntas, se produce en este hito procesal una de las primeras situaciones de conflicto entre la corporación y el posible autor individual. Una correcta organización interna debería favorecer que la entidad esté en disposición de circunscribir a un número limitado de personas los posibles autores individuales pues, de lo contrario, la existencia de un defecto estructural será palpable, por lo que, desde esa perspectiva, tiene interés defensivo en su identificación. No obstante, esa conveniencia podría decaer, *tramposamente*, si el sujeto encargado de dirigir la estrategia procesal de la entidad se sabe culpable. O incluso, también si, como he dicho anteriormente, el puesto en la organización del autor aconseja no poner en evidencia su participación – pensemos si el autor ha sido el presidente o el consejero delegado – dado que ello podría comportar cierta presunción de culpabilidad empresarial, aunque este ocultamiento para ser eficaz requeriría ser camuflado de tal forma que no se ponga de manifiesto que la falta de identificación es un defecto organizativo.

Un ejemplo para este primer grupo de preguntas: si los hechos investigados pudieran ser constitutivos del delito de corrupción en los negocios previsto en el artículo 286 bis CP al haberse abonado una comisión no justificada al responsable de contratación de una empresa, con la finalidad de que aceptara indebidamente los servicios de la sociedad ahora imputada, ese contexto delictivo permite partir de unas premisas de las que surgen una serie de preguntas. Así, la persona física implicada tiene que estar relacionada directa o indirectamente con el departamento comercial o de ventas, de tal forma que la contratación de la mercantil, amén de un beneficio para esta, le reporte un provecho. Sería además una persona con acceso a la caja de la sociedad, por lo que ello ya nos ubica ante alguien vinculado a la tesorería de la entidad. Por ello, se podrá preguntar al representante especial el número e identidad de las personas que pertenecen al departamento, el concreto funcionamiento del ciclo de ventas, el reparto interno de funciones establecido *ex ante* por la persona jurídica, y las posteriores variaciones que se hayan producido como consecuencia de las delegaciones (y el método para documentarlas); personas encargadas de la zona en que se ubica el cliente sobornado; qué sujeto o sujetos trataban habitualmente con la persona que aceptó

el arreglo a cambio de su comisión; y, finalmente, quién en la sociedad imputada se beneficia individualmente de la contratación fraudulenta.

El segundo grupo de cuestiones, una vez individualizado el autor, se centrarán en los siguientes aspectos:

- clarificar su categoría profesional, lo que permitirá ya ubicar al instructor en la letra a) o b) del aptdo. 1 del artículo 31 bis CP;

- antigüedad en la empresa, para así determinar si ha tenido tiempo de *empaparse* de la cultura de cumplimiento normativo instaurada;

- si se trata de un recién incorporado, se deberá poner el foco en la diligencia debida que haya tenido la persona jurídica en su contratación;

- la posición que ocupa el sujeto individual en el organigrama empresarial;

- sus superiores e inferiores jerárquicos inmediatos;

- facultades delegadas (como delegante, o delegado) que pudieran tener relación con el ilícito;

- conocimiento de hechos relevantes en relación con el ilícito por su entorno inmediato (horizontal) y sus superiores o subordinados (vertical).

El tercer grupo de preguntas se centrará ya en discernir la idoneidad y eficacia del modelo de prevención penal instaurado o, en palabras de la STS núm. 221/2016 de 16 de marzo de 2016, en la averiguación del "*delito de referencia atribuido a la persona física"* pero *"desde una perspectiva estructural. Se tratará, por tanto, de una indagación sobre aquellos elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión,*

con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad en la empresa"[572].

Por lo tanto, se le deberá cuestionar al representante especial, y en el orden que indicaré, sobre los siguientes aspectos:

- Atendiendo a la posible forma de comisión del ilícito, si la actuación de la persona física era en nombre o por cuenta de la persona jurídica (si el imputado es un sujeto perteneciente a la letra a del aptdo. 1 del artículo 31 bis CP), o por cuenta de la corporación (cuando nos hallemos en la letra b del aptdo. 1 del artículo 31 bis CP);

- Beneficio, directo o indirecto, que le puedan haber generado a la persona jurídica el delito del directivo o el subordinado;

- Cultura de cumplimiento de la legalidad de la empresa, concretada principalmente en la existencia de una política de cumplimiento normativo penal, y el liderazgo y el compromiso[573] de los rectores societarios en la implantación y seguimiento del modelo de prevención penal instaurado:

- Existencia de un código de conducta con los patrones de conducta exigidos por la entidad a sus miembros. El representante especial deberá estar en condiciones de indicar qué aptdo. del Código recoge una pauta de comportamiento cuyo seguimiento habría evitado el ilícito. Igualmente, la persona jurídica tendrá que estar en condiciones de indicar – y luego poder acreditar documentalmente – cómo se ha hecho llegar ese Código a los trabajadores, proveedores y socios de negocio, en general, y en particular a la concreta persona que pudiera haber cometido el ilícito;

[572] F.D. 5º. d). En idéntico sentido que esta resolución se refieren ARANGÜENA FANEGO, C., "El derecho al silencio, a no declarar… ob. cit. pág. 459, o GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Compliance y delito corporativo: a propósito del auto de 11 de mayo de 2017 del juzgado central de instrucción número cuatro (Caso Bankia)", *Diario La Ley*, nº 9018, de 11 de julio de 2017.
[573] "*Guiar, entrenar y predicar con el ejemplo*", señala la UNE 19601 (aptdo. 7.1).

- Aprobación de un modelo de prevención penal que reúna los requisitos del aptdo. 5 del artículo 31 bis CP;

- Alcance del modelo de prevención penal instaurado. Se cuestionará sobre si en el alcance establecido entraba el sujeto que ha cometido el delito, lo cual será presumible si el sujeto es directivo o empleado de la entidad, pero no si, por ejemplo, se trata de un proveedor o socio de negocio[574];

- Riesgos penales identificados en ese modelo de prevención penal, señalando si entre los mismos se encontraba el concreto tipo delictual objeto de la investigación judicial u otros de similar naturaleza;

- Protocolo de formación de la voluntad societaria en relación con la conducta típica que se está indagando;

- *Compliance officer* encargado de supervisar el funcionamiento del modelo de prevención penal;

- Formación recibida por el autor individual en relación, en general, a la política de *compliance* e, incluso, si resultaba necesaria, sobre el concreto riesgo penal que se ha materializado y los controles necesarios para su evitación. Entrarían en este aspecto las posibles asistencias a conferencias, realización de cursos o, incluso, la recepción por el sujeto individual de comunicaciones que pudieran tener relación con el tipo delictivo que finalmente pudiera haberse consumado;

- Procedimiento de delegación de facultades, en el caso de que el ilícito se haya cometido por un sujeto que inicialmente no tenía atribuida esa competencia;

[574] Por socio de negocio, según la nota 1 del aptdo. 3.32 de la NORMA UNE 19601, se entiende, sin ánimo de exhaustividad, clientes*, joint ventures*, socios de consorcios, contratistas, comisionistas, consultores, subcontratistas, proveedores, vendedores, asesores, agentes, distribuidores, representantes, intermediarios e inversores.

- Controles establecidos para la evitación de ilícitos como el cometido y otros de similar naturaleza. En el caso de que, según el representante especial de la persona jurídica, el delito se haya cometido pese a la existencia de un control expresamente destinado a evitar conductas como la ocurrida, se deberá detallar por el deponente cómo ha podido ser eludido por el autor;

- Si no existieran concretos controles para evitar ilícitos similares, se cuestionará sobre la posible existencia de un plan de acción[575] precisamente destinado a su instauración, lo cual tomará más importancia, por ejemplo, en el supuesto de empresas de reciente constitución, o cuando se ha producido una fusión o absorción y la mercantil resultante no ha tenido tiempo efectivo de establecer controles, pero sí está poniendo los medios para su implantación;

- Responsables de efectuar el control, y métodos de seguimiento[576] establecidos.

- Recursos asignados para evitar comportamientos como el ocurrido, o de similar naturaleza.

- Registros del canal de denuncias en relación con el concreto ilícito investigado o referidos a otras conductas ocurridas en el pasado.

- Respuesta disciplinaria de la persona jurídica en relación con los hechos investigados, o pretéritamente en otros delitos cometidos en su seno.

[575] Los planes de acción suelen tener dos grandes objetivos: implantación de controles financieros o no financieros destinados a la evitación de delitos, o el establecimiento de exigencias de carácter documental que permitan que, controles que en la práctica se viene realizando, puedan acreditarse en un hipotético proceso penal. Por poner un ejemplo, resulta frecuente que las empresas realicen por sí mismas o encarguen a terceros cursos de formación para los nuevos empleados en materia de prevención de riesgos, pero es una costumbre poco arraigada dejar constancia documental, mediante grabaciones en video o la simple firma de actas por la empresa y el trabajador afectado. En caso de accidente de trabajo, con las consecuencias que de ello se puedan dimanar para los rectores societarios según el artículo 316 CP, ese documento puede ser vital.

[576] La NORMA UNE 19601 recoge (aptdo. 9.1.2) la obligación de instaurar un plan de seguimiento.

- Sistema establecido para la verificación periódica del modelo de prevención penal instaurado, concretando en lo posible las comprobaciones previstas en los controles relacionados con el delito indagado.

El cuarto grupo de preguntas[577] se centrará en la reacción de la persona jurídica una vez recibida la noticia de la comisión de un delito bajo su cobertura (ya sea con carácter previo al proceso, o con ocasión de este), por lo que guardarán estrecha relación con las actividades indicadas en el artículo 31 quater CP:

- Si el inicio del proceso deriva de la confesión de la infracción a las autoridades por la propia persona jurídica, se deberá interrogar a su representante especial sobre todos los aspectos relacionados que permitan determinar la concreta responsabilidad de la persona jurídica en la infracción, amén de la de los autores individuales que puedan aparecer como responsables;

- Elementos que pudieran estar en poder o al alcance de la persona jurídica, que puedan ayudar al esclarecimiento de los hechos;

- Medidas disciplinarias, de carácter cautelar o definitivo, que se hayan tomado contra el presunto autor individual si es que está individualizado;

- Posibles minoraciones del daño causado, o medidas previstas en este sentido;

- En el caso de que la persona jurídica no tuviera implantado un modelo de prevención penal en el momento de la comisión de los hechos, se cuestionará sobre si se ha instituido a *posteriori* o está planeado hacerlo. Si existe en la persona jurídica un modelo de prevención instaurado pero que, a la vista del ilícito, se ha evidenciado como mejorable, se preguntará al representante especial sobre el plan de acción previsto.

[577] Dado que se referirán a posibles causas de atenuación de la responsabilidad, relevantes por lo tanto si la persona jurídica termina viéndose sometida al juicio oral, más que necesarias para la instrucción (algunas de ellas no resultan precisas), se formularán probablemente por el letrado de la defensa, con la finalidad de ir asentado la estrategia que se seguirá en el proceso.

3.5.2 Interrogatorio de la persona jurídica acusada.

La declaración del acusado ya en el juicio oral, en palabras de MORENO CATENA, "*es una manifestación de ciencia y de voluntad cuyo fin es posicionarse en el propio juicio: en primer lugar, puede negarse a prestar declaración si lo considera oportuno, en el ejercicio de su derecho fundamental (art. 24.2 CE), sin que esta opción pueda acarrearle consecuencia perjudicial alguna; en segundo lugar, puede declarar o responder solo a las preguntas que entienda convenirle, utilizando ese momento esencialmente como un mecanismo de defensa, es decir, aportando la información que considere favorable a su posición procesal"*[578].

Aunque en la anterior definición aparece resaltada su condición de medio de defensa, la naturaleza jurídica de este acto es también objeto de discusión doctrinal debido a que otros muchos autores la califican de medio de prueba[579]. En mi opinión, es potencialmente medio de prueba y de defensa[580] pues, aunque no cabe duda de que puede ser empleada como elemento de descargo, también es posible que el tribunal, con base en la libre valoración que le corresponde según el artículo 741 LECrim[581], la emplee como sustento de la condena junto con el resto de las pruebas practicadas.

---

[578] MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "Derecho procesal penal…ob. cit. pág. 450.

[579] FENECH NAVARRO, M.*, El proceso penal*, Madrid: AGESA, 1978, pág. 62.

[580] En contra de aceptar esta posible doble naturaleza ESCOBAR JIMÉNEZ, R., "El interrogatorio de acusados, responsables civiles, testigos y peritos" en ESCOBAR JIMÉNEZ, R., DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, A., (Coords.), *El juicio oral en el proceso penal*, Granada: Comares, 2021, págs. 307-524, pág. 309.

[581] La libre valoración de la prueba también es asumida por el Anteproyecto LECrim 2020, calificándola en la exposición de motivos (aptdo. X), como uno de los principios que rigen el proceso penal. No obstante, tiene la clara intención de acercar la valoración probatoria a los criterios racionales, recurriendo a los conocidos como "estándares de prueba." El artículo 8, enmarcado en el Capítulo III, del Título Preliminar, referido a la presunción de inocencia, señala en el aptdo. 3: "*Las pruebas presentadas serán valoradas conforme a las reglas de la lógica, de la ciencia y de las máximas de experiencia. La ley determinará los medios de prueba que, por falta de fiabilidad objetiva, no son por sí solos suficientes para entender probada la culpabilidad*." Ya el aptdo. 4 asume el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable (*Beyond any Reasonable Doubt*): "*Cuando los medios probatorios presentados por la acusación puedan ser considerados suficientes para probar la culpabilidad del acusado, el tribunal deberá evaluar la verosimilitud de la versión de la defensa. El tribunal no podrá condenar al acusado si, una vez valoradas las distintas versiones de los hechos, persisten dudas razonables sobre la culpabilidad. Cualquier duda razonable sobre los hechos debatidos que sean penalmente relevantes se resolverá a favor del acusado*." Estas normas se reiteran ya en la regulación de la sentencia (Título V del Libro VI), estableciéndose en el artículo 693 (nominado "*Valoración racional de la prueba")*, concretamente en su aptdo. 1, que "*El tribunal valorará libremente la prueba practicada de acuerdo con las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia. A tal efecto, todos los medios de prueba y las informaciones que de ellos resulten serán considerados individualmente y apreciados en conjunto para decidir si se ha alcanzado una convicción fundada sobre la culpabilidad de la persona acusada*.". Como indica RAMÍREZ ORTIZ, J.L., "Un cambio de paradigma probatorio: prueba pericial y prueba científica en el Anteproyecto de Ley de

La declaración de la persona jurídica durante el juicio oral aparece expresamente regulada en el artículo 786 bis LECrim[582], en virtud del cual el ente colectivo podrá estar representado en el acto mediante su representante especial, que ocupará en la Sala el lugar previsto para los acusados, declarando si se hubiera propuesto y admitido esa prueba, aunque, como ya ocurriera en sede de instrucción, le asiste el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable y, en caso de no asistir, ello no implicará la suspensión del acto.

Por lo tanto, aparecen dos grandes matices respecto al régimen de la declaración de las personas físicas.

El primer aspecto es el carácter potestativo de la declaración. La controversia de si es obligatoria la declaración también se ha suscitado respecto a las personas físicas.

Enjuiciamiento Criminal de 2020.", *Diario La Ley*, nº 9896, Sección Tribuna, 21 de julio de 2021, pág. 6, el artículo 693 pretende pasar del subjetivismo deductivo en la valoración de la prueba, a la intersubjetividad inductiva. Más adelante, señala el autor en cita (pág. 8) que "*Con la rúbrica («Valoración racional de la prueba») se pretende destacar, en primer lugar, que en el Estado constitucional el principio de libre valoración no significa que sea admisible cualquier tipo de valoración. Ésta ha de ser racional. La alusión a las «reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia», así lo indica. Ahora bien, debe aclararse que estas reglas, si son entendidas al modo tradicional (la «sana crítica»), son inservibles. Es imprescindible otra aproximación. El tribunal ha de evaluar, de acuerdo con criterios objetivos o intersubjetivamente compartibles, tanto las pruebas que se practiquen como el grado de apoyo que prestan a los hechos afirmados por las partes. Para alcanzar tal meta, en un primer momento ha de valorar todos los medios de prueba practicados, tanto los de cargo, como los de descargo, e identificar las informaciones provenientes de cada medio de prueba que considere provisionalmente relevantes y fiables y las razones para ello (es lo que se conoce como valoración individual). Acto seguido, habrá de valorar conjuntamente dichas informaciones probatorias y establecer qué relaciones existen entre ellas y con los hechos objeto de juicio, y determinar cuáles estima definitivamente relevantes y fiables (valoración conjunta). Y, finalmente, decidirá si tales informaciones permiten obtener una certeza objetiva acerca de los hechos enjuiciados aplicando el estándar probatorio que fija el artículo 8 («La condena penal solo podrá fundarse en pruebas suficientes que permitan a un tribunal imparcial alcanzar, más allá de toda duda razonable, una convicción fundada sobre la culpabilidad del acusado»)(…) Se observa, en consecuencia, un tránsito desde la «credibilidad» del medio de prueba a la «fiabilidad» de la información que proporciona dicho medio de prueba, que desemboca en otro tránsito: el que lleva del modelo probatorio de valoración y motivación subjetivo y deductivo al modelo intersubjetivo e inductivo* ".
Por su parte, el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, fechado a 7 de julio de 2021 (pág. 117) critica la opción elegida por el preligislador en cuanto a la valoración de la prueba, señalando que "*opone elementos propios de un sistema de prueba tasada*".

[582] Concretamente establece el precepto que "*1. Cuando el acusado sea una persona jurídica, ésta podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe, debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados. Dicha persona podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba, sin perjuicio del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio. No se podrá designar a estos efectos a quien haya de declarar en el juicio como testigo.*
2. No obstante lo anterior, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación no impedirá en ningún caso la celebración de la vista, que se llevará a cabo con la presencia del Abogado y el Procurador de ésta".

La ausencia de regulación específica[583] del interrogatorio del acusado en el juicio oral supone para GÓMEZ ORBANEJA[584] "*una de las lagunas más sensibles y curiosas de nuestro ordenamiento procesal vigente*", y desde luego abona las dudas sobre la obligatoriedad de su práctica. Como escribe ESCOBAR JIMENEZ[585], siguiendo la literalidad del artículo 701 LECrim, en principio solo tendrá lugar si es propuesta en forma, sin perjuicio de lo cual resalta el autor que, dado el EOMF, el responsable de la acusación pública se encuentra obligado a solicitar su práctica, apuntando ESCOBAR JIMENEZ como sustento que "*nadie puede ser condenado sin haber sido previamente oído"*[586]. Por esto, dice el autor que en el caso de que se omitiera su proposición, cabría incluso que el juzgado lo acordara por la vía del artículo 729 LECrim[587]. Sorprendentemente (opino) el legislador contemporáneo no ha incluido las lecciones extraídas por la doctrina y la jurisprudencia, dando pie a que se produzca la condena de la persona jurídica sin haber sido oída en el juicio oral.

Pretendiendo aclarar quién puede o debe pedir la declaración de la persona jurídica para su realización a través de su representante especial, expone NEIRA PENA que "*aunque la LECrim no señala si la proposición del interrogatorio del representante defensivo debe venir de la defensa, o puede provenir también de la acusación, parece lógico limitar su práctica a los casos en que sea la defensa la que, o bien proponga tal prueba, o bien consienta en su práctica*[588]", concluyendo posteriormente la autora que "*si la declaración del representante solo es propuesta por la acusación, el designado como tal podría negarse a declarar o, incluso, dejar de comparecer el día del juicio oral"*[589].

Por su parte, SERRANO MASIP[590] propugna que el interrogatorio de la persona jurídica sea peticionado por la acusación por corresponderle a esta parte procesal la carga de acreditar los hechos que sustenten la responsabilidad penal de la persona jurídica.

---

[583] Como respuesta a la ausencia regulatoria, la jurisprudencia y la doctrina han venido aplicando lo establecido en el artículo 385 y siguientes LECrim.
[584] GÓMEZ ORBANEJA, E., HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal penal,* Madrid: Artes gráficas y ediciones, 1981, pág. 264.
[585] ESCOBAR JIMÉNEZ, R., "El interrogatorio de acusados… ob. cit. pág. 332.
[586] ESCOBAR JIMÉNEZ, R., "El interrogatorio de acusados… ob. cit. pág. 333.
[587] ESCOBAR JIMÉNEZ, R., "El interrogatorio de acusados… ob. cit. pág. 192.
[588] NEIRA PENA, A. M., "La defensa penal de la persona jurídica… ob. cit. pág. 248.
[589] NEIRA PENA, A. M., "La defensa penal de la persona jurídica… ob. cit. pág. 249.
[590] SERRANO MASIP, M., "El interrogatorio de la persona jurídica… ob. cit. pág. 1222.

El Anteproyecto LECrim 2020 se ocupa expresamente de este aspecto, señalando (artículo 84.1. párrafo segundo) que el representante especial declarará solo cuando lo solicite su defensa (mismo régimen, por lo tanto, que el establecido para las personas físicas, según el artículo 657.7 del Anteproyecto LECrim 2020), siendo la propia defensa quien determinará en qué orden interviene, por lo que será habitual que los acusados depongan tras la práctica del resto de medios de prueba.

En definitiva, y a salvo de la efectiva promulgación del nuevo texto regulatorio del proceso penal, al objeto de evitar la vulneración del derecho de defensa de la persona jurídica por haber sido condenada sin la posibilidad de ser oída, se consagrará como costumbre en el foro la petición de su declaración a través del representante especial, sin perjuicio de que luego el designado no acuda o simplemente se acoja a su derecho a no declarar.

El segundo matiz reseñable, como diferencia entre el régimen aplicable a las personas físicas y a las jurídicas, es que el sujeto colectivo no podrá designar a quien deba declarar en el juicio como testigo. Idéntico tenor contiene, como he indicado, el artículo 81.3 del Anteproyecto LECrim 2020. Esta previsión legal suscitará abusos desde ambas posiciones procesales.

Por un lado, se corre el riesgo de que las acusaciones soliciten la declaración como testigo de quien saben es el sujeto de la persona jurídica más apto para actuar como representante especial (que probablemente ya haya declarado en esa condición durante la instrucción), desarmando así la estrategia planteada por la persona jurídica.

Por otro, como denuncia GASCON INCHAUSTI[591], se pueden cometer fraudes procesales por parte de la persona jurídica, designando a un sujeto que sabe dispone de información incriminatoria, para así evitar que se vea obligado a declarar como testigo, con la consiguiente obligación de decir la verdad.

Aunque resulta imposible establecer una solución que valga para cualquier casuística, el equilibrio probablemente se encuentre en lo aseverado por DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, para quien el

[591] GASCÓN INCHAUSTI, F., "Proceso Penal y persona jurídica… ob. cit. pág. 81.

artículo 786 bis LECrim debe ser interpretado como la prohibición de designar a quien objetivamente tengan la condición de testigo[592].

Por lo que respecta al contenido de la declaración, las preguntas no diferirán en demasía de las señaladas para la fase de instrucción, con la salvedad que, o bien el autor individual ya estará identificado o, al menos para lo relativo al proceso penal en marcha, se habrá desistido de su búsqueda siguiéndose solo contra la corporación.

3.6 Conformidad de la persona jurídica.

3.6.1 Breve caracterización.

Siguiendo a MORENO CATENA, la conformidad es "*un modo de poner fin al proceso por la voluntad del acusado, que supone la aceptación de los hechos, de la calificación jurídica y de la responsabilidad que se solicita por la acusación y representa un acto de disposición del derecho de defensa"*[593]. Más *in extenso* RODRÍGUEZ GARCÍA la define como "*el acto procesal unilateral, de naturaleza compleja y carácter dispositivo, consistente en la declaración de voluntad —escrita y, en ocasiones, oral— que emite el imputado —o los imputados—, asistido de su abogado, por el que se conforma con la pena solicitada en la acusación más grave formulada por las partes acusadoras y, en su caso, la responsabilidad civil, lo que provoca, si el órgano judicial lo admite, la finalización anticipada del procedimiento, sin la celebración del juicio oral, a través de una sentencia con todos los efectos de cosa juzgada*"[594].

Su condición de actuación de parte mediante la que, en principio[595], y por decisión del propio sujeto pasivo del proceso, se pone fin al procedimiento con una sentencia condenatoria, ha generado una frecuente discusión doctrinal sobre su naturaleza[596], oscilando principalmente entre los que la

[592] DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, A., *Aspectos sustantivos y procesales derivados de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ponencia presentada en el Curso sobre la Responsabilidad penal de las personas jurídicas organizado por el CGPJ, los días 14 a 16 de septiembre de 2011, pág. 45, citado por NEIRA PENA, A. M., "La defensa penal de la persona jurídica… ob. cit. pág. 60.
[593] MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "Derecho procesal penal…ob. cit. pág. 407.
[594] RODRÍGUEZ GARCÍA, N., "La conformidad de las personas jurídicas… ob. cit. pág. 8.
[595] Como se tratará, la aquiescencia del acusado y su abogado no vincula al tribunal, que puede ordenar la normal prosecución del proceso.
[596] Analizando más exhaustivamente las diferentes corrientes, VIGIL LEVI, J., "La institución de la conformidad en el proceso penal español", *Revista Julgar*, mayo de 2014, pág. 6 y siguientes.

conceptúan como un allanamiento[597], como una transacción[598] (figuras ambas propias del proceso civil y el consiguiente principio dispositivo) o como una confesión[599].

En realidad, dada la evolución de la figura en los últimos años, en función del concreto momento procesal en que se consume adopta rasgos que la convierten en un híbrido entre el allanamiento y la transacción.

Nótese que el allanamiento a la pretensión civil, regulado en el artículo 21 LEC, supone que el demandado, sin la menor capacidad de maniobra, acepta la pretensión del actor articulada en su demanda, dictándose así una sentencia estimatoria del suplico del escrito rector. Llevando esto al proceso penal, nos permitiría equiparar el allanamiento a la conformidad prestada por el acusado en el escrito de defensa, como habilita el artículo 655 LECrim, en el caso del procedimiento ordinario, o el artículo 784.3 LECrim en el procedimiento abreviado[600].

No obstante, la costumbre asentada en el foro caracteriza la conformidad como el allanamiento a una pretensión que sufre alteraciones respecto a sus posiciones iniciales, al menos en lo que a la pena se refiere. De este modo, el grueso de procesos que terminan de esta forma son el resultado de una negociación entre acusación y defensa en que ésta última acepta el relato fáctico *inicial*[601], contenido en el escrito de acusación, pero logra una rebaja penológica. La conformidad, en definitiva, supone que la acusación suaviza sus pretensiones de castigo y la defensa apaga sus pocas o muchas esperanzas absolutorias.

La consumación de la conformidad suele materializarse en el lapso temporal que va entre la apertura del juicio oral y el inicio de las sesiones, formalizándose frecuentemente en un nuevo escrito de acusación que recoge el acuerdo, como contempla expresamente el artículo 783.3

[597] RODRÍGUEZ GARCÍA, N., "La conformidad de las personas jurídicas… ob. cit. pág. 10.
[598] En apoyo de esta posición, se puede referir la Recomendación 18 (87) del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, aconsejando la introducción de "*determinadas innovaciones que aproximan nuestra conformidad a los denominados sistemas de transacción penal*".
[599] GIMENO SENDRA, V., "Manual de Derecho Procesal… ob. cit. pág. 396, señala que tiene carácter de la confesión cuando se trata de lo que denomina conformidad plena, referida a los hechos punibles y a la pena solicitada.
[600] En el Anteproyecto LECrim 2020 dedica el Capítulo I, Título IV del Libro I a la conformidad, que se deberá articular mediante un escrito conjunto signado por todas las partes (artículo 170), teniendo como plazo preclusivo, a partir del cual no cabrá la conformidad, diez días desde la notificación a la defensa del auto de apertura del juicio oral (artículo 171).
[601] No son desdeñables estadísticamente los supuestos en que los hechos de la acusación se alteran para eliminar alguno de los ilícitos inicialmente imputados.

párrafo segundo LECrim, en los procedimientos abreviados, y es práctica habitual también en el procedimiento ordinario, pese a no existir previsión legal expresa al efecto[602].

Por lo tanto, en mi opinión, la conformidad es el allanamiento a la pretensión penal que, muy probablemente, habrá variado respecto a las tesis acusatorias primigenias.

La concepción de la conformidad como un allanamiento es la más asentada en la doctrina jurisprudencial, sirviendo de claro ejemplo la STS núm. 422/2017 de 13 junio, que afirma que se trata del "*allanamiento a las pretensiones de la acusación"*[603].

La conformidad supone la *mera* aceptación de la pena, sin que lleve implícita la asunción de los hechos que la sustentan[604].

El fundamento de la conformidad, como manifestación en nuestro sistema procesal del principio de oportunidad[605], tiene carácter utilitarista, la búsqueda de la economía procesal consumada en la

---

[602] En este sentido se pronuncia el artículo 6 de la Instrucción 2/2009 de 22 de junio, sobre aplicación del protocolo de conformidad suscrito por la Fiscalía General del Estado y el CGAE.

[603] F.D. 1º.

[604] RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso en el proceso penal*, Bosch: Barcelona, 1997, pág. 104, o NEIRA PENA, A. M., "La defensa penal de la persona jurídica… ob. cit. pág. 156.

[605] Que tiene su máximo esplendor en los Estados Unidos, donde es frecuente la terminación del proceso mediante el acuerdo del acusado con fiscalía. Sobre el origen de la conformidad y las críticas al sistema americano vid. DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, A., *La conformidad en el proceso penal (Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español)*, *Revista Auctoritas Prudentium*, nº. 1, 2008. Comparando el principio de legalidad, que prepondera en España, y el de oportunidad proveniente de Norteamérica, vid. MATEOS RODRÍGUEZ - ARIAS, A., "Principio de oportunidad, justicia negociada y posición de las partes en el proceso penal", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* núm. 56, 2019, págs. 161-198. Entre las grandes novedades del Anteproyecto LECrim 2020 se encuentra precisamente lo que la exposición de motivos (XXV) denomina la introducción de mecanismos alternativos al ejercicio incondicionado de la acción penal, con una "*introducción limitada del principio de oportunidad*" que, según el artículo 174 del texto, se reservará a los supuestos en que "*la imposición de la pena resulte innecesaria o contraproducente a los fines de prevención que constituyen su fundamento*". Se contemplan dos supuestos, el archivo por razones de oportunidad, regulado en el artículo 175, previsto para los delitos castigados con penas de prisión de hasta dos años, con multa cualquiera que sea su extensión, o con privación de derechos que no exceda de diez años, cuando (a) "*La incidencia del hecho punible sobre los bienes o intereses legalmente protegidos resulte mínima o insignificante, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción o las circunstancias en las que esta se produjo*"; (b) "*Pueda reputarse mínima la culpabilidad del responsable, de forma que la imposición de la pena no haya de reportar ninguna utilidad pública*."; (c) "*La comisión de la infracción haya causado a su autor un perjuicio grave que haga innecesaria o manifiestamente desproporcionada la imposición de una pena*." Se excluye el archivo por razones de oportunidad en delitos de corrupción; cuando medie violencia o intimidación; cuando el sujeto haya sido condenado anteriormente por un delito de similar naturaleza; la victima sea menor de 13 años; o se trate de un delito de violencia de genero. Por su parte, el artículo 176 prevé la suspensión del procedimiento por razones de oportunidad, en los supuestos de delitos castigados con penas de prisión de hasta cinco años o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, siempre que concurran los requisitos fijados en el artículo 175, condicionándolo al cumplimiento por la persona encausada de una o varias de las siguientes obligaciones o reglas de conducta: "*a) Indemnizar al ofendido o perjudicado en la forma y cantidad que haya sido determinada; b) Dar al*

obtención de una sentencia condenatoria con el menor gasto de tiempo y dinero, aunque la jurisprudencia ha subrayado que subyacen también motivos constitucionales, resumidos por la STS núm. 778/2006 de 12 de julio: "*1º que la obtención del consentimiento del acusado a someterse a una sanción implica una manifestación de la autonomía de la voluntad o ejercicio de la libertad y desarrollo de la propia personalidad proclamada en la Constitución, art. 10.1. 2º que el reconocimiento de la propia responsabilidad y la aceptación de la sanción implican una actitud resocializadora que facilita la reinserción social, proclamada como fin de la pena, art. 25.2 CE., y que en lo posible no debe ser perturbada por la continuación del proceso y el estigma del juicio oral"*[606].

En cuanto a sus presupuestos, la *coletilla* habitualmente empleada en múltiples resoluciones (por todas, STS núm. 690/2018 de 21 diciembre[607]) establece que "*para que surta sus efectos, ha de ser necesariamente "absoluta", es decir, no supeditada a condición, plazo o limitación alguna; "personalísima", o, dimanante de los propios acusados o ratificada por ellos personalmente y no por medio de mandatario, representante o intermediario; "voluntaria", esto es, consciente y libre; "formal", pues debe reunir las solemnidades requeridas por la ley, las cuales son de estricta*

ofendido o perjudicado una satisfacción moral que este considere adecuada y suficiente; c) Entregar al Estado o a instituciones públicas o privadas homologadas la cantidad que haya sido fijada para que sea destinada a obras sociales o comunitarias; d) No acudir a determinados lugares; e) No aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el decreto del fiscal, o no comunicarse con ellos; f) No ausentarse del lugar donde resida; g) Comparecer personalmente en la fiscalía, o en el servicio de la Administración que se señale al efecto, para informar de sus actividades y justificarlas; h) Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual u otros similares; i) Someterse a tratamiento de deshabituación en centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, sin abandonar el mismo hasta su finalización; j) Cumplir los demás deberes que el fiscal estime convenientes para su rehabilitación social, previa conformidad del investigado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona". El Anteproyecto regula otros dos supuestos específicos, el "*archivo reservado para preservar la investigación de una organización criminal"* (artículo 178), para los casos en que el inicio del proceso pueda poner en riesgo la investigación a una organización criminal, o el "*archivo por colaboración activa contra una organización criminal"* (artículo 179), cuando un sujeto integrado en una organización de ese tipo abandone las actividades, confiese los hechos, y colabore activamente en la prevención de un hecho punible o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otras personas responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones criminales a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado. Señala el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, fechado a 7 de julio de 2021 (pág. 216) que "*el prelegislador ha perdido la oportunidad de incluir entre los supuestos regulados en este artículo a los alertadores (whistleblowers) de delitos de corrupción, en los términos de la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión. Una fórmula para luchar contra la corrupción y proteger a los alertadores pasaría por incluir los posibles delitos que estos hubieran cometido entre los susceptibles de ser archivados por razones de oportunidad en los términos del art. 179 ALECrim, sin necesidad de exigir su comisión en el seno de una organización criminal*".

[606] F.D. 1º.

[607] F.D. 1º.

observancia e insubsanables; "vinculante", tanto para el acusado o acusados como para las partes acusadoras, las cuales una vez formuladas han de pasar tanto por la índole de la infracción como por la clase y extensión de la pena mutuamente aceptada, salvo en los casos antes expresados; y finalmente, de "doble garantía", pues se exige inexcusablemente anuencia de la defensa y subsiguiente ratificación del procesado o procesados".

Por lo que respecta a las personas jurídicas, la conformidad aparece preceptuada en el artículo 787.8 LECrim, del que analizaré a continuación los aspectos más destacados, pudiendo advertir ya que el Anteproyecto LECrim 2020, en el precepto referido a la conformidad de las personas jurídicas (artículo 85), no introduce modificación alguna respecto a la regulación vigente, aunque sí lo hace en relación a los presupuestos generales del instituto, ampliando su margen de aplicación e introduciendo significativas mejoras en el procedimiento para su articulación[608].

3.6.2 Poder especial del representante designado.

La primera especialidad enunciada por el artículo 787.8 LECrim es que el representante que comparezca en el acto por la persona jurídica debe contar con poder especial lo que, en sintonía con lo establecido en el artículo 1712 Cc, supone apoderamiento notarial en el que se especifique la autorización para que el sujeto se conforme con la pena solicitada.

Aunque la norma no exige más comprobaciones al tribunal que las genéricas también realizables respecto a las personas físicas, y la referida al poder especial, tal y como apunta GASCÓN INCHAUSTI[609], dadas las graves consecuencias que la conformidad entrañará para la persona jurídica, sí que resulta necesario que el juzgador indague sobre el proceso de formación de la voluntad societaria que ha culminado con el aquietamiento a la petición de la acusación, rechazando el allanamiento cuando se le susciten dudas sobre si de veras refleja una decisión del ente colectivo. De hecho, tal y como ya indicaba en este trabajo en relación con el traslado del contenido de la imputación a la persona jurídica, y la designación del representante especial, teniendo en cuenta la transcendencia económica y reputacional que implicará la condena para la

[608] Téngase en cuenta que dicha regulación también es la que se contempla en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal al servicio de la Administración de Justicia (ya informado por el CGPJ), art.16 siete y nueve que modifican, respectivamente, los artículos 785 y 787 LECrim, aunque en lo relativo a las previsiones específicamente referidas a las personas jurídicas, permanecen invariables (cfr. redacción dada en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal al servicio de la Administración de Justicia al artículo 785.11).
[609] GASCÓN INCHAUSTI, F., "Proceso Penal y persona jurídica… ob. cit. págs. 171-172.

persona jurídica, en mi opinión, debería ser la junta general la que preste su asenso con la acusación. NEIRA PENA[610], con cita a ROMA VALDÉS[611], refiere la necesidad de este acuerdo de los socios solo cuando la pena a conformar sea la disolución, pero considero no deben hacerse distinciones según el castigo que vaya a aceptarse, entre otras cuestiones porque quizá la multa sea la causa mediata de una ulterior disolución societaria.

3.6.3 Control judicial de la conformidad.

Continua el artículo 787.8 LECrim señalando que deben concurrir los requisitos enunciados en los aptdos. previos del artículo, lo que se concreta en la necesaria comprobación por el tribunal de si, sobre la base de la descripción de los hechos señalada por la acusación, la calificación jurídica y la pena son correctas, estando el castigo aceptado dentro de los límites en que se permite la conformidad[612].

Por lo tanto, el tribunal deberá verificar si confluyen los presupuestos que requiere la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre los que lógicamente se encuentra la necesaria mención al defecto estructural que haya permitido el ilícito, y una calificación jurídica adaptada a esa conducta típica encuadrable en el catálogo de los delitos comisibles por la persona jurídica. Ello comporta que, si el juzgador apreciara que los hechos podrían ser delito, pero no uno atribuible a los entes colectivos, deba proceder conforme señala el artículo 787.3 LECrim, para que se modifique la tesis acusatoria o, en caso contrario, ordenar la normal continuación del juicio oral.

3.6.4 Independencia de la conformidad de la persona jurídica respecto a las personas físicas.

El régimen de la conformidad de las personas jurídicas contiene una especialidad respecto al instaurado con carácter general en la LECrim, concretado los artículos 655 y 697, y que requiere la conformidad de todos los procesados personas físicas[613].

---

[610] NEIRA PENA, A. M., "La defensa penal de la persona jurídica… ob. cit. págs. 165-166.
[611] ROMA VALDÉS, A.; ESCOZ GARCÍA, I., (Coords.), *Responsabilidad de las personas jurídicas. Manual sobre su tratamiento penal y procesal. Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del CP y a la Le 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal*, Madrid: Rasche, 2012, págs. 106-107.
[612] En el caso de las personas jurídicas todas las penas pueden ser objeto de conformidad.
[613] El Anteproyecto LECrim 2020 recoge una ligera matización ya empleada actualmente en la *praxis*, señalando en el aptdo. 1 del artículo 167 que "*Solo será posible la conformidad cuando se refiera a todas las personas encausadas*

La exigencia de unanimidad en la prestación de conformidad por los acusados personas físicas ha sido interpretada la STS núm. 88/2011 de 11 de febrero como método para la preservación de la continencia de la causa, que se pondría en riesgo con la posibilidad de que confluyan en relación a un mismo ilícito sentencias contradictorias, por un lado condenatorias de los procesados allanados, por otro la absolución de los que, con una intervención similar en los hechos, se sometieron al juicio oral.

La conformidad del representante de la persona jurídica puede realizarse, en cambio, con independencia de la que adopten los demás acusados y su contenido no vinculará en el juicio que se realice con relación a éstos; de modo que su conformidad pondrá fin al proceso para la persona jurídica, abriéndose para el resto[614].

El motivo de este tratamiento separado es de índole práctica, buscando el legislador, como apunta SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES[615], lograr la colaboración de la persona jurídica en la acusación seguida contra los responsables individuales.

3.6.5 No vinculación de la conformidad de la persona jurídica respecto a los juicios posteriores.

Establece el artículo 787.8 LECrim, en su último inciso, que el contenido de la conformidad de la persona jurídica no vinculará ulteriores procesos contra las personas físicas.

Se trata de una consecuencia ineludible del derecho de defensa que asiste a los acusados personas físicas, que podrían verse afectados por unos hechos reconocidos por el sujeto colectivo respecto a los que no han tenido oportunidad de verter contradicción. Esta situación no es infrecuente, como se constata con la STS núm. 91/2019 de 19 febrero, mediante la que se anula un fallo condenatorio previo que se había apoyado parcialmente en la conformidad prestada por algunos de los acusados,

por un mismo hecho punible o por hechos conexos que no puedan ser juzgados separadamente sin detrimento del derecho de defensa".

[614] Ya digo que esto se mantiene en el Anteproyecto LECrim 2020, indicándose, además, en el aptdo. 2 del artículo 167 que "*Podrá, no obstante, dictarse sentencia de conformidad para quienes presten su consentimiento cuando solo queden fuera del acuerdo las personas jurídicas encausadas*".

[615] AAVV, "Derechos de la persona jurídica imputada… ob. cit. pág. 4.

cuyo testimonio no fue sometido a contradicción en el juicio celebrado para los que no se aquietaron con la pretensión penal.

Como motivo añadido apuntado por GASCÓN INCHAUSTI[616], en el enjuiciamiento de la persona jurídica y la física nos encontramos ante dos delitos distintos, aunque conexos, constituyéndose así un proceso con un objeto plural, de tal forma que lo decidido en un procedimiento respecto a los hechos de referencia no es cosa juzgada en los posteriores al no concurrir identidad de partes (artículo 222.4 LEC).

3.7 Derecho a la última palabra.

El artículo 786 bis LECrim reconoce a la persona jurídica el derecho a la última palabra, que podrá ejercitar a través de su representante especial, como manifestación del derecho de defensa[617].

De este modo, el sujeto designado tendrá la ocasión, como último hito del juicio oral, de realizar las afirmaciones que pudieran resultar útiles en su descargo (artículo 739 LECrim).

El derecho a la última palabra, pese a su indudable relevancia, adolece de una patente parquedad regulatoria, habiendo sido la jurisprudencia la que ha establecido sus elementos más relevantes. Recuerda la STS núm. 669/2006 de 14 junio[618] que "*Es precisamente la palabra utilizada en el momento final de las sesiones del plenario la que mejor expresa y garantiza el derecho de defensa, en cuanto que constituye una especie de resumen o compendio de todo lo que ha sucedido en el debate público y contradictorio que constituye la esencia del juicio oral. El acusado conoce mejor que nadie todas las vicisitudes que pueden influir en la mejor calificación y enjuiciamiento de los hechos que constituyen la base de la acusación*".

La *mejor* caracterización jurisprudencial de la última palabra la encontramos en la STC núm. 13/2006 de 16 enero[619], que subraya que la prerrogativa, ínsita al derecho de defensa, permite que el acusado pueda "*confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de sus coimputados o testigos, o incluso discrepar de su defensa o completarla de alguna manera*".

[616] GASCÓN INCHAUSTI, F., "Proceso Penal y persona jurídica… ob. cit. págs. 40-41.
[617] En el mismo contenido se pronuncia el artículo 84.1 párrafo segundo del Anteproyecto LECrim 2020.
[618] F.D. 5º.
[619] F.D. 4º.

Se trata de una garantía dotada de independencia respecto la defensa letrada "*al tratarse de la posibilidad procesal de autodefensa del acusado*". La resolución recuerda que la última palabra va más allá de la posibilidad de contradicción[620], y la diferencia respecto a figuras afines, como la declaración del acusado, señalando las ventajas que entraña respecto a éstas: "*El interrogatorio permite al acusado hacer las manifestaciones que estime pertinentes en defensa de sus intereses. Pero en ese momento desconoce cuál va a ser el comportamiento de los demás coimputados que declaren a continuación, de los testigos de cargo y de descargo, y el resultado de las pericias practicadas. Incluso desconoce cuál va a ser la vía argumental de las acusaciones y las defensas en sus respectivos alegatos, por lo que su postura inicial puede verse reafirmada o, por el contrario, necesitada de actualización y matización. El acusado ha de tener la oportunidad de contradecir o someter a contraste todo el proceso probatorio, añadiendo todo aquello que estime pertinente para su mejor defensa, por lo que ha de tener la oportunidad de ser el último en intervenir en el proceso, de modo que esta facultad se encuadra dentro del derecho de defensa que, en estas circunstancias, ha de realizarse de manera personal y directa por el interesado*".

La mayor demostración de la importancia del derecho a la última palabra como manifestación del derecho de defensa es que su infracción, producida en no pocas ocasiones con la omisión por el tribunal sentenciador de la concesión de la oportunidad de ejercitarla, deberá dar lugar a la nulidad de lo actuado, retrotrayendo las actuaciones al momento de celebración del juicio[621]. La infracción del derecho objeto de estudio acontece incluso en los supuestos en que no conste efectivamente acreditada la indefensión material que se le ha causado al acusado, como ha señalado la STC núm. 35/2021 de 18 de febrero, matizando así lo establecido en la STC núm. 258/2007 de 18 de diciembre[622].

Pese a este esbozo del derecho a la última palabra como manifestación del derecho de defensa, algunos autores le conceden valor probatorio como prueba de cargo suficiente para enervar la

[620] Gran parte de la doctrina (GIMENO SENDRA, por ejemplo) destaca el derecho a última palabra como una manifestación de este principio, GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal. Proceso Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, pág. 463.
[621] Así lo acuerda la STC núm. 13/2006 de 16 enero.
[622] Sobre la jurisprudencia del TC, y la matización establecida en la resolución de febrero de 2021, vid. PLANCHADELL GARGALLO, A., "El derecho a la última palabra: algunos vaivenes en la doctrina del Tribunal Constitucional en cuanto a la acreditación de la indefensión", *Revista de derecho y proceso penal*, nº. 62, 2021, págs. 383-394.

presunción de inocencia del acusado[623] que haya aprovechado las postrimerías del juicio para confesar su culpabilidad, de ahí que, probablemente, como otras tantas concreciones del derecho de autodefensa, tienda a ser cohibida por consejo del abogado defensor. La jurisprudencia ha tratado igualmente el supuesto *contrario*, en que el acusado pretende utilizar el trámite para contradecir lo indicado durante su declaración inicial, estableciendo la STS núm. 554/2000 de 27 marzo que "*la retractación efectuada extemporáneamente no puede tener eficacia para desvirtuar sus anteriores declaraciones, ya que privó a las partes acusadoras, el que pudieran constrastar los primeros testimonios prestados por el recurrente con la retractación de aquéllas, introduciéndose tal cuestión en el plenario, para que pudiera ser debatido en el mismo, a fin de que el Tribunal pudiera valorar dicha revocación, y poder otorgar mayor credibilidad a unas u otras, lo que no pudo llevar a cabo, al verificarse aquélla extemporáneamente, impidiendo que pudiera el Tribunal, en virtud del principio de inmediación, ponderar ambas*".

No obstante, en las personas jurídicas, con un representante especial que, como he indicado, puede tener particulares conocimientos sobre el funcionamiento del modelo de prevención penal y la estrategia de defensa, se puede utilizar el trámite para paliar las desigualdades que genera para cualquier acusado haber tenido que prestar declaración antes de escuchar el resto de las pruebas personales del plenario.

En efecto, aunque la STS núm. 309/2009 de 17 marzo, y otras en la misma línea, ha negado que la declaración del acusado como acto inaugural del juicio oral infringiera su derecho de defensa, aduciendo el Alto Tribunal que es una facultad del juzgador establecer el orden en que se practican las pruebas para el mejor esclarecimiento de la verdad (artículo 701 LECrim), cada vez son más las voces que solicitan que atendiendo al silencio sepulcral de la LECrim sobre la declaración del acusado, se altere el orden asentado por la propia costumbre del foro[624]. En este sentido se

[623] PÓRFILO TRILLO NAVARRO, J., "El derecho a la última palabra: prueba material", *Diario La Ley*, Nº 6693, Sección Doctrina, 16 de abril de 2007, Año XXVIII, Ref. D-92, pág. 13 se pronuncia también en este sentido, si bien propone que, como garantía en favor del justiciable y al objeto de evitar nulidades, ante de dar al acusado la opción de ejercitar este derecho, el presidente del tribunal proceda a "*1) Advertir al acusado de la posibilidad de que cuanto manifieste puede ser objeto de valoración como prueba subjetiva de declaración de cargo y, a tal fin, instruirle nuevamente de sus derechos como acusado ex art. 520.2 b) LECrim.2) Instruirle sucinta y compresiblemente del alcance incriminatorio de la actividad probatoria practicada en el plenario. 3) Informarle sucinta y comprensiblemente del contenido con trascendencia jurídica del informe final de su letrado*".

[624] Ya he referido *ut supra* que el Anteproyecto LECrim 2020 acoge esta línea, permitiendo que sea la defensa quien determine si declara el acusado, y en qué orden.

pronuncia TORRAS COLL, con cita de diversas resoluciones de la jurisprudencia menor[625], defendiendo el autor que "*una interpretación del desarrollo del juicio oral acorde con los principios y garantías constitucionales, y esencialmente con los que dimanan del artículo 24 (derecho a un juicio con todas las garantías, derecho a la defensa y derecho a no declarar contra sí mismo) justifican la alteración del orden en la práctica de toda la prueba propuesta y admitida"*[626].

La buscada modificación del momento de celebración de la declaración del acusado tiene su sustento en la ventaja que supone declarar en último término, rebatiendo lo aseverado por el resto de los intervinientes[627]. En el caso de las personas jurídicas, que podrán designar profesionales del cumplimiento normativo para ejercer como representantes especiales, o simplemente, a personas con mayores conocimientos que los propios de los *acusados medios* cuando éstos son personas físicas, un buen uso de la última palabra otorga posibilidades defensivas adicionales que no son para nada desdeñables.

[625] SAP de Tarragona (Sección 4º) núm. 25/2018 de 5 de febrero de 2018, por citar una.
[626] TORRAS COLL, J.M., "Alteración del orden de la prueba y ubicación del acusado", *El Derecho*, 19 de junio de 2018 (https://elderecho.com/alteracion-del-orden-de-la-prueba-y-ubicacion-del-acusado última visita 31/03/2020).
[627] Permite así *la mejor* contradicción posible frente a lo antedicho en el plenario, debiendo recordar al respecto que abundante jurisprudencia asienta en el correcto ejercicio del principio de contradicción el fundamento de la última palabra, lógicamente junto con el derecho de defensa (STC núm. 13/2006 de 16 enero, F.D. 4º).

CAPÍTULO 4. DEFENSA TÉCNICA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. ESTUDIO SOBRE EL PAPEL DEL ABOGADO COMO *COMPLIANCE OFFICER*.

4.1 Planteamiento.

La criminalidad empresarial, y los modelos de organización y gestión penal como instrumento destinado a su evitación, han sido el caldo de cultivo perfecto para encumbrar definitivamente[628] la profesión del *compliance officer*, como sujeto que, en el seno corporativo, será el principal encargado de velar por la supervisión, vigilancia y control del sistema de prevención penal. Dedicaré un epígrafe especifico a esta función, destacando los aspectos que me llevan a señalar a los abogados como perfil idóneo para el desempeño de tal responsabilidad.

Aunque son varios los motivos que abonan la preferencia por los letrados como oficiales de cumplimiento[629], merece especial atención el secreto profesional pues, correctamente empleado, permitirá evitar que documentación y comunicaciones con potencial contenido incriminatorio para la persona jurídica caigan en manos de las autoridades. En definitiva, bajo el privilegio de la confidencialidad abogado – cliente, se puede lograr el debido control de los soportes materiales internos.

Como tercer elemento del capítulo, y ya en el contexto del proceso penal, consagraré un aptdo. a la designación del letrado que defenderá los intereses corporativos, por tratarse de uno de los puntos candentes susceptibles de generar posiciones de conflicto entre la empresa y el autor material del ilícito.

4.2 El compliance officer.

4.2.1 Definición y funciones.

[628] Ya antes de la reforma del CP de 2015 se trataba de una figura común principalmente en el seno de entidades financieras y del sector farmacéutico, como recuerda ENSEÑAT DE CARLOS, S., *Manual del compliance officer. Guía práctica para los responsables de compliance de habla hispana*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2019, pág. 22.
[629] Mejor dicho, como necesarios miembros de un órgano de *compliance* pluripersonal.

El *compliance officer* es el órgano de la persona jurídica, dotado de poderes autónomos de iniciativa y control, encargado de la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención penal instaurado[630].

La anterior definición, extraída casi literalmente del artículo 31 bis CP, se limita a describir muy genéricamente sus dos funciones supervisoras[631]: la detección de problemas del modelo (*funcionamiento*); y el aseguramiento del cumplimiento de los principios, procesos y procedimientos establecidos en el sistema de organización y gestión (*cumplimiento*). No obstante, antes de profundizar en el análisis de la figura, es ineludible efectuar dos aclaraciones:

1. Como apunte válido para todo el capítulo y, en general, para esta tesis, el presente estudio se hace desde una perspectiva procesal-penal, sin embargo, el *compliance* puede tener otro alcance material, refiriéndose también, por ejemplo, al cumplimiento de la normativa de la competencia[632], tributaria[633], laboral, o de buen gobierno corporativo, entre otras muchas. Por este motivo, la tendencia en las grandes empresas es la creación de un órgano de *compliance* pluripersonal que, bajo la dirección de un sujeto (*chief compliance officer*[634]), y englobando diferentes perfiles (entre ellos, el de un abogado) vele por el cumplimiento normativo de la entidad. Lo antedicho provoca que, en puridad, debería referirme al oficial de cumplimiento *penal*.

2. La segunda matización es que no se puede confundir al órgano de cumplimiento normativo, como sujeto o grupo de personas que tienen como principal cometido asegurar la observancia de las normas en la entidad, con la función de *compliance*, asignada a todos los miembros de la corporación, con distintos roles según el puesto que ocupe cada uno. Es decir, aunque la supervisión se encarne principalmente en el responsable de cumplimiento, otros miembros de

[630] En un sentido parecido, la NORMA UNE 19601, define al órgano de *compliance* penal (aptdo. 3.2) como "*órgano dotado de poderes autónomos de iniciativo y control al que se confía la responsabilidad de supervisar el funcionamiento y observancia del sistema de gestión de compliance penal*".
[631] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., "El control de la responsabilidad penal… ob. cit. pág. 202.
[632] Sobre los programas de *compliance* y su eficacia eximente en materia de competencia, vid. GÓMEZ TOMILLO, M., "La culpabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones administrativas: especial referencia a los programas de cumplimiento", *Revista de Administración Pública*, 203, 2017, págs. 57-88.
[633] Con la NORMA UNE 19602 como una de sus principales referencias.
[634] A esta figura se refieren con mayor detalle VEGAS AGUILAR, J.C., HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, F.E., IZQUIERDO GARCÍA, F., "La figura del «Compliance Officer» y los «Programas de prevención de riesgos penales»", *Diario La Ley*, nº 8689, Sección Tribuna, 26 de enero de 2016, Ref. D-41.

la organización tienen competencias asignadas con afectación directa en el correcto desenvolvimiento del cumplimiento normativo interno. Es útil esbozar cómo se configura esa función de *compliance*, determinando qué posición ocupa el *compliance officer* en la misma. Así, por directa influencia de los controles empresariales de corte financiero, se emplea el modelo de las tres líneas de defensa[635].

(i) La primera línea de cumplimiento normativo estaría formada por las áreas responsables de llevar a cabo la actividad de la entidad (soportando, por lo tanto, los riesgos de incumplimiento), constituyéndose en la vanguardia en la evitación de ilícitos.

(ii) La segunda línea, en que se ubicaría el órgano de cumplimiento, abarca las áreas de control establecidas específicamente para la gestión de los riesgos. Por lo tanto, como indica ENSEÑAT DE CARLOS, "*las unidades de la 2ª línea de defensa deben supervisar el correcto funcionamiento de los controles y su aplicación efectiva por parte de la 1ª línea de defensa"*[636].

(iii) La tercera estaría compuesta por la auditoría interna, que de forma independiente supervisa toda la corporación, informando periódicamente al órgano de administración.

Estas tres posiciones defensivas cumplen cinco cometidos, según el Libro Blanco sobre la Función de *Compliance*[637]: identificar las obligaciones de *compliance*, elaborando al efecto el correspondiente programa destinado a la prevención, detección y gestión de los riesgos derivados de su incumplimiento; actualización continua de las obligaciones de *compliance*; difusión de las obligaciones de *compliance*; asignación de responsabilidades en cuanto a las funciones de *compliance*; e integración de las obligaciones de *compliance* en los procesos de negocio.

[635] "The Three lines of Defense in Effective Risk Management and Control", The Institute of Internal Auditors Inc, enero de 2013.
[636] ENSEÑAT DE CARLOS, S., "Manual del compliance officer … ob. cit. pág. 28.
[637] Elaborado por ASCOM en marzo de 2017, https://www.asociacioncompliance.com/wp-content/uploads/2017/08/Libro-Blanco-Compliance-ASCOM.pdf.

Partiendo de las anteriores disquisiciones, y ante la carencia del deseable desarrollo legislativo reglamentario[638], de lo aseverado por la doctrina[639] y la NORMA UNE 19601[640] se pueden extraer las siguientes responsabilidades del *compliance officer*:

1. Identificar y gestionar los riesgos penales incluyendo los relacionados con los socios de negocio.

2. Asesorar al órgano de administración en el diseño e implantación del programa de cumplimiento normativo penal.

3. Establecer los controles necesarios para evitar o mitigar el riesgo de comisión delictiva.

4. Integrar los controles penales en los procesos de negocio de la entidad.

5. Promover la inclusión de las responsabilidades relacionadas con el cumplimiento normativo penal en las descripciones de puestos de trabajo.

6. Supervisar el canal de denuncias y las investigaciones internas que se desarrollen.

7. Asesorar a los responsables de recursos humanos en la respuesta punitiva ante los incumplimientos detectados.

---

[638] Reclamado, entre otros, por MAGRO SERVET, V., "Hacia la creación del registro de expertos en programas de compliance", *Diario La Ley*, Nº 9362, Sección Doctrina, 20 de febrero de 2019, quién afirma (pág. 2) que la implantación de un estatuto propio mediante el oportuno reglamento dotará de seguridad jurídica a las empresas que quieran efectuar la implantación de su *compliance program*, pudiendo asegurarse que la persona designada al efecto cuenta con la suficiente solvencia profesional y, además, permitirá que los tribunales dispongan de un registro de peritos que puedan elaborar dictámenes sobre *compliance*. También denuncia la ausencia de regulación clara de las funciones MONTANER FERNÁNDEZ, R., "El criminal *compliance* desde… ob. cit. pág. 749. Para intentar solventar este problema, en la determinación del cometido de los *compliance officers* la Circular 1/2016 de la FGE (aptdo. 5.4) se remite a las funciones relatadas en la norma 5ª de las citadas Circulares nº 6/2009 y 1/2014 de la CNMV.

[639] Me refiero principalmente a NIETO MARTÍN, A., "La institucionalización del sistema de cumplimiento" en NIETO MARTÍN, A., (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, págs. 187-204, págs. 200-203; BLANC LÓPEZ, C., *La responsabilidad penal del Compliance officer,* Tesis Doctoral. Universidad de Lleida, 2017, págs. 259-273; LIÑÁN LAFUENTE, A., "El oficial de cumplimiento: Su responsabilidad penal" en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 347-377.

[640] Aptdo. 5.1.2.

8. Proporcionar apoyo formativo continuo a los miembros de la persona jurídica.

9. Poner en marcha un sistema de información y documentación de *compliance* penal.

10. Establecer indicadores de desempeño de *compliance* penal.

11. Analizar el desempeño para identificar la necesidad de acciones correctivas.

12. Asegurar que el modelo de prevención penal se revisa a intervalos planificados.

13. Verificar que se proporcione a los empleados acceso a los recursos de *compliance*.

14. Informar al órgano de administración sobre los resultados derivados de la aplicación del programa de cumplimiento normativo penal.

15. Representar a la entidad ante Administraciones y Tribunales en las cuestiones suscitadas en relación con el cumplimiento normativo penal[641].

16. Dirigir la estrategia de comunicación de la empresa en caso de que ésta se vea inmersa en un procedimiento judicial.

4.2.2 Cualidades esenciales del compliance officer.

El *compliance officer,* como órgano de la persona jurídica de cuyo desempeño depende en buena medida el correcto desenvolvimiento del modelo de prevención penal instaurado, ha sido calificado doctrinalmente incluso como un "*caballo de Troya"*[642]: se nombra a un miembro interno

[641] Tal y como he indicado en el anterior capítulo, su designación como representante especial tiene el riesgo de que, en el supuesto de que fuera el responsable de cumplimiento en el momento de consumación del delito, su intervención en el proceso puede ir más destinada a la salvaguarda de su buen nombre profesional que a la defensa de los intereses corporativos.

[642] AGUILERA GORDILLO, R., *Compliance penal. Régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el compliance program*, Tesis doctoral, Universidad de Córdoba, 2018, pág. 152.

de la corporación para velar por un cumplimiento normativo que el Estado, por sí solo, no está en condiciones de asegurar.

Como *armas* para el desarrollo de esa función, el legislador ha dotado al órgano de cumplimiento normativo penal de dos grandes rasgos distintivos: autonomía e independencia.

4.2.2.1 Autonomía.

La autonomía requiere que se realice a su favor una delegación de funciones plena, de tal forma que un observador externo pueda percibir al *compliance officer* como la máxima autoridad en la evitación de riesgos penales de la empresa. Se proyecta principalmente, de acuerdo con el Libro Blanco sobre la función del *compliance*[643], en los siguientes aspectos:

- Debe desarrollar su trabajo sin contar con mandatos específicos. Ello requiere que el órgano de administración delegue las facultades y competencias suficientes para su ejercicio de forma continuada, imparcial e independiente.

- El órgano de administración dotará al *compliance officer* de la suficiente *potestas* y *auctoritas* para el desempeño de sus funciones. Como señala LIÑÁN LAFUENTE[644], la NORMA UNE 19601 parece ir incluso más allá que el CP al apuntar que el *compliance officer* debe estar imbuido de poderes ejecutivos.

- Contará con recursos humanos y materiales suficientes.

Ante la contrariedad que puede suponer hablar de autonomía respecto a un órgano de la persona jurídica que, como tal, necesariamente estará sometido jerárquicamente a sus administradores, la Circular 1/2016 de la FGE ha indicado[645] que "*para conseguir los máximos niveles de autonomía* [es decir, asume que la plenitud es inviable] *los modelos deben prever los mecanismos para la adecuada gestión de cualquier conflicto de interés que pudiera ocasionar el desarrollo de las funciones del oficial de cumplimiento, garantizando que haya una separación operacional entre el órgano de administración y los integrantes del órgano de control que preferentemente no deben*

[643] Págs. 13-14.
[644] LIÑÁN LAFUENTE, A., "La responsabilidad penal del compliance officer … ob. cit. págs. 36-37.
[645] Aptdo. 5.4.

ser administradores, o no en su totalidad". La solución propugnada por la doctrina del Ministerio Fiscal, desde luego válida para las grandes corporaciones, difícilmente será operativa en entidades de menor tamaño, por lo que el nivel de autonomía exigido en el caso de las PYMES deberá ser necesariamente menor.

4.2.2.2 Independencia.

La independencia[646] tiene como principal derivación que el sujeto designado debe desarrollar su cometido sin sometimiento a presiones, y a la vez, con cercanía a las actividades sociales en que se pueden materializar los riesgos[647]. Lo antedicho se proyecta en lo siguiente:

- La actuación del responsable de cumplimiento no puede estar influenciada o condicionada por cuestiones que afecten a su libre desempeño. En particular, no tienen cabida represalias por el ejercicio del cargo.
- Su nombramiento se realizará por el órgano de administración.
- Su cese debe estar suficientemente motivado y documentado por escrito.
- La valoración de la actividad que ha efectuado no puede depender de personas pertenecientes a las áreas bajo su control.
- Su retribución no debe estar ligada a los resultados económicos de la organización.

4.2.3 Asignación de las funciones de supervisión del modelo de prevención penal.

Para la integración del *compliance officer* en el organigrama organizativo de la entidad supervisada, el CP ha configurado tres alternativas: encomienda a un órgano creado *ex novo*; atribución al que tenga legalmente atribuidas las responsabilidades de control; o, como tercera opción, la asignación de la tarea al órgano de administración:

[646] Libro Blanco sobre la función del *Compliance,* págs. 15-17.
[647] ENSEÑAT DE CARLOS, S., "Manual del compliance officer … ob. cit. pág. 45.

4.2.3.1 Órgano con poderes de iniciativa y control.

La primera posibilidad establecida en el CP sobre a quién encargar la supervisión del modelo es la creación *ex novo* de un órgano dotado de poderes de "*iniciativa y control*".

El poder de iniciativa, siguiendo a GÓMEZ-JARA DÍEZ[648], supone que este órgano debe contar con la prerrogativa de incoar investigaciones cuando se detecten incumplimientos de las normas internas, o del propio CP, así como con la facultad de actualizar el modelo desde el instante en que se pongan de manifiesto infracciones o cambios en el contexto organizativo que lo hagan necesario.

El poder de control se proyectaría, de acuerdo con el autor, sobre el funcionamiento del modelo implantado – el cumplimiento de los seis requisitos que marca el artículo 31.bis.5 CP – y la impartición de la formación necesaria de directivos y subordinados para su correcto desenvolvimiento[649].

Para que pueda considerarse que el oficial de cumplimiento está dotado de autoridad suficiente, la doctrina[650] ha resaltado la importancia de que su puesto en el organigrama sea equiparable al de un directivo o alto ejecutivo y, lo que casi es más importante, que reciba esa función de supervisión, vigilancia y control de forma plena, absoluta, pues ello tendrá relevancia en dos ámbitos:

Primero, para el propio cumplimiento del requisito que estoy analizando, emanado directamente del CP. De lo contrario se corre el riesgo de que el tribunal que esté enjuiciando el modelo de prevención penal no estime cumplida la condición 2º del aptdo. 2 del artículo 31bis.2. CP, al apreciar que en realidad el *compliance officer* tiene poderes coartados o limitados y que, por lo tanto, no concurre el suficiente grado de iniciativa y control.

---

[648] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "La culpabilidad de la persona jurídica… ob. cit. pág. 194.

[649] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "La culpabilidad de la persona jurídica… ob. cit. pág. 195. Añade LEÓN ALAPONT, J., "Criminal Compliance: análisis de los arts. 31 bis 2 a 5 CP y 31 quater CP", *Revista General de Derecho Penal*, nº 31, 2019, pág. 23, como otros ejemplos de control, la supervisión de determinadas actividades, la capacidad de fiscalización y de recabar informes.

[650] ROBLES PLANAS, R., "El responsable de cumplimiento («Compliance Officer») ante el Derecho Penal", en SILVA SÁNCHEZ, J.M., (Dir.), MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona: Atelier, 2013, pág. 319-331, pág. 321; LIÑÁN LAFUENTE, A., "El oficial de cumplimiento… ob. cit. pág. 356.

La segunda derivación, ya desde la perspectiva de la delegación de funciones brevemente analizada en el anterior capítulo, si no se ha producido un verdadero trasvase de la función de cumplimiento del órgano de administración al *compliance officer*, se dará por lo tanto una conservación relevante de la tarea por parte de los rectores societarios, provocando así que coexistan dos sujetos (administradores y oficial de cumplimiento) que pueden tener responsabilidad penal. En el *compliance* penal, una delegación correctamente ejecutada exigirá, según LIÑÁN LAFUENTE "*que el órgano de administración delegante no se libera absolutamente del deber de vigilar, lo que sucede es que éste se ha transformado y se ha convertido en un deber de supervisión e información de la labor del compliance officer y de supervisar periódicamente los informes y recomendaciones que éste remita"*[651]. Es decir que, cumplidos los parámetros anteriormente indicados por este autor, y los apuntados por LASCURAIN SÁNCHEZ[652], el órgano de administración eludiría su responsabilidad penal en caso de comisión de ilícitos[653] en el seno de la corporación, ostentándola, quizá, el *compliance officer*, como trataré en el aptdo. 4.2.6.

4.2.3.2 Órgano encargado legalmente de supervisar la eficacia de los controles internos.

La alternativa a la creación de un órgano nuevo encargado del cumplimiento normativo penal sería la atribución de la responsabilidad a un departamento de la entidad que tenga legalmente confiadas las funciones de control. Entrarían en esta categoría la comisión de auditoría que obligatoriamente deben tener las sociedades cotizadas, según el artículo 529 LSC; las empresas de servicios de inversión [artículo 193.2 a) del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores]; así como los órganos de control

[651] LIÑÁN LAFUENTE, A., "El oficial de cumplimiento... ob. cit. pág. 360. Esta situación es la que resume DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "La posición de garante del compliance officer por infracción del deber de control", en ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A., (Dirs.), *El Derecho Penal económico en la era del compliance*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2013, págs. 175-189, pág. 169, indicando que el empresario tendría inicialmente el deber de garante, que delegaría en el oficial de cumplimiento, conservando un deber de supervisión residual. El empresario mantendría de este modo *deberes de supervisión reactiva*.

[652] Aptdo. 3.2.5.k) de este trabajo, y que en resumen son: delegación libre, asunción libre, dotación suficiente de dominio, información y formación suficiente, y delegabilidad de la función.

[653] Lógicamente, esta exoneración no sería de aplicación si el órgano de administración aparece como autor material del delito.

interno exigidos a las entidades que aparecen como sujetos obligados según la normativa de blanqueo de capitales (artículo 26 ter de la Ley de prevención de blanqueo de capitales).

4.2.3.3 Órgano de administración.

La tercera tipología de supervisor del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención penal, previsto en el CP para las entidades de pequeñas dimensiones (artículo 31 bis.3 CP), consiste en que sea el órgano de administración el encargado de ejecutar la función.

Se trata de una opción reservada para las personas jurídicas autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, esto es, según el artículo 258 LSC, las sociedades de capital que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno, al menos dos de las circunstancias siguientes:

a) Que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros.

b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros.

c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta.

En los supuestos en que la persona jurídica opte por esta tercera opción, resulta altamente recomendable que el órgano de administración cuente con el asesoramiento de un abogado externo que coadyuve en la correcta implantación del modelo.

4.2.4 Formación exigible al compliance officer.

El mismo desierto regulatorio ya referido respecto a las funciones concretas del *compliance officer* resulta predicable en cuanto a la formación con que deberá contar la persona designada para el cargo. No obstante, atendiendo a los cometidos que tendrá que desarrollar, es *fácil* colegir el perfil deseable.

El texto que en mi opinión mejor define los conocimientos exigibles al *compliance officer* nació en realidad como marco normativo para establecer la preparación académica con que deben contar

los miembros de las empresas autorizadas para certificar los sistemas de gestión de *compliance* penal de acuerdo con los requisitos de la NORMA UNE 19601. Se trata de la NORMA UNE 165019 que, en su ANEXO A, que trataré más en detalle en el capítulo 9, establece los siguientes grandes bloques de conocimientos a ostentar por los miembros de empresas certificadoras: riesgos penales y los controles más relevantes para su evitación; contexto organizativo de las entidades; y habilidades sobre el diseño e implantación de *compliance programs*. Es decir, formación jurídica[654]; societaria, relativa al conocimiento de las empresas y su funcionamiento interno; y gestión de riesgos, más conocida mediante su acepción inglesa, *risk management*.

NIETO MARTÍN ante la inexistencia de títulos específicos oficiales[655] que permitan acreditar a sus tenedores como *compliance officers,* apunta como plan de estudios ideal una mezcla de criminología, auditoría, y *management* empresarial[656].

La Asociación de Profesionales de Cumplimiento Normativo, que junto con ASCOM aglutinan a la mayoría de los profesionales de cumplimiento normativo de nuestro país, elaboró en abril de 2015 lo que denominó "Estatuto general de la profesión de *compliance officer*", en cuyo artículo 2 se exigía que el responsable de cumplimiento contara con el título oficial de Licenciado en Derecho, en Dirección Administración y Dirección de Empresas, titulación análoga o experiencia equivalente. Ya en el artículo 29 del Estatuto se refiere como un derecho y un deber de los *compliance officer* la realización de formación continuada y especializada.

Ante esto, considero que la titulación *de base* idónea es Derecho y Administración y Dirección de Empresas, o simplemente el Grado de Derecho, aunque en línea con lo afirmado por MAGRO SERVET[657], es necesario completar esos estudios con otros complementarios específicos en

[654] El perfil eminentemente jurídico de esta figura provoca que, según el estudio elaborado por SIEBER, U; ENGELHART, M., *Compliance Programs for the Prevention of Economics Crimes, Duncker & Humboldt*, Berlín, 2014, pág. 53 y siguientes [citado por LIÑÁN LAFUENTE, A., "La responsabilidad penal del compliance officer … ob. cit. pág. 131], en las empresas alemanas de mediano tamaño, el 22 % habían designado como *compliance officer* a sujetos de su departamento legal, el 42 % tenían departamento de *compliance* propio, y el 20 % se lo había encomendado al departamento de auditoría interna.

[655] MAGRO SERVET, V., "Viabilidad de la pericial de *compliance* para validar la suficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas", *Diario La Ley,* Nº 9337*,* Sección Doctrina, 15 de enero de 2019, pág. 5, señala la ausencia de una titulación específica como una de las grandes incorrecciones del sistema.

[656] NIETO MARTÍN, A., "Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo." en NIETO MARTÍN, A., (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, págs. 111-134, pág. 117.

[657] MAGRO SERVET, V., "Hacia la creación del registro… ob. cit. pág. 3.

compliance, para lo cual están surgiendo toda una gama de postgrados o incluso certificaciones como la elaborada por ASCOM[658] y otros institutos formativos que sí permiten asegurar la correcta formación de sus estudiantes.

Este tipo de estudios preparatorios son de singular importancia para que el órgano de administración, como garante primario en la evitación de los riesgos penales de la entidad, pueda seleccionar correctamente en qué personas delegar el deber de vigilancia de la actividad empresarial. En palabras de LIÑÁN LAFUENTE: "*la elección de una persona que carezca de la formación, los conocimientos y las aptitudes para desarrollar esta labor de forma adecuada puede producir la nulidad de dicha delegación, pudiéndose considerar como delegación meramente formal, manteniendo el delegante su responsabilidad por un defectuoso deber in eligendo"*[659].

4.2.5 El órgano de compliance ideal: órgano interno de la persona jurídica + abogado externo.

Atendiendo a los rasgos que el CP exige el órgano de cumplimiento normativo penal, las funciones a desarrollar, y la formación necesaria para el correcto desempeño del cargo, me parece inevitable concluir que el órgano de *compliance* debe incluir necesariamente a un abogado externo penalista.

GONZÁLEZ FRANCO, SCHEMMEL y BLUMENBERG[660] han destacado los cinco motivos por lo que consideran imprescindible la participación de un penalista en la elaboración y supervisión del modelo de organización y gestión.

El primer motivo, dicen los autores, es que puede orientar a la persona jurídica y sus miembros sobre los elementos típicos de las conductas que el CP atribuye a las corporaciones. La intervención de este tipo de profesional, detallando las actividades en que son consumables los ilícitos, y el modo de evitarlos, puede habilitar además, según los citados, que si se produce un delito en su seno, la corporación esté en condiciones de aducir en el proceso la concurrencia de un error de prohibición, al haber actuado guiada por los consejos de un profesional del Derecho Penal.

---

[658] Esta, concretamente, con un grado de exigencia notable, teniendo un temario preestablecido de en torno a mil folios.

[659] LIÑÁN LAFUENTE, A., "La responsabilidad penal del compliance officer … ob. cit. pág. 56.

[660] GONZÁLEZ FRANCO, J.A., SCHEMMEL, A., BLUMENBERG, A., "La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento" en ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A., (Dirs.), *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, págs. 155-163.

El segundo argumento, sobre el que ya he incidido en anteriores aptdos., es que la intervención del penalista permite examinar correctamente los riesgos criminales de la entidad en cuestión, determinando en qué actuaciones del día a día societario pueden cristalizar, facilitando así su evitación.

El tercer motivo, es que el letrado conoce y maneja algunos de los riesgos intrínsecos a la implantación de las medidas contempladas en el *compliance program*, destacando los autores el peligro de que las investigaciones internas, si no se efectúan correctamente, puedan suponer un riesgo penal para la persona jurídica por la vulneración del derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones de los afectados.

En cuarto lugar, apuntan que el modelo de prevención "*es una herramienta de defensa penal, y para que funcione correctamente hay que diseñarlo desde un principio con la mentalidad del abogado penalista"*[661]. Dicho con mis palabras: su intervención permite diseñar el modelo de prevención penal *hacia el proceso*.

Como quinto argumento, subrayan con acierto que la participación del penalista posibilita, en caso de haberse detectado incumplimientos, guiar la reacción corporativa logrando "*optimizar los derechos de defensa de la entidad"*[662].

En un sentido similar se ha pronunciado el CGAE, destacando al abogado como perfil idóneo para actuar como *compliance officer.* Apunta el órgano representativo de los abogados españoles que la intercesión de un letrado impregna al programa de cumplimiento implantado de un enfoque procesal, aumentando su virtualidad en el supuesto de que se tenga que dirimir la responsabilidad penal del ente[663] y, además, muy importante, permite verificar que la relación entre el oficial de

[661] GONZÁLEZ FRANCO, J.A., SCHEMMEL, A., BLUMENBERG, A., "La función del penalista… ob. cit. pág. 161.
[662] GONZÁLEZ FRANCO, J.A., SCHEMMEL, A., BLUMENBERG, A., "La función del penalista… ob. cit. pág. 162.
[663] Informe 5/2017 que emite la Comisión Jurídica sobre la intervención del abogado como responsable de cumplimiento normativo ("*Compliance Officer*"), pág. 6. (https://www.abogacia.es/wp-ontent/uploads/2016/02/INFORMES-COMISION-JURIDICA-2017-OK.pdf última visita 15/07/2021)

cumplimiento y la entidad está bajo el paraguas del secreto profesional, la confidencialidad, y la posibilidad de no declarar[664].

La colaboración del letrado, que como detallaré necesariamente debe ser externo (es decir, no le puede unir con la entidad una relación laboral), suscita la duda de cómo compasarla con la exigencia del artículo 31 bis.2. 2ª CP de que el oficial de cumplimiento sea un "*órgano de la persona jurídica*". Parece haber unanimidad en que el precepto requiere que necesariamente alguien interno (este sí, trabajador por cuenta ajena de la entidad) tenga encomendada la función de supervisión del cumplimiento[665] pues, en palabras de la doctrina de Fiscalía, *"facilitará el contacto diario con el funcionamiento de la propia corporación*", lo que no excluye, como ya se dijera respecto a la gestión del canal de denuncias, que quepa "*la contratación externa de las distintas actividades que la función de cumplimiento normativo implica*[666]". Lo resume la Circular 1/2016 de la FGE: "*Lo verdaderamente relevante a los efectos que nos ocupan es que la persona jurídica tenga un órgano responsable de la función de cumplimiento normativo, no que todas y cada una de las tareas que integran dicha función sean desempeñadas por ese órgano"*[667].

En definitiva, de acuerdo con los anteriores criterios, el órgano de *compliance* ideal estará compuesto por uno o varios miembros de la entidad y, al menos, un abogado penalista externo.

4.2.6 Responsabilidad penal del compliance officer y sus consecuencias para la persona jurídica.

4.2.6.1 Punto de partida: la relevancia del grado de delegación de funciones correctivas y ejecutivas recibidas por el oficial de cumplimiento.

De entre los difusos contornos de la figura del oficial del cumplimiento, uno de los aspectos que sin duda ha logrado mayor atención doctrinal es el relativo a la responsabilidad penal del sujeto designado, y las consecuencias que pudiera tener para la corporación una conducta criminal de, precisamente, la persona encargada de supervisar el modelo de prevención penal implantado.

[664] Informe 5/2017 que emite la Comisión Jurídica sobre la intervención del abogado como responsable de cumplimiento normativo ("*Compliance Officer*"), págs. 1-2.
[665] Libro Blanco sobre la función del *Compliance,* pág. 12.
[666] Circular 1/2016 de la FGE, pág. 25.
[667] Circular 1/2016 de la FGE, pág. 25.

Los escenarios en que se plantea la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento son básicamente tres. El primero, que suscita pocas dudas, es que sea el autor material del ilícito, en cuyo caso, además de su responsabilidad personal, sería susceptible de generar la de la persona jurídica, por la vía de la letra a) del aptdo. 1 del artículo 31 bis CP, ya que estaría encuadrado dentro del grupo que ostenta facultades de organización y control[668].

La segunda posibilidad es que, sin ser el autor material, conozca que un miembro de la entidad lo está cometiendo y no tome medidas para evitarlo. Estaría por lo tanto infringiendo dolosamente las obligaciones de su cargo.

El tercer y más común supuesto consistiría en que el delito haya resultado posible por una imprudencia en el desempeño del oficial de cumplimiento.

Para el correcto abordaje de la cuestión, como con rigor estudia LIÑÁN LAFUENTE, es necesario estudiar la encomienda del *compliance officer* desde la perspectiva del artículo 11 CP[669], en virtud del cual la responsabilidad del garante surge cuando, mediante su intervención, se encuentre en condiciones de poder evitar el injusto[670]. En el ámbito empresarial, para el control del riesgo intrínseco a la actividad coexiste el empresario, como garante primario con, en el caso que me ocupa, el oficial de cumplimiento como garante por delegación y, casi siempre[671],

---

[668] Circular 1/2016 de la FGE, pág. 25.

[669] "*Los delitos que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:*
a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente."
La posición del *compliance officer* como garante es la habitual génesis en los estudios doctrinales de la figura en otros países, pudiéndose referir a CARRIÓN ZENTENO, A., URQUIZO VIDELA, G., "La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en el ámbito empresarial. Un breve análisis comparativo entre Alemania-Perú y EEUU", en MARTÍN BÖSE, KAY H. SCHUMANN, FRIEDRICH TOEPEL (Ed.), Festschrift zum 70. *Geburtstag von Professor Dr. Dr. h.c. mult*. Urs Kindhäuser, 2019, págs. 877-894.

[670] O dicho *in extenso* [LIÑÁN LAFUENTE, A., "La responsabilidad penal del compliance officer … ob. cit. pág. 41, con cita *parcial* de SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Aspectos de la comisión por omisión: fundamentos y formas de intervención. El ejemplo de funcionario penitenciario", *Cuadernos de Política Criminal*, 1989, nº38, pág. 374] "*debe tener dominio del acontecer típico, un control del riesgo, que muestre identidad en el plano normativo con la comisión activa*".

[671] LIÑÁN LAFUENTE, A., "La responsabilidad penal del compliance officer … ob. cit. pág. 65, señala que "*el compliance officer tendrá por lo tanto el deber de supervisar el funcionamiento del modelo de compliance penal y de controlar los focos de peligro en él identificados, pero no se le delegan las funciones específicas del derecho de corrección, que incluyan la posibilidad de poder suspender, resolver o anular cualquier tipo de acto que considere que es constitutivo de delito, no podrá ser considerado, en mi opinión, como un garante completo cuya obligación sea impedir o evitar delitos*".

complementario[672]. Surge así, según LIÑÁN LAFUENTE, "*un deber de garante en cotitularidad, donde el garante complementario, el que supervisa la fuente de peligro y la controla, necesita del garante primario (administrador), para la toma de la mayoría de las decisiones"*[673].

La pregunta según LIÑÁN LAFUENTE, al que seguiré en este punto, será determinar si al *compliance officer* se le han delegado con suficiencia funciones ejecutivas, que le faculten a tomar decisiones o, al no disponer de las mismas, se debe limitar a informar al órgano de administración[674].

Si el oficial de cumplimiento solo tiene entre sus posibilidades, ante la detección de un ilícito, ponerlo en conocimiento del órgano de administración, no se tratará de un garante real, toda vez que con ese reporte no necesariamente se evitará el delito. Carecería de "*capacidad material de impedir la comisión del delito"*[675]. Por ello, si el trasvase del deber de control del órgano de administración hacia el responsable de cumplimiento es solo parcial, este último ostentaría la posición de garante complementario.

En cambio, si el *compliance officer* tiene totalmente atribuidos poderes correctivos, ya sí estaría imbuido de capacidad real del impedir delitos, constituyéndose en garante completo, con la única excepción de los ilícitos cometidos por el órgano de administración[676].

Partiendo de las anteriores premisas, válidas para cualquiera de las casuísticas que se tratarán, me centraré en las situaciones *tipo* en que puede plantearse la responsabilidad del oficial de cumplimiento.

4.2.6.2 El *compliance officer* omite los controles fijados en relación con un delito, que podrían haberlo evitado.

En este supuesto, atendiendo al método de comisión del ilícito, la aplicación de la medida instaurada en el modelo de prevención penal hubiera "*desestabilizado el foco de peligro que se*

[672] LIÑÁN LAFUENTE, A., "El oficial de cumplimiento… ob. cit. pág. 362. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "La posición de garante… ob. cit. pág. 170, habla de "*garante secundario*".
[673] LIÑÁN LAFUENTE, A., "La responsabilidad penal del compliance officer … ob. cit. pág. 66.
[674] LIÑÁN LAFUENTE, A., "El oficial de cumplimiento… ob. cit. pág. 362.
[675] LIÑÁN LAFUENTE, A., "El oficial de cumplimiento… ob. cit. pág. 362. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "La posición de garante… ob. cit. pág. 362.
[676] LIÑÁN LAFUENTE, A., "El oficial de cumplimiento… ob. cit. pág. 362.

debía controlar y que como consecuencia de su ausencia de control, ha determinado el resultado típico"[677]. La certeza con que se debe determinar que el control hubiera evitado el delito es la de "*probabilidad rayana en la seguridad"*[678].

Por lo tanto, si se concluye que con la acción omitida se podría haber evitado el ilícito, habría responsabilidad penal del oficial de cumplimiento[679], amén de que al haberse eludido por este sus obligaciones de control[680], la persona jurídica no quedará exenta de responsabilidad penal (condición 4ª del art. 31 bis 2).

DOPICO GÓMEZ-ALLER[681] sintetiza los requisitos para que pueda apreciarse responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en estas situaciones, indicando que se tiene que tratar de (i) una omisión ante un delito que se podía impedir; (ii) que la conducta debida hubiera servido para obstaculizar su ejecución; y (iii) que se trate de un ilícito cuya prevención le competa al garante, teniendo asignada una concreta tarea que hubiera dificultado su realización.

4.2.6.3 El *compliance officer* negligente que no revisa o implanta un control diseñado para evitar el ilícito.

Situación que únicamente puede darse en los ilícitos que contemplan una modalidad imprudente[682].

En este tipo de supuesto debe analizarse si en relación con un foco de peligro identificado, y respecto al que se contemplaban medidas concretas, se ha producido un ilícito como consecuencia de la inobservancia negligente de los controles que lo habrían impedido.

---

[677] LIÑÁN LAFUENTE, A., "El oficial de cumplimiento… ob. cit. pág. 362. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "La posición de garante… ob. cit. pág. 366.

[678] Según la STS núm. 682/2017 del 18 de octubre (F.D. 1º) "*En los delitos de omisión solo debe requerir una causalidad hipotética, es decir la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la seguridad*".

[679] LIÑÁN LAFUENTE, A., "El oficial de cumplimiento… ob. cit. pág. 362. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "La posición de garante… ob. cit. pág. 369. Así lo asume igualmente la Circular 1/2016 de la FGE, pág. 25.

[680] Dice LIÑÁN LAFUENTE, A., "El oficial de cumplimiento… ob. cit. pág. 362, que se habría producido, pues, una defraudación de las expectativas puestas sobre él.

[681] DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "La posición de garante… ob. cit. págs. 180-182.

[682] (i) los delitos de insolvencias punibles (arts. 261 bis y 259.3 CP); (ii) los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 328 y 331 CP); (iii) la imprudencia grave en el incumplimiento de las obligaciones de prevención de las actividades de financiación del terrorismo (arts. 576.5 y 576.4 CP); y (iv) el delito de blanqueo de capitales imprudente (arts. 302.2 y 301.3 CP). Más en detalle sobre los ilícitos que la persona jurídica puede cometer por imprudencia, vid. FERNÁNDEZ PAIZ, R., "Delitos imprudentes de las personas jurídicas" en ORTEGA BURGOS, E., (Dir.), *Derecho Penal 2020,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, págs. 239-264.

Dado que entre las funciones del *compliance officer* está la de implantar los controles establecidos en el *compliance program*, la dejación en el desempeño de ese cometido puede efectivamente ocasionar su responsabilidad penal[683].

4.2.6.4 El *compliance officer* ocultador del ilícito.

La conjetura se plantea según LIÑÁN LAFUENTE así: un oficial de cumplimiento al que no se le han transferido completamente los poderes de iniciativa y control – sería un garante complementario – que, una vez detectado el ilícito, no ha cumplido con su obligación de informar a los rectores societarios – garantes primarios – para que tomaran las medidas oportunas.

El autor acude para la resolución de este supuesto a una cita de LASCURAÍN SÁNCHEZ: (el) "*sujeto puede responder individualmente como partícipe sin ser garante por omitir el recto ejercicio de sus funciones cuando las mismas hubieran impedido o dificultado el delito ajeno. Y puede no ser garante por no ser un delegado de un deber de garantía de la empresa (no es un delegado de seguridad medioambiental, por ejemplo) o por serlo de un deber que no es de garantía de la empresa (su encargo es de investigar las denuncias por corrupción"*[684].

Por lo tanto, el oficial de cumplimiento cumplirá con las obligaciones de su cargo en el momento en que ponga la cuestión de manifiesto al órgano de administración[685] (es decir, desde ahí, no tendrá el riesgo de ser considerado como participe en el ilícito), por lo que ya tendría que ser el garante primario quien ejecute las actuaciones concretas para evitar el injusto[686].

Para que esa falta de información del *compliance officer*, al órgano de administración, resulte constitutiva de delito, DOPICO GÓMEZ-ALLER apunta tres presupuestos[687]: que el delito no esté aún consumado; que se trate de un delito cuya prevención tenga asignada el responsable de

[683] LIÑÁN LAFUENTE, A., "La responsabilidad penal del compliance officer … ob. cit. págs. 30-31.
[684] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., "Salvar al oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)", en MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M., GÓMEZ MARTÍN, V., (Dirs), HORTAL IBARRA, J.C. (Coord.), VALIENTE IBAÑEZ, V. (Coord.), *Responsabilidad de la empresa y compliance programas de prevención, detección y reacción penal,* Madrid: Edisofer, 2014, págs. 301-336, pág. 325.
[685] DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "La posición de garante… ob. cit. pág. 184, afirma: "*el compliance officer no ostenta un deber especial jurídico-público de denunciar al autor de un delito*".
[686] La obligación del *compliance officer* alcanza hasta la puesta de manifiesto al órgano de administración pues, si éste no realiza actuación alguna para impedir el delito, el oficial de cumplimiento no tiene deber de denunciar la infracción a las autoridades (LIÑÁN LAFUENTE, A., "La responsabilidad penal del compliance officer … ob. cit. pág. 91).
[687] DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Comisión por omisión", en AA.VV, *Memento práctico. Penal económico y de la empresa 2011-2012*, Madrid: Francis Lefebvre, 2012, págs. 51-69, pág. 68.

cumplimiento; y que la *denuncia* del *compliance officer* hubiera servido para obstaculizar su comisión.

4.2.6.5 Responsabilidad del *compliance officer* por el incorrecto diseño del modelo de prevención penal.

Toda vez que la responsabilidad última en el diseño del modelo es del órgano de administración, parece descartable que pueda derivarse responsabilidad penal al oficial de cumplimiento por un defecto en su articulación[688].

En un sentido similar se pronuncia DOPICO GÓMEZ-ALLER[689], sugiriéndolo desde dos escenarios[690]. En los delitos que solo prevén la modalidad típica dolosa, dice el autor que salvo que la omisión fuese voluntaria y destinada a facilitar la comisión de ilícitos, la imprudencia resultaría atípica. En los ilícitos que sí prevén su ejecución por imprudencia, si bien la ausencia de dolo no impediría la responsabilidad del oficial de cumplimiento, señala DOPICO GÓMEZ-ALLER que los controles destinados a su prevención rara vez son competencia del oficial de cumplimiento, por lo que el autor descarta que en la práctica sea factible esta posibilidad comisiva.

En definitiva, puedo concluir el aptdo. en conformidad con el criterio de la FGE en la Circular 1/2016: "*la exposición personal al riesgo penal del oficial de cumplimiento no es superior a la de otros directivos de la persona jurídica"*[691].

[688] LIÑÁN LAFUENTE, A., "El oficial de cumplimiento... ob. cit. pág. 376. Señala el autor que solo en supuestos de laboratorio, en que se inste al *compliance officer* para que diseñe un modelo de prevención precisamente destinado a facilitar la comisión de ilícitos podría derivarse esa responsabilidad por diseño defectuoso.
[689] DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "La posición de garante… ob. cit. págs. 178-179.
[690] Encontramos autores que se pronuncian en sentido contrario, como URBANO CASTRILLO, E., "Autoría y responsabilidad de las personas jurídicas", en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., (Coord.), *Persuadir y Razonar. Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, Tomo I, 2018, págs. 291-314, pág. 311, que sí que incluye los defectos de diseño entre los supuestos que pueden generar responsabilidad penal del oficial de cumplimiento.
[691] Circular FGE 1/2016, pág. 25.

4.3 El secreto profesional.

4.3.1 Definición y fundamento.

"Guisada cosa es et derecha que los abogados á quien dicen los homes las poridades de sus pleytos que las guarden et que las non descubran á la otra parte …"

La anterior *norma*, contenida en las Siete Partidas[692] de Alfonso X, es referencia común incluso en otros países[693] como una de las más antiguas[694] alusiones conocidas sobre el secreto profesional.

El secreto, baluarte del derecho de defensa, es definido por GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO como "*la garantía de confidencialidad que se proyecta sobre las informaciones reservadas comunicadas a un letrado por su cliente y las obtenidas por el mismo relativas a su cliente en el ejercicio de su actividad profesional. Para el cliente la garantía es un derecho. Para el Abogado el mantenimiento del secreto también constituye un derecho y simultáneamente es una obligación, cuyo incumplimiento genera responsabilidad civil, disciplinaria y penal"*[695].

La delimitación de este autor, la más citada doctrinalmente[696], resulta pretendidamente amplia e incluye en los contornos del secreto aspectos del *legal professional privilege*, propio del derecho anglosajón que, aunque tiene grandes similitudes con el secreto profesional originariamente no nació como lo mismo[697].

---

[692] Ley IX del Título IV, Partida III. Más exhaustivamente sobre la regulación de la abogacía en las Partidas, con referencias al secreto, vid. ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, J.M., "El oficio de abogado en las partidas de Alfonso X el Sabio", *Revista jurídica de la Región de Murcia*, Nº. 21, 1996, págs. 29-46.

[693] GIPPINI-FOURNIER, E., "Legal Professional Privilege in Competition Proceedings before the European Commission:Beyond the Cursory Glance", *Fordham International Law Journal*, Vol. 28, Book 4, 967, 2005, pág. 2, indica que aparecen citas a las Siete Partidas en textos de diferentes estados de los Estados Unidos, como Arkansas, Arizona, California, Colorado, Florida, Louisiana, Massachusetts, Missouri, Carolina del Norte, Nevada, Texas o California.

[694] La primera norma conocida proviene del Derecho Romano y consta en el Digesto (25.V.XXII).

[695] GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "El secreto profesional del Abogado" en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (Dir.), SANZ HERMIDA, A.M., ORTIZ PRADILLO, J.C., (Coords.), *Problemas actuales de la justicia penal. Secreto profesional, cooperación jurídica internacional, víctimas de delitos, criminalidad organizada, personas jurídicas, eficacia y licitud de la prueba y derechos fundamentales,* Madrid: COLEX, 2013, pág. 9-31, pág. 9.

[696] NEIRA PENA, A.M, "La persona jurídica como parte pasiva… ob. cit. pág. 438 o GIMENO BEVIÁ, J., "El proceso penal de las… ob. cit. pág. 143, inician sus estudios sobre el secreto profesional con esta definición.

[697] NAVAS, E., "Investigaciones internas de Compliance: la incidencia del Privilege de derecho inglés", en AA.VV *2016 Práctica Mercantil para Abogados*, Madrid: *La Ley*, 2016, pág. 4, indica tres grandes diferencias: "*El secreto*

Sea como fuere, tanto el secreto como sus figuras afines tienen como fundamento el derecho de defensa y, más concretamente, el instrumental derecho a no incriminarse[698]. En este sentido, la STEDH de 1 de diciembre de 2015, *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova c. Portugal*[699] recogió "*que la protección del secreto profesional vinculada a la correspondencia entre un abogado y su cliente es, entre otras cosas, el corolario del derecho que tiene éste último a no contribuir a su propia incriminación*." En efecto, siendo indiscutido que para el correcto desarrollo de la defensa técnica es imprescindible que el cliente facilite a su letrado toda la información necesaria para conocer los contornos del asunto que pone en sus manos, se vaciaría de contenido el derecho de defensa si las autoridades pudieran apoderarse de las revelaciones realizadas por el defendido a su abogado[700]. El secreto profesional se relaciona también de forma habitual con el derecho a la intimidad, principalmente cuando se pretende su salvaguarda sin relación con la inminencia o pendencia de un proceso[701].

4.3.2 Regulación.

El secreto profesional tiene expreso reconocimiento constitucional en el artículo 24.2: "*La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos*".

---

profesional se configura como una obligación esencial y al mismo tiempo como un derecho del abogado y, en ningún caso, como un derecho o prerrogativa del cliente."; "*no se limita a la esfera abogado-cliente*."; y "*El secreto profesional además no solo incluye la información o datos de carácter confidencial, sino cualesquiera información y datos a los que haya podido tener acceso el abogado en el ejercicio de su actuación profesional incluso si éstos son públicos o notorios*." GIPPINI – FOURNIER, E., "Legal Professional Privilege… ob. cit. pág. 6-10 analiza también las diferencias entre el secreto y el *privilege*, conceptuando este último como más amplio que el primero. No obstante, como digo, todo ello se suele tratar en España como una misma cosa, vid. SIGNES DE MESA, J.I, "La independencia de los abogados de empresa y la protección del secreto profesional en la Unión Europea." *Revista de Derecho Mercantil* núm. 279/2011, pág.1.

[698] GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "El secreto profesional del Abogado… ob. cit. pág. 16 refiere otros sustentos, además del derecho a no incriminarse, como el derecho a la intimidad. El artículo 5 del Código Deontológico de la Abogacía señala también del derecho a la intimidad, junto con el derecho de defensa, como fundamentos del secreto profesional.

[699] ECLI:CE:ECHR:2015:1201JUD006943610, aptdo. 55.

[700] Señala la STC núm. 162/1999 de 27 septiembre: "*la confianza que al asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas de su Letrado ocupa un lugar destacado en el ejercicio del derecho de asistencia letrada cuando se trata de la defensa de un acusado en un proceso penal*". En el mismo sentido, el aptdo. 9-28.710 de los *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, con cita de resoluciones de la Corte Suprema de Estados Unidos, señala que "*el propósito* [del privilege] *es fomentar una comunicación plena y franca entre los abogados y sus clientes y promover así intereses públicos más amplios en la observancia de la ley y la administración de justicia*".

[701] GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "El secreto profesional del Abogado… ob. cit. pág. 16; ÁLVAREZ DE TOLEDO, L., "El derecho de defensa en relación con el secreto profesional del abogado", *Revista jurídica de la Región de Murcia*, nº. 38, 2007, págs. 43-94, pág. 59.

El artículo 542 LOPJ, que compila los principales derechos y obligaciones de los letrados, señala en el aptdo. 3 que "*Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos*".

A nivel corporativo, el Estatuto de la Abogacía regula el secreto profesional con mayor exhaustividad que el anterior texto[702]. El artículo 1.3 señala el secreto profesional como uno de los principios rectores de la profesión, junto con la independencia, libertad, dignidad e integridad. Dentro del Título II (referido al "*Ejercicio de la abogacía*") el Estatuto de la Abogacía dedica el Capítulo IV al secreto profesional, y en particular el artículo 21, en línea con la LOPJ, que impone "*el deber y el derecho de guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligado a declarar sobre ellos*." El artículo 22 recoge el alcance del secreto profesional, extendiéndolo a "*todos los hechos, comunicaciones, datos, informaciones, documentos y propuestas que, como profesional de la Abogacía, haya conocido, emitido o recibido en su ejercicio profesional*.", perviviendo la obligación, incluso (aptdo. 5), "*después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente, sin que se encuentre limitado en el tiempo*." Quedarían fuera, según el precepto (aptdo. 2) "*las actuaciones del profesional de la Abogacía distintas de las que son propias de su ejercicio profesional y, en especial, las comunicaciones, escritos y documentos en que intervenga con mandato representativo de su cliente y así lo haga constar expresamente*". No obstante, probablemente el aspecto más novedoso del texto corporativo de la abogacía es el recogido en el artículo 39 (rubricado como "*El Abogado y el Abogado de Empresa*."), que señala que "*La Abogacía también podrá ejercerse por cuenta ajena como profesional de la Abogacía de empresa en régimen de relación laboral común, mediante contrato de trabajo formalizado por escrito y en el que habrán de respetarse la libertad, independencia y secreto profesional básicos para el ejercicio de la profesión y expresarse si dicho ejercicio fuese en régimen de exclusividad*." Es

[702] El anterior Estatuto de la Abogacía, en el artículo 32.1, y con idéntica literalidad a la antes extractada de la LOPJ, fijaba una serie de cautelas para su protección en preceptos desperdigados. Así, en el aptdo. 2 del artículo 32 establecía que en el caso de que se practiquen registros en despachos profesionales, el Decano del Colegio profesional del afectado podrá ser requerido para velar por la salvaguarda del secreto durante la inspección. Igualmente, con el fin de proteger el secreto, se prohibía en el artículo 21 que los abogados compartan despacho con profesiones incompatibles. Por su parte el artículo 28.6 hacía extensible el secreto a todos los miembros del despacho.

decir, se extiende el secreto profesional, o eso pretende el texto reglamentario, a los abogados de empresa.

También como normativa colegial, se regula el secreto en el Código Deontológico de la Abogacía Española, artículo 5. Aunque el primer punto sigue la línea de la LOPJ, su aptdo. 2 amplia el alcance del secreto, amén de a las confidencias realizadas por el cliente, a "*las de la parte adversa, las de los compañeros, así como todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya remitido o recibido por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional*." Se extiende según el aptdo. 5 a cualquier información, oral o escrita, manteniéndose la obligación a cargo del letrado (aptdo. 10) incluso aunque se tenga el consentimiento del cliente para revelarlo.

Ya en el marco del proceso penal, la redacción dada al artículo 118 por la Ley Orgánica 13/2015 establece en el aptdo. 4 el carácter confidencial de las comunicaciones entre el abogado y su cliente[703].

Por su parte, el artículo 416 de la LECrim dispensa a los abogados de la obligación de declarar respecto a los hechos que el procesado le hubiera confiado como defensor[704].

[703] El Anteproyecto LECrim 2020 dedica un aptdo. específico al secreto profesional (artículo 13, denominado "*Derecho a la comunicación con el abogado. Confidencialidad de las comunicaciones. Protección del secreto profesional"*), señalando: "*1. La persona encausada podrá comunicar y entrevistarse reservadamente con su abogado en cualquier momento del proceso.*
Estas comunicaciones serán confidenciales. Si fueran captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna diligencia de investigación, se ordenará la eliminación de la grabación o la entrega al destinatario de la correspondencia retenida, dejando constancia de estas circunstancias en las actuaciones.
2. Cuando la persona encausada se halle privada de libertad, se asegurará que la entrevista reservada con su letrado se desarrolle en condiciones de confidencialidad adecuadas. Dicha entrevista deberá tener lugar, en todo caso, antes de que la persona encausada preste declaración ante la policía, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial.
3. El abogado defensor estará presente en las declaraciones de la persona encausada.
4. En el acto del juicio oral se asegurará que la persona encausada pueda mantener en todo momento una comunicación directa con su abogado.
*5. No se permitirá que los abogados y procuradores declaren como testigos respecto de actuaciones amparadas por el secreto profesional***."**

[704] Por lo tanto, como bien dice GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "El secreto profesional del Abogado… ob. cit. pág. 10, se podría obligar al abogado a declarar contra su cliente si por ejemplo observara un altercado de éste con un tercero. No faltan autores que niegan esta dispensa a los letrados internos, BANACLOCHE PALAO, J., "Las diligencias de investigación relativas a la persona jurídica imputada" en BANACLOCHE PALAO, J., ZARAZALEJOS NIETO, J.M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid: La Ley, 2011, págs. 197 - 223, págs. 204-205.

La vulneración de las normas relativas al secreto puede acarrear para el abogado importantes responsabilidades penales[705], que según el artículo 199.2 CP puede llegar hasta cuatro años de prisión.

Por lo que respecta a la normativa supranacional, la confidencialidad de las conversaciones abogado – cliente se intrinca en el artículo 8 CEDH, que configura el derecho al respeto a la vida privada y familiar, si bien, lógicamente, se encuentra también estrechamente relacionado con el derecho a un proceso equitativo que emana del artículo 6 CEDH.

Por su parte, la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad establece en el artículo 4 un mandato para que los Estados miembros respeten la confidencialidad de las comunicaciones entre los sospechosos o acusados y sus letrados, lo que según el precepto incluye la correspondencia, las conversaciones telefónicas y otras formas de comunicación permitidas según la normativa nacional.

4.3.3 Tendencia legislativa a la limitación del secreto profesional.

En los últimos años se observa una creciente tendencia hacia la limitación del secreto profesional. Paradigmático de ello es la normativa relativa al blanqueo de capitales, claramente destinada a, entre otras cuestiones, constreñir el secreto profesional[706], al menos según lo conocíamos hasta la fecha.

[705] MAGRO SERVET, V., "Praxis sobre el secreto profesional del abogado hacia su cliente", *Diario La Ley*, nº 9102, Sección Doctrina, 19 de diciembre de 2017.

[706] SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Abogados y sociedades cotizadas… ob. cit. pág. 8, señala como origen de la limitación del secreto a resultas de la normativa referente al blanqueo de capitales "*que en la persecución de nuevos tipos de delincuencia económica se viene incidiendo en la habitual participación de ciertos abogados, lo que lleva a dictar reglas que están claramente orientadas a abordar las características especiales de la intervención profesional de éstos*". Se trata de un ejemplo más de lo que GOENA VIVES, B., "El secreto profesional del abogado… ob. cit. pág. 20, califica como "*la comprensión del letrado como un «cuasi-funcionario» con deberes positivos especiales de colaboración*".

Así, por influjo europeo[707], los abogados aparecen entre los profesionales a los que se les impone obligaciones destinadas a la evitación del blanqueo de capitales: identificación de clientes; conservación de la documentación acreditativa del cumplimiento de las obligaciones relacionadas con el blanqueo; examen especial de determinadas transacciones cuando puedan ser constitutivas de blanqueo (en particular, las operaciones o pautas de comportamiento complejas, inusuales o sin un propósito económico o lícito aparente, o que presenten indicios de simulación o fraude); comunicación e información al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias de las operaciones con indicios de blanqueo; abstención de realización de operaciones y reserva, y ello en los supuestos en que el letrado participe en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales; la gestión de fondos, valores u otros activos; la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores; organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación; el funcionamiento o la gestión de fideicomisos («trusts»), sociedades o estructuras análogas; o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria (artículo 2.1.ñ de la Ley de prevención de blanqueo de capitales). No obstante, el deber de abstención en la participación en determinadas operaciones, el de comunicar indicios de blanqueo de capitales, y la colaboración con la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias y con sus órganos de apoyo, no resultarán de aplicación a los abogados cuando intervengan para defender a un cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluso cuando el asesoramiento se refiera a la incoación o la forma de evitar un proceso.

La difícil delimitación entre el secreto profesional y la normativa de blanqueo de capitales ha dado lugar a pronunciamientos de los Tribunales Europeos. A este respecto, como se deduce de la

[707] Nos llegamos ya nada menos que por la quinta Directiva, la Directiva (UE) 2018/1673 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de octubre de 2018 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho pena. Esta pretendida limitación no se produce exclusivamente en nuestro entorno, destacando SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Abogados y sociedades cotizadas… ob. cit. pág. 8 que, en Estados Unidos, a raíz de los escándalos financieros producidos en el seno de la crisis de 2008, se van acortando los límites del *privilege*, apuntando el autor: "*estamos ante una genuina tendencia, que se inicia a finales de los años 90 y que llega hasta la actualidad, cuyos efectos son una clara erosión de los privilegios que tutelaban la relación entre un abogado y su cliente y que alcanzaban algunas de las garantías constitucionales básicas*".

STEDH de 6 de diciembre de 2012, *Michaud c. Francia* [708], así como la STJUE de 26 de junio de 2007, *Ordre des Barreaux Francophones et Germanophone* y otros, C-305/05[709], las obligaciones intrínsecas al blanqueo de capitales son compatibles con el secreto profesional en tanto se produzcan en un contexto en que el letrado no esté ejerciendo la defensa del cliente en el curso de un procedimiento iniciado o de previsible iniciación[710].

La tendencia de coartar el secreto se esboza también en el ámbito tributario. Resulta destacable la Ley 10/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en transposición de la Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información. Mediante este texto, que transpone a nuestro ordenamiento la Directiva conocida como DAC 6, se impone la obligación (inclusive a los abogados, y asesores fiscales, respecto a sus clientes) de poner en conocimiento de las autoridades fiscales determinados "*mecanismos transfronterizos de planificación fiscal potencialmente agresiva*". Al respecto, la Abogacía Española ha presentado un recurso contencioso – administrativo frente al Real Decreto 243/2021, de 6 de abril Real Decreto 243/2021, de 6 de abril, por el que se modifica el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, en transposición de la Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE, por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información, instando además su suspensión cautelar, pues, en la práctica, defiende los abogados,

[708] ECHR:2012:1206JUD001232311. Para un análisis más detallado de esta resolución vid. COCA VILA, I., "El abogado frente al blanqueo de capitales ¿Entre Escila y Caribdis? Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 12323/11) Caso Michaud contra Francia.", *InDret* 4/2013, octubre de 2013, o GONZÁLEZ PASCUAL, M., "Secreto profesional de los abogados y blanqueo de capitales: La normativa de la Unión ante el TEDH. Comentario a la Sentencia del TEDH Michaud c. Francia, de 6 de diciembre de 2012", *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 101, mayo-agosto 2014, págs. 381-404.

[709] ECLI:EU:C: 2007:383.

[710] Los pronunciamientos europeos parten indefectiblemente de que el derecho de defensa no tiene un carácter absoluto. No obstante, algunos autores defienden la primacía del secreto frente a cualquier clase de limitación, al menos en España, sobre la base de su reconocimiento constitucional. En este sentido, FARALDO CABANA, P., "Los profesionales del derecho ante el blanqueo de bienes: Prevención del blanqueo y secreto profesional. El ejercicio de la profesión como conducta típica de blanqueo", *Revista de Derecho y proceso penal*, nº. 16, 2006, págs. 23-24.

la inclusión de los letrados en la condición de "intermediarios", según el Reglamento, puede obligarles a denunciar a clientes, vulnerando así el secreto profesional[711].

En la búsqueda del fundamento normativo de estas limitaciones al secreto profesional, GOENA VIVES, apoyándose en abundante doctrina, lo ubica en la concepción del abogado como un colaborador de la justicia, obligado con su cliente, pero también con deberes derivados de su posición de garante de la tutela judicial efectiva[712].

4.3.4 Contenido del secreto profesional.

La STS núm. 974/2012 de 5 de diciembre, con cita de resoluciones del TEDH – STEDH de 5 de octubre de 2006, *Marcello Viola c. Italia*[713] – señala que la confidencialidad de las conversaciones entre el defendido y su letrado forma parte del derecho a un proceso equitativo, estando relacionada, además, con el derecho a la intimidad. Solo por razones muy poderosas se ha admitido por el TEDH restricciones a este derecho sin las cuales toda interferencia implicaría una violación del art.6.3.b) CEDH (STEDH de 31 de enero de 2002, *Lanz c. Austria*[714])

BAJO FERNÁNDEZ[715] destaca los siguientes aspectos característicos del secreto:

1. Se protegen las comunicaciones entre abogado y cliente, no los hechos subyacentes.

2. La comunicación debe ser confidencial. La presencia de terceros no cubiertos provoca la perdida de ese carácter.

---

[711] (https://www.eleconomista.es/legislacion/noticias/11257409/06/21/La-Abogacia-reclama-al-Tribunal-Supremo-la-suspension-cautelar-del-nuevo-reglamento-de-inspeccion-tributaria-que-les-obliga-a-denunciar-a-sus-clientes.html última visita 12/06/2021).

[712] GOENA VIVES, B., "El secreto profesional del abogado… ob. cit. pág. 5, afirma que "*Desde un punto de vista sistemático y coherente con el CP, la profesión de abogado se vincula — o debería vincularse— con la tutela judicial efectiva y, solo en tal medida, depender de los intereses del cliente. Es decir, los compromisos derivados de la posición de garante organizativa que el abogado asume al ser contratado encuentran su límite en su condición institucional de agente de la Administración de Justicia*".

[713] ECLI:CE:ECHR:2006:1005JUD004510604.

[714] ECLI:CE:ECHR:2002:0131JUD002443094, aptdo. 52.

[715] BAJO FERNÁNDEZ, M., "Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica" en BAJO FERNÁNDEZ, M; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J, y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal,* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016, págs. 313-362, págs. 332-335.

3. Las comunicaciones a otras personas en misma situación también están protegidas (situación de codefensa) si bien es recomendable un acuerdo de confidencialidad escrito.

Las tres concreciones antes señaladas por BAJO FERNÁNDEZ constituirían lo que GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO denomina garantía material del secreto profesional, que provoca "*el carácter reservado de los hechos y excluye la intervención de comunicación y el descubrimiento de lo comunicado a terceros y por terceros, incluidos los jueces, también en el ámbito de la investigación penal, y ello durante la transmisión del mensaje como después de su recepción por el destinatario"*[716]. Esta *protección* implica para el autor que el abogado no debe poner en conocimiento de terceros los hechos conocidos por el ejercicio de su profesión, y que igualmente el material de trabajo elaborado durante la prestación del servicio quedaría también salvaguardado[717].

4.3.5 Personas jurídicas y secreto profesional.

4.3.5.1 Sujetos amparados por el secreto profesional de las personas jurídicas.

No generando dudas que, al igual que el derecho de defensa se extiende a las personas jurídicas, también les resulta de aplicación la confidencialidad de las conversaciones mantenidas con su letrado, debe comenzarse por determinar las comunicaciones de qué miembros de la entidad se hallan afianzadas por el secreto profesional.

Ante el páramo regulatorio y, de momento, el mismo silencio jurisprudencial, la doctrina se ha visto abocada a acudir a lo establecido en otros países.

Analizando la jurisprudencia de Estados Unidos, GIMENO BEVIÁ[718] apunta las tres grandes teorías existentes sobre los sujetos de la organización amparados bajo la confidencialidad del ente:

[716] GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "El secreto profesional del Abogado… ob. cit. pág. 25.
[717] GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "El secreto profesional del Abogado… ob. cit. pág. 26. BAJO FERNÁNDEZ, M., "Derechos procesales fundamentales… ob. cit. pág. 335, también incluye el *work product* entre el contenido del secreto profesional.
[718] GIMENO BEVIÁ, J., "El proceso penal de las… ob. cit. págs. 153-158. Igualmente se refieren a la jurisprudencia de Estados Unidos para analizar el alcance subjetivo del secreto NEIRA PENA, A.M, "La persona jurídica como parte pasiva… ob. cit. pág. 443; y SIGNES DE MESA, J.I, "La independencia de los abogados… ob. cit. pág. 1.

La primera es la conocida como "*The Control Group Test"*[719], en virtud de la cual los miembros de la persona jurídica protegidos son los pertenecientes al grupo de decisión de la entidad. Como resume el autor, quedarían salvaguardadas las personas que formen parte sustancial en las decisiones relativas a los actos que pueda llevar a cabo la empresa con el asesoramiento del abogado, así como los individuos, que probablemente tengan la condición interna de directivos, integradas en el grupo de autoridad del ente. En todo caso, conviene aclarar, en cuanto a los sujetos pertenecientes a este grupo de control, que el secreto profesional les ampararía en lo relativo a su condición de gerentes de la sociedad, no a título particular. Al respecto, la STEDH de 19 de noviembre de 2020, *Klaus Müller c. Alemania*[720], trató un supuesto en que se instó a un abogado que asesoró a una entidad a que, años después de que la mercantil fuera liquidada, testificará contra los directivos de la empresa, negándose el letrado en base al secreto profesional, lo que provocó que se le impusieran sanciones pecuniarias. El TEDH niega el amparo solicitado por el abogado, articulado por la supuesta vulneración del artículo 8 CEDH dado que, como establecieron los tribunales alemanes, y así lo asume el TEDH, la relación contractual existía únicamente entre el abogado y la corporación, de tal forma que solo la persona jurídica estaba protegida por la confidencialidad, no así sus gerentes.

La segunda teoría, conocida como "*The Suject Matter Test"*[721], nació ante la constatación de que "*The Control Group Test*" dejaba fuera del ámbito de aplicación del secreto a miembros cuyas comunicaciones era necesario preservar para asegurar la correcta protección de la confidencialidad del ente. Para esta corriente, lo decisivo es el contenido de la comunicación, que estará protegida si busca asesoramiento del abogado sobre cuestiones relativas al desempeño del solicitante en la entidad.

La tercera teoría, asentada en virtud del caso Upjohn[722], y conocida como "*caso por caso*", consigna que, aunque resulte posible establecer una norma general aplicable a cualquier supuesto, es necesario estudiar cada concreta casuística. En el asunto enjuiciado, el tribunal consideró los siguientes elementos: las comunicaciones protegidas *"(1) iban dirigidas al abogado de la*

[719] Philadelphia v. Westinghouse Elec. Corp, 210 F. Supp 483, 6 Fed.R.Serv.2d. 624 (E.D Pa.1962)
[720] ECLI:CE:ECHR:2020:1119JUD002417318.
[721] Harper & Row Publishers, Inc v Decker, 423 F.2d 487, 13 Fed. R. Serv. 2d 984, 9 A.L.R Fed 674 (7 Cir. 1970) judgement aff' d by equally divided Court 400 U.S 348, 91, S. Ct. 479, 27L. Ed 433 (1971).
[722] Upjohn Co. V United States 499 U.S, 383, 1981.

empresa, (2) por parte de los empleados (3) trataban cuestiones relativas al ámbito de su trabajo (4) y los empleados eran conscientes de que la finalidad de su interrogatorio era que la empresa obtuviera asesoramiento legal"[723].

En mi opinión, el criterio más adecuado exige atender al contenido de la información como *piedra de toque* para determinar si está protegida por el secreto. Esto posibilita, a la vez, una correcta protección del derecho sin hipertrofiar sus límites. Por lo tanto, si está relacionada con una solicitud de asesoramiento, de carácter extrajudicial[724] o surge ya con ocasión de un proceso, la información o documentación debe quedar protegida por el secreto profesional (independientemente del puesto que en el organigrama ocupe el sujeto afectado), permitiendo así excluirla de miradas ajenas no expresamente autorizadas por la persona jurídica.

4.3.5.2 Confidencialidad abogado – cliente: momento de inicio y aplicabilidad a los abogados internos.

a) Punto de partida.

El secreto profesional ha estado indefectiblemente unido a la pendencia de un procedimiento judicial, o su inminencia, de ahí que, como he indicado, tanto la doctrina como la jurisprudencia hayan ubicado su principal fundamento en la correcta salvaguarda del derecho de defensa.

Surge así, en el ámbito del cumplimiento normativo, el interrogante de si todas esas actuaciones internas llevadas a cabo para el diseño, implantación y mejora del modelo de prevención penal – esto es, muy anteriores a la incoación de un proceso – quedan protegidas por el secreto o, por el contrario, resultan accesibles a las autoridades. Dos son los aspectos que considerar:

b) Comunicaciones relacionadas con el objeto de un procedimiento. El caso *AM & S Europe Limited*.

Para el correcto abordamiento de la cuestión lo primero que corresponde es determinar si las comunicaciones orales y escritas realizadas entre la empresa (por medio de cualquiera de sus miembros) y el letrado (interno o externo, de eso me ocuparé en la siguiente letra de este epígrafe)

[723] GIMENO BEVIÁ, J., "El proceso penal de las… ob. cit. pág. 158.
[724] Con las concreciones que se dirán en el siguiente aptdo.

que coadyuven en la instauración, supervisión, vigilancia y control del modelo de organización y gestión penal, quedarían protegidas por el secreto profesional cuando no se ejecutan con la excusa de un proceso.

La respuesta la hallamos en la STJUE de 18 de mayo de 1982, *AM & S Europe Limited*, C - 155/79[725].

La resolución, más conocida por su condición de antecedente jurisprudencial del caso *Azko*, tuvo su origen en una inspección, por supuesta infracción del derecho de la competencia, en la cual la Comisión Europea obtuvo documentación que podría estar protegida por el *legal profesional privilege*, según defendía la *afectada*, *AM & S Europe Limited*. La sentencia, en sus aptdos. 20 a 24, resolvió la controversia estableciendo dos parámetros para determinar si una comunicación tenía el privilegio de la confidencialidad. Primero, tras subrayar la relación del *privilege* con el derecho de defensa, apuntó que (aptdo. 23) "*ampara de pleno Derecho cualquier correspondencia mantenida una vez ya incoado el procedimiento administrativo (...). La protección deberá extenderse igualmente a la correspondencia anterior relacionada con el objeto de dicho procedimiento"*[726]. Segundo, y que trataré exhaustivamente al analizar el c*aso Azko*, es que las comunicaciones protegidas son las efectuadas con (aptdo. 21) "*abogados independientes, es decir, no vinculados a su cliente mediante relación laboral*".

Sobre el aspecto de que la comunicación esté relacionada con la materia u objeto de un ulterior procedimiento, apunta GIPPINI-FOURNIER[727] que se le pueden dar dos lecturas. Una, consistiría en exigir que la comunicación haya sido realizada con ocasión de un procedimiento. La otra, más anudada a la literalidad de la resolución, requeriría que los documentos contengan información vinculada con la presunta infracción[728].

[725] ECLI:EU:C:1982:157.
[726] Esta es la traducción oficial de la Sentencia (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61979CJ0155), si bien, atendiendo al texto original considero que sería más fidedigno traducirlo del siguiente modo: "*La protección deberá extenderse igualmente a la correspondencia anterior relacionada con LA MATERIA de dicho procedimiento".*
[727] GIPPINI-FOURNIER, E., "Legal Professional Privilege… ob. cit. págs. 43-44.
[728] En relación con esta cuestión, dice GALBE TRAVER, G., "El secreto profesional del abogado… ob. cit. pág. 2 que en el marco de las relaciones abogado – cliente, la "*litigiosidad existe siempre en potencia*".

Desde la perspectiva del *compliance*, dada la íntima relación de las comunicaciones preparatorias del modelo de prevención penal con el objeto de un ulterior procedimiento; que resultan necesarias para la implantación, vigilancia y control del *compliance program* (por lo tanto, estarán relacionadas con *el objeto/la materia* de la que tratará un hipotético proceso, la responsabilidad penal del ente); y que, desde la visión de la normativa española, el deber jurídico de instaurar un modelo de organización y gestión de los riesgos penales tiene patente proyección procesal, considero que toda la correspondencia habida entre el abogado, y la empresa, referida al cumplimiento normativo, queda amparada por el secreto profesional.

En esta línea se pronuncia igualmente BAJO FERNÁNDEZ, para quién tanto la elaboración del modelo, como las investigaciones internas incoadas al detectarse infracciones, estarían bajo la cobertura de la confidencialidad abogado – cliente, aunque, en base a lo que ahora trataré, el autor recomienda que intervengan abogados externos[729].

Por su parte, LIÑÁN LAFUENTE[730], para contestar esta cuestión divide las funciones del *compliance officer* en tres grupos: preventivas y de supervisión; investigaciones confirmatorias ante la recepción de noticias de infracciones con riesgo penal; o investigaciones defensivas, destinadas a lograr indicios del debido control empresarial. Según el autor, si estas labores son efectuadas por un abogado colegiado, los documentos y comunicaciones generadas estarían protegidas por el secreto profesional.

c) Exclusión del *privelege* respecto a los abogados internos. El caso *Azko*.

El caso *Azko*[731] constituye sin duda uno de los asuntos más paradigmáticos de entre los resueltos por el TJUE.

En similar sentido que el caso *AM & S Europe Limited*, el origen de la disputa fue una inspección mediante la que se ordenó a la mercantil *Akzo* y a sus filiales que se sometieran a verificaciones con arreglo al artículo 14, aptdo. 3, del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, con la finalidad de recabar pruebas de eventuales prácticas colusorias. Durante la indagación, los

[729] BAJO FERNÁNDEZ, M., "Derechos procesales fundamentales… ob. cit. pág. 336.
[730] LIÑÁN LAFUENTE, A., "La responsabilidad penal del compliance officer … ob. cit. págs. 133-134.
[731] STJUE de 14 de septiembre de 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akcros Chemicals Ltd*, C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512.

funcionarios de la Comisión Europea hicieron copia de numerosos documentos, algunos de los cuales, según representantes de las demandantes, podían estar amparados por la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes.

Concretamente, como se detalla en la STJUE, uno de los documentos controvertidos era una serie de notas manuscritas del director general de Akcros que, según las demandantes, fueron redactadas con ocasión de conversaciones mantenidas con empleados, y utilizadas para la elaboración de un memorando, así como dos correos electrónicos entre el director general de Akcros y el coordinador de Akzo para el Derecho de la competencia (este último abogado inscrito en un Colegio de Abogados neerlandés) que, en el momento de producirse los hechos, pertenecía a los servicios jurídicos de Akzo y, en consecuencia, estaba empleado de forma permanente por dicha empresa.

El 8 de mayo de 2003, la Comisión Europea adoptó la Decisión C (2003) 1533 final, por la que denegaba la solicitud de protección de los documentos controvertidos.

Formulado el correspondiente recurso de casación ante el TJUE, señaló el Alto Tribunal, resumiendo la doctrina emanada del caso *AM & S Europe Limited* (aptdo. 41), que para gozar del privilegio de la confidencialidad, eran necesarios dos requisitos acumulativos: "*que debe tratarse de correspondencia vinculada al ejercicio de los «derechos de la defensa del cliente», y, por otra parte, que debe tratarse de «abogados independientes», es decir, «no vinculados a su cliente mediante una relación laboral»*". Ya en el aptdo. 45, señalaba el TJUE que "*el concepto de independencia del abogado se determina de manera no solo positiva, tomando como referencia las obligaciones derivadas de la disciplina profesional – sino también negativa– haciendo hincapié en la inexistencia de una vinculación mediante una relación laboral*". Los abogados internos, dice la resolución en el aptdo. 47, tienen la condición de asalariados, estando ligados a la estrategia empresarial de la entidad, lo que según el TJUE pone "*en entredicho su capacidad para actuar con independencia profesional*". Por estos motivos, concluye la resolución (aptdo. 49) que "*el abogado interno no goza de una independencia profesional comparable a la de un abogado externo*", por lo que las comunicaciones intervenidas en el asunto enjuiciado no estarían amparadas por el privilegio.

La resolución europea, que ha generado ríos de tinta[732], implica que, al menos a nivel comunitario, la correspondencia entre los abogados *in house* y otros miembros de sus empresas empleadoras no se consideren amparadas por el secreto profesional.

Aunque la sentencia *Azko* cae en cierto rigorismo formal – niega el *privelege* por la mera condición de abogado *in house* – existen motivos materiales que justifican la exclusión del secreto a los letrados internos[733] y que además resultan de especial aplicación en el ámbito del *compliance*. GOENA VIVES[734] apunta como principales argumentos para descartar la aplicación del *privilege* en los abogados internos que, en el seno de las crecientes obligaciones internas de la actividad empresarial, "*la protección del privilege no es tan necesaria en el marco de la empresa. Y aun más: que, en la práctica, los abogados in-house no son garantía de que vayan a cumplirse* [las obligaciones internas de compliance, se refiere la autora]*, sino lo contrario"*. Sustenta esta aseveración la autora, citando a LANGEVOORT[735], en que los abogados internos tienen sesgos cognitivos y volitivos que los llevan a percibir las obligaciones de *compliance* desde su propio interés, y sin ser proactivos, principalmente a resultas de una dependencia con su *cliente* que les impide apreciar correctamente los riesgos en que este incurre. Además, señala que las políticas de incentivos de las entidades suelen favorecer más a los *naysayers*[736] de las conductas peligrosas que a los que tienden a evitarlas. Por estos motivos, concluye GOENA VIVES: "*proteger al in-house – y por ende, su privilege –, podría, en último término, dificultar la prevención y la perseguibilidad de la delincuencia empresarial"*.

---

[732] Casi de forma unánime para criticarla, vid. GALBE TRAVER, G., "El secreto profesional del abogado…, págs. 1-3; o RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "El secreto profesional del abogado interno y la STJUE Akzo de 14 de septiembre de 2010", *Diario La Ley*, nº 7668, Sección Doctrina, 7 de Julio de 2011, Año XXXII, Ref. D-282, por citar algunas obras.

[733] Es innegable que subyace en la sentencia analizada cierta tendencia a pensar que la dependencia económica del abogado interno es necesariamente superior que la sufrida por el externo, lo cual no es siempre cierto. Como dice DEL ROSAL GARCÍA, R., "Un secreto a voces", *Expansión*, 6 de diciembre de 2010 (https://www.expansion.com/2010/12/06/opinion/tribunas/1291668112.html última visita 19/06/2021) "*si el abogado interno tendrá dificultades para renunciar a la defensa en tales circunstancias, lo será por dependencia económica personal —que no laboral— de su único cliente. Exactamente la misma dependencia que tiene el abogado externo de sus clientes "únicos" y ambos por la alta competencia imperante en el mercado. De modo que siendo causalmente idéntico su común y eventual riesgo de quebrantar la obligación de independencia, injustificado resulta distinguirlo y más aún en detrimento del interno, cuyo contrato laboral lo protege del cese con más intensidad que al abogado externo su contrato civil*".

[734] GOENA VIVES, B., "El secreto profesional del abogado… ob. cit. págs. 17-21.

[735] LANGEVOORT, D., "Getting (Too) Confortable: In-house Lawyers, Enterprise Risk and the Financial Crisis", *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper,* Nº. 11-135.

[736] Detractores.

En todo caso, la correcta solución de la discusión sobre la confidencialidad y los abogados internos puede residir, como establece GOENA VIVES, en clasificar las diferentes tipologías de comunicaciones habidas entre los abogados internos y la entidad. Según la autora, la intervención letrada se puede producir en tres escenarios: *"«institucionalización máxima», serían los casos de defensa procesal defensa y representación técnica, en los que prevalece el deber/derecho de confidencialidad del abogado, precisamente porque éste garantiza la tutela judicial efectiva"*. En el extremo opuesto encontraríamos la "*desinstitucionalización*", en que el letrado no lleva a cabo labores propiamente de defensa, sino de asesoramiento (gestión de negocios, secretaría de sociedad, constitución de sociedades, etc.), supuestos en que, para la autora, no operaría el *privilege*. Como punto intermedio en que precisamente se producen más problemas interpretativos, estaría la *"«institucionalización mínima», en las que el abogado actúa como asesor jurídico. Se trata de supuestos en los que el abogado informa al cliente para establecer el conjunto de derechos y obligaciones y las consecuencias que de ellos deriven para un sujeto cuando concurren unas circunstancias y hechos específicos"*[737].

A nivel regulatorio, al menos en lo que respecta a España[738], no existe diferencia entre letrados internos y externos (ambos están arrogados de absoluta independencia), si bien, dada la necesaria perspectiva europea que requiere en nuestro tiempo el tratamiento de cualquier asunto, ya sea de carácter extrajudicial o a nivel procesal, es irremediable aconsejar que para asegurar la confidencialidad se empleen abogados externos[739]. En definitiva, las ventajas defensivas que le

[737] GOENA VIVES, B., "El secreto profesional del abogado… ob. cit. pág. 21.

[738] Como se constata en el aptdo. 72 de la sentencia *Azko*: "*todavía existe un gran número de Estados miembros que excluyen a los abogados de empresa de la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Por otro lado, el referido examen revela que un número considerable de Estados miembros no permite que los abogados de empresa se inscriban en los Colegios de Abogados y, por lo tanto, no les atribuyen la condición de abogados*." Resume SIGNES DE MESA, J.I, "La independencia de los abogados… ob. cit. pág. 17: "*la mayoría de los Estados miembros consideran que no existe posibilidad de compatibilidad entre el ejercicio de la profesión de abogado y la del abogado de empresa. Así lo conciben, entre otros, Estados como Francia, Italia, Grecia, Suecia, Luxemburgo y la República Checa. En esencia, todos éstos interpretan que el abogado de empresa pierde su carácter independiente al estar sometido a una relación laboral. Por consiguiente, si un abogado externo desea ejercer las funciones de un jurista de empresa, ha de suspender su colegiación en la asociación profesional correspondiente. De igual manera, si un abogado interno desea colegiarse, tendrá, por el contrario, que abandonar sus funciones en la empresa*."

[739] Así lo entiende casi de forma unánime la doctrina, por todos, GASCÓN INCHAUSTI, F., "Proceso Penal y persona jurídica… ob. cit. pág. 143. En base a esto el CGAE señala en su Informe 4/2018 sobre de nuevo sobre el abogado como responsable de cumplimiento normativo ("*compliance officer*") que (pág. 3) si el abogado "externo" se contrata solo para su función como *compliance officer,* aunque medie contrato laboral no existiría peligro para el secreto profesional o conflicto de interés. En mi opinión, la contratación laboral del letrado, existiendo alternativas plausibles

otorga a la persona jurídica la protección de su documentación interna bajo el pábulo del secreto profesional son patentes. En palabras de GIMENO BEVIÁ: "*resultará harto complicado para las autoridades judiciales investigar a una sociedad que mantiene toda su información cubierta bajo el secreto profesional*"[740].

4.4 Conflictos de interés en la defensa técnica de la persona jurídica y el autor individual.

La posible concurrencia de conflictos de interés entre la defensa técnica de la persona jurídica y la del autor material del ilícito ha sido puesta de manifiesto por el TS desde sus primeras resoluciones sobre la responsabilidad corporativa, como he tenido oportunidad de tratar en el capítulo 3 de este trabajo (aptdo. 3.4.3.5).

Concretamente, el Alto Tribunal, en la ya extractada Sentencia núm. 154/2016 de 29 de febrero, exponía la problemática centrándola especialmente en las situaciones de *choque* entre los intereses de la persona que en principio debería ostentar en el proceso la representación de la sociedad cuando, además, estuviera imputada a título particular como responsable individual del delito. En estas disyuntivas, la toma de decisiones por la persona física es probable que esté movida por la búsqueda del interés particular, en detrimento de la situación procesal de la persona jurídica.

Ese riesgo se multiplica exponencialmente si confluye una única dirección letrada que, entre otras consecuencias, imposibilitará el seguimiento de estrategias contrapuestas muy comunes: la persona jurídica culpando al autor individual; la persona física achacando el ilícito a los mecanismos de control del sujeto colectivo y negando su responsabilidad.

Aunque otras resoluciones previas[741] hacen referencia concreta al conflicto de interés encarnado en el abogado que defiende a la persona física y a la jurídica, la STS más clarificadora sobre la materia es la núm. 123/2019 de 8 marzo.

---

que le permiten estar en situación similar a la que genera la ajenidad, resulta absolutamente innecesaria y sí que pone en riesgo el privilegio de la confidencialidad.

[740] GIMENO BEVIÁ, J., "El proceso penal de las… ob. cit. pág. 143. En similar sentido, LIÑÁN LAFUENTE, A., "La responsabilidad penal del compliance officer … ob. cit. pág. 129, apunta respecto a los programas de cumplimiento normativo penal que "*este método de autorregulación genera mucha documentación sensible y confidencial, que puede ser utilizada, tanto a favor de la persona jurídica, como en contra de la misma y su personal*".

[741] STS núm. 583/2017 de 19 julio y STS núm. 668/2017 de 11 octubre, principalmente.

En el supuesto enjuiciado, durante la instrucción se estimó la confluencia de un conflicto que justificaba que la sociedad estuviera representada por sujeto distinto de la persona física contra la que también se dirigía la imputación como responsable del delito presupuesto. No obstante, para el juicio oral, erróneamente, la persona jurídica fue citada mediante el sujeto respecto al que precisamente se había apreciado el conflicto (acusado también a título personal), llamando como testigo al que durante la instrucción había sido designado como representante especial.

El TS apreció que, como se denunciaba en el recurso de casación, la persona jurídica sufrió indefensión al haberse visto privada de declarar en el plenario, y de ejercer su derecho a la última palabra, señalándose concretamente respecto al objeto de estudio de este epígrafe que, además de las vulneraciones procesales antedichas, "*la persona jurídica y el acusado persona física comparecían representados por el mismo Procurador y defendidos por el mismo Letrado, lo cual parece difícilmente compatible con la contraposición de intereses ya apreciada en la instrucción y que había dado lugar a la designación de un representante especial y distinto del otro acusado, sin que se constate ningún suceso que la hubiera hecho desaparecer*.", lo cual, dice la Sentencia, pudo haber contribuido a causar un "*déficit en la defensa*." Ante esta situación, se acuerda que la "*anulación de la sentencia y del juicio oral se extiende a ambos acusados*[742]*, debiendo celebrarse un nuevo juicio en el que sea citado correctamente el representante especialmente designado por la persona jurídica, debiendo facilitarse la posibilidad de que la persona jurídica pueda designar nuevos Procurador y Letrado, diferentes de los que representen y defiendan al acusado Amador, designándose de oficio, si fuera pertinente*".

Se establece así, como criterio del Tribunal que, en los supuestos en que se estimen posibles situaciones de conflicto y los representantes de la persona jurídica no designen a un letrado distinto al que defiende al autor individual, el Juzgado *de turno* debe asegurar la defensa plena de la

[742] La extensión de la nulidad a ambos acusados se justifica, según GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La posición de garante penal de las personas jurídicas: a propósito de la sentencia del TS de 8 de marzo de 2019", *La Ley Penal*, nº 140, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, Septiembre-Octubre 2019, pág. 12, por los siguientes motivos "*la Sentencia comentada concluye que la nulidad de la resolución de instancia no debe abarcar solo la nulidad de la condena de la persona jurídica manteniendo la condena de la persona física, puesto que dicha solución tendría como resultado que se considerara acreditada la comisión de un delito cometido por la persona física —que la persona jurídica no había tenido oportunidad de discutir en el Plenario–. De ahí que, siendo posible su enjuiciamiento conjunto, para evitar la indefensión que a la persona jurídica le generaría el no haber podido participar en el debate sobre la comisión del delito por la persona física, la Sentencia de 8 de marzo de 2019 extiende la anulación de la Sentencia y del juicio oral a ambos: persona física y persona jurídica*".

corporación mediante la asignación de un letrado de oficio. La decisión jurisprudencial no resulta baladí, como bien subraya GÓMEZ-JARA DÍEZ, estableciéndose como objetivo el "*proteger a la persona jurídica de la indefensión material que le genera la defensa por quien defiende al mismo tiempo a la persona física*"[743].

Se trata en la práctica de una excepción o matiz al derecho a la libre designación del letrado, refiriendo GÓMEZ-JARA DÍEZ diversa jurisprudencia que apuntala el derecho a nombrar un profesional de confianza como pilar básico del derecho de defensa. Cabe destacar la STC núm. 162/1999, de 27 de septiembre: "*la confianza que al asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas de su Letrado ocupa un lugar destacado en el ejercicio del derecho de asistencia letrada cuando se trata de la defensa de un acusado en un proceso penal, por ello hemos reconocido que "la libre designación de éste viene integrada en el ámbito protector de éste*"".

Para evitar este tipo de problemáticas, GÓMEZ COLOMER[744] aboga por que la persona jurídica no pueda, nunca, compartir letrado con las demás partes.

Aunque el TS parece hacer residir solo en los juzgados de instancia la responsabilidad en la evitación de situaciones de contraposición, el propio letrado conflictuado, en cumplimiento de las normas de su oficio, está en situación de impedir la indefensión que supone representar intereses potencialmente enfrentados. Así, según establece el artículo 12.C.1 del Código Deontológico de la Abogacía, el letrado "*no podrá desempeñarse la defensa o el asesoramiento de intereses contrapuestos con otros que se esté o haya estado defendiendo o asesorando, o con los propios, ya que la lealtad hacia el cliente es principio fundamental de la Abogacía*.", señalándose en el 12.C.2 que "*En el caso de conflicto de intereses entre dos o más clientes, deberá renunciar a la defensa o al asesoramiento de ambos, para la obligada preservación de la independencia, salvo autorización expresa de todos para intervenir a favor de cualquiera de ellos*."

Por lo tanto, es obvio que tanto los tribunales como los profesionales designados deben prestar especial atención a este aspecto y, ante el menor atisbo de disparidad de estrategias, establecer defensas técnicas separadas.

[743] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La posición de garante penal… ob. cit. pág. 13.
[744] GÓMEZ COLOMER, J.L., "Introducción: La responsabilidad penal… ob. cit. págs. 41-42.

CAPÍTULO 5. EL DERECHO A NO INCRIMINARSE DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

5.1 Planteamiento.

El derecho a no incriminarse es el instrumento procesal más útil en la defensa corporativa[745]. Merece por ello un capítulo separado en este trabajo[746].

Para la fijación de sus contornos, el casi inevitable punto de partida[747] es la jurisprudencia emanada del TEDH, de ahí que, una vez referida la definición, fundamento y regulación en España, los siguientes pasos del capítulo se encaminen a la interpretación que el Tribunal de Estrasburgo ha realizado de esta prerrogativa. Tras ello, analizaré la influencia de los pronunciamientos del TEDH en los textos comunitarios y en la jurisprudencia nacional[748].

En particular, debo confesar de antemano – ello ayudará a un mejor seguimiento del capítulo – que sus dos objetivos principales, de los que me ocuparé con mayor detenimiento en los últimos epígrafes, serán, por un lado, esclarecer qué documentos internos de la persona jurídica deberán entregarse a requerimiento de las autoridades de investigación y, por otro, determinar los sujetos – personas físicas – de la entidad que pueden escudarse en el derecho a no incriminarse de la

[745] NIEVA FENOLL, J., "Derecho Procesal III… ob. cit. pág. 167, afirma (englobando en el derecho a guardar silencio el derecho a no declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable pues, dice, son todos expresiones sinónimas), que "*de todos los derechos que vamos a analizar, probablemente es éste el más esencial para el sospechoso, no solamente en un primer momento, sino a lo largo de todo el proceso penal*".

[746] Permítaseme citar, por su coincidencia con diversos aptdos. de este capítulo, mi artículo "Derecho a no incriminarse en la Directiva (UE) 2016/343 del parlamento europeo y del consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio", *Revista de Estudios Europeos* Nº extraordinario monográfico-1-2017, págs. 65-77.

[747] La ascendencia de la jurisprudencia del TEDH en nuestro país se ha visto si cabe reforzada en virtud del artículo 5 bis LOPJ, introducido mediante la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que establece: "*Se podrá interponer recurso de revisión ante el TS contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión*." En profundidad sobre la situación antes y después de la introducción de este artículo 5 bis LOPJ, vid. GARCÍA MIGUEL, S., "Eficacia de las sentencias del TEDH y su incidencia en el ordenamiento jurídico español", *Actualidad Civil* nº 7-8, Sección Conflicto de leyes y jurisdicción /A fondo, julio de 2020.

[748] Asumo que doy en el capítulo ciertos *saltos* (*de España a Europa, luego vuelta a España*), pero dado el estado de la cuestión, me parece inevitable que el TEDH sea el verdadero hilo conductor del capítulo, no sin antes haber explicado el contexto regulatorio de nuestro país.

persona jurídica para negar la aportación en autos, vía testimonio o unión documental, de elementos con potencial contenido incriminatorio para la corporación[749].

5.2 Definición y fundamento.

La definición del genérico *derecho a no autoincriminarse*[750], denominación comúnmente aceptada en la doctrina procesalista, tiene la dificultad de partida de que en realidad refiere tres derivaciones distintas[751]: el derecho a guardar silencio; el derecho a no declarar contra sí mismo; y el derecho a no confesarse culpable.

El primero por orden cronológico[752], y de carácter pasivo (a diferencia de los otros dos, ya activos[753]), es el derecho al silencio o, simplemente, el derecho a callarse ante las preguntas que se formulen. Como señala ASENCIO GALLEGO, el silencio puede ser total (ante todas las preguntas), o parcial (en relación con aquellas concretas que el encausado no quiera contestar),

[749] LIÑÁN LAFUENTE, A.; AGUILAR FERNÁNDEZ, C., "El secreto profesional del abogado y su aplicación al asesoramiento penal preventivo del compliance officer", en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coord.), *Persuadir y razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo I, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2018, pág. 787-811, pág. 787, apuntan que "*una parte importante del proceso penal consiste en una pugna por conseguir información o documentación por parte del Ministerio Fiscal o la acusación (indicios o evidencias), y la defensa en desarrollar una actividad tendente a comprobar que el flujo de documentación que accede al proceso no ha vulnerado el derecho de defensa de su cliente y que ha sido obtenida sin vulneración de los derechos fundamentales*".

[750] ARANGÜENA FANEGO, C., "El derecho al silencio, a no declarar… ob. cit. pág. 463, refiriéndose al derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable (es decir, dejando fuera el derecho a guardar silencio), apunta que "*en realidad pueden reconducirse a un único derecho fundamental: el derecho a no autoincriminarse*". Vid. Igualmente ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *El derecho a no incriminarse,* Madrid: Civitas, 2015; HERNÁNDEZ BASUALTO, H., ¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 44, Nº. 1, 2015, págs. 217-263. La utilización de un mismo término para los tres derechos ha contribuido sin duda a la confusión que denuncia ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., "El derecho a no incriminarse… ob. cit. pág. 29, apuntando textualmente que "*nos hallamos ante un derecho o garantía que adolece de una notable imprecisión en cuanto a su definición y contenido, y sobre el que se cierne la sospecha de haber recibido el nombre antes que la sustancia*".

[751] Para DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., "Artículo 24: Garantías procesales" en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, Madrid: Edersa, 1996, pág. 107, *"ambos enunciados* [el derecho a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables, se refiere] *proclaman en sustancia un único derecho fundamental, cuyo contenido básico consiste en no realizar declaraciones perjudiciales".*

[752] ARANGÜENA FANEGO, C., "El derecho al silencio, a no declarar… ob. cit. pág. 463, indica que son sucesivos por orden cronológico. En la misma línea, BANACLOCHE PALAO, J., "El derecho a ser informado… ob. cit. pág. 193.

[753] BANACLOCHE PALAO, J., "El derecho a ser informado… ob. cit. pág. 193.

comprendiendo incluso la posibilidad de no aportar datos que faciliten la identificación del deponente[754].

Como siguiente *etapa*, el derecho a no declarar contra sí mismo habilita que el sujeto niegue o no admita hechos o circunstancias relevantes para la causa, que tengan potencial contenido incriminatorio, de ahí que según algunos autores dé pábulo al ya referido *derecho a mentir*.

En tercer lugar, el derecho a no confesarse culpable permite al investigado o acusado abstenerse de realizar cualquier manifestación que suponga asumir la comisión del hecho punible objeto del proceso.

El origen y fundamento tradicional del *nemo tenetur se ipsum accusare* – precisamente, también, el mayor obstáculo para su preconización respecto a las personas jurídicas – se ha ubicado en la evitación de torturas como método para lograr la confesión del acusado en el sistema inquisitivo[755]. Se apunta también como justificación motivaciones de carácter religioso[756] – *las personas solo responden ante Dios* –. Ambas posturas, sin duda, están tan relacionadas con la dignidad de la persona y su libertad individual que no resultan automáticamente extrapolables a los entes colectivos[757].

[754] ASENCIO GALLEGO, J.M., *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa,* Valencia*:* Tirant lo Blanch, 2017*,* pág. 261. Podrá así el procesado, por ejemplo, no contestar a las preguntas que se le formulen al amparo del artículo 388 LECrim. En contra de esta postura debe destacarse la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio que, en el considerando 26, estipula que el derecho a no incriminarse no se aplica a las cuestiones relacionadas con la identificación de los sospechosos y acusados.

[755] TRAINOR, S.A, "A Comparative Analysis of a Corporation's Right Against Self-Incrimination", *Fordham International Law Journal,* Volume 18, Issue 5, 1994, Article 29, págs. 2139-2186, pág.2142, o SERRANO ZARAGOZA, O., "Contenido y límites del derecho… ob. cit. pág. 4.

[756] ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., "El derecho a no incriminarse… ob. cit. pág. 35, cita sobre esta corriente a HELMHOLZ R.H., "Originis of the Privilege against Self-incrimination: the Role of the European Ius Commune", *New York University Law Review*, nº65, octubre de 1990, nota al pie 97, que a su vez estudia las referencias a esta garantía en el Derecho canónico, principalmente autores del S.XVI y XVII.

[757] NIETO MARTÍN, A., BLUMENBERG, A., "Nemo tenetur se ipsum accusare en el Derecho Penal económico europeo." en DÍEZ PICAZO, L., NIETO MARTÍN, A., (Dirs.), *Los derechos fundamentales en el Derecho Penal europeo*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010, págs. 397-419, pág. 409, recuerdan que "*La conexión entre el Derecho a no autoinculparse y la dignidad de la persona es el argumento que conduce al Tribunal Constitucional alemán a negar este Derecho a las personas jurídicas*".

De este modo, su reconocimiento expreso respecto a las personas jurídicas (en los artículos 409 y 786 bis LECrim, como luego analizaré) obedece principalmente al pretendido aseguramiento de dos bienes jurídicos del proceso: el derecho de defensa y la presunción de inocencia.

Por lo que respecta a la presunción de inocencia, señala el TC en, entre otras muchas, la Sentencia núm. 147/2009 de 15 junio[758], que el derecho a no incriminarse impide "*que pueda hacerse recaer en el acusado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación*".

Por su parte el TS, en Sentencia núm. 277/2018 de 8 junio[759] postuló que el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable "*son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable*".

En definitiva, no existiendo dudas sobre que tanto la presunción de inocencia, como el derecho de defensa, son predicables para cualquiera que intervenga como parte pasiva del proceso – también para las personas jurídicas, como expresamente reconoce la STS núm. 154/2016 de 29 de febrero de 2016[760] –, es indiscutible la aplicabilidad del derecho a no incriminarse a las entidades.

5.3 Regulación por el ordenamiento español.

5.3.1 Reconocimiento constitucional como derecho fundamental.

Tanto el derecho a no declarar contra sí mismo como a no confesarse culpable tienen expreso reconocimiento en el catálogo de derechos procesales que establece el artículo 24.2 CE[761]. Por su parte, el derecho a guardar silencio, si bien no viene previsto explícitamente en el referido precepto,

[758] F.D. 2º.
[759] F.D. 42º.
[760] Letra a) del aptdo. 4 del F.D. 8º.
[761] El primer *precedente* constitucional lo hallamos en la Constitución de Cádiz de 1812, cuyo artículo 291 preceptuaba que la declaración del arrestado se haría sin juramento "*que a nadie ha de tomarse en materias criminales sobre hecho propio*".

debe considerarse igualmente de rango constitucional, como derivación del derecho de defensa y a un proceso equitativo[762].

5.3.2 Derecho a no incriminarse según la LECrim.

El artículo 118.1.g) LECrim contempla el derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no se desea hacerlo, y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se formulen, conteniéndose en el 118.1.h) LECrim el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Con idéntico tenor, pero referido a los detenidos, se pronuncia el artículo 520.1 b) y c) LECrim[763].

La inclusión expresa[764] de las prerrogativas objeto de estudio en el artículo 118 LECrim fue consecuencia de la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la LECrim y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE,

---

[762] ASENCIO GALLEGO, J. M., "El derecho al silencio del investigado y su valoración en sentencia" en FUENTES SORIANO, O. (Coord.), *El proceso penal*. *Cuestiones Fundamentales*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2017, págs. 123-134, pág. 125, señala que "*Aunque esta omisión tiene poca importancia por las mismas razones que ha alegado el Tribunal de Estrasburgo, plenamente aceptadas por el Tribunal Constitucional, y porque la LECrim sí contiene un reconocimiento expreso de este importante derecho*".

[763] También el Anteproyecto LECrim 2020 contiene esta *doble* regulación: por un lado, el artículo 17, denominado "*Derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo*", establece: "*1. Nadie puede ser obligado a confesarse culpable ni a declarar contra sí mismo. Del silencio de la persona encausada o de su negativa a declarar no podrán extraerse consecuencias que le perjudiquen, sin perjuicio de la constatación de la pérdida de la oportunidad de exponer una alternativa razonable a la versión de la acusación que no se desprenda por sí misma de otras pruebas practicadas o de los propios hechos en debate.*

2. A la persona encausada no se le exigirá que preste juramento o promesa ni podrá ser perseguida por el delito de falso testimonio por las declaraciones que realice, salvo por las manifestaciones incriminatorias falsas que causen perjuicio a terceros.

3. El testigo no estará obligado a declarar sobre hechos o a contestar preguntas de las que pueda resultar su propia responsabilidad penal. Si durante el curso de la declaración se pusiera de manifiesto esta circunstancia, se interrumpirá su declaración para informarle de sus derechos a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo. En ese caso, el testigo podrá acogerse formalmente a su derecho a no declarar.

4. En el proceso penal no podrán utilizarse las manifestaciones con valor incriminatorio que la persona encausada haya realizado a requerimiento de la Administración y bajo apercibimiento de sanción en caso de negarse a hacerlas. Esta prohibición es igualmente aplicable a los documentos con valor incriminatorio que hayan sido aportados como consecuencia directa de un requerimiento igualmente efectuado bajo apercibimiento de sanción.

5. La persona encausada podrá declarar en calidad de testigo en otro proceso distinto que verse sobre los mismos hechos criminales que se le atribuyen o en el que dichos hechos resulten relevantes. No obstante, podrá acogerse en todo momento a su derecho a no declarar en relación con tales hechos, de lo que habrá de ser oportunamente informada. En esta declaración también tendrá derecho a la asistencia letrada." Por otro, el artículo 207, dentro de los derechos de defensa de la persona detenida, regula en sus letras a y b el derecho a guardar silencio, a no declarar si no quiere y no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, y a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable.

[764] Cierto es que la redacción originaria hacía alusión al derecho de defensa que asiste a quien se le imputara un hecho punible, dentro del cual, como he resaltado, se incluye el instrumental derecho a no autoincriminarse.

de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales[765].

Por su posible influencia en muchos aspectos a tratar en el capítulo, debe citarse el artículo 575 LECrim[766] que establece la obligación de "todos" de exhibir los objetos y papeles que se sospeche puedan tener relación con la causa, lo que podría amparar, según una interpretación literal de la norma, que el investigado deba entregar necesariamente cualquier documento que tenga en su poder, con independencia de su origen y potencial contenido incriminatorio.

5.4 Derecho a no incriminarse según la normativa y jurisprudencia supranacional.

5.4.1 Derecho a no incriminarse según el TEDH.

5.4.1.1 Punto de partida. Reconocimiento implícito en el CEDH; concepto autónomo de acusación en materia penal; y el *balancing test*.

El derecho a guardar silencio y a no incriminarse, si bien no aparecen expresamente contemplados en el artículo 6 CEDH, están implícitamente previstos en el mencionado precepto, como parte de

[765] La casi coetánea Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, no introdujo modificación alguna en su contenido.

[766] Enmarcado en el Capítulo II, del Título VIII del Libro II, nominado en virtud de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica como "Del registro de libros y papeles". El Anteproyecto LECrim 2020 contiene una regulación similar, estableciendo en los artículos 423 y 424 lo siguiente: "*Artículo 423. Obligación de exhibición. Cartas personales y diarios íntimos*
1. La autorización para practicar el registro podrá extenderse, a petición del Ministerio Fiscal, al examen de libros, papeles y otros documentos que se encuentren en el lugar del registro.
2. Cuando así se haya acordado, todos están obligados a exhibir los documentos que tengan relación con la causa. La negativa a su exhibición y entrega dará lugar a la exigencia de responsabilidad penal.
3. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, cuando se trate de cartas personales, diarios íntimos o papeles o efectos equivalentes, el examen de los mismos deberá acordarse expresamente por el juez de garantías, siempre que concurran los siguientes requisitos:
a) se trate de delitos respecto de los que esta ley permite la interceptación de las telecomunicaciones;
b) existan indicios fundados para prever que con su examen podrán obtenerse informaciones relevantes para el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o la averiguación de su paradero; y
c) tales informaciones no puedan obtenerse por otro medio menos gravoso.
Artículo 424. Registro de libros oficiales
Cuando haya de practicarse el registro de libros de contabilidad y de comercio, de los protocolos de los Notarios, de los libros del Registro de la Propiedad o del Registro Civil o del Registro Mercantil, se procederá conforme a lo dispuesto en su legislación reguladora."

la esencia de un proceso equitativo[767]. Así lo afirma, entre otras muchas, la STEDH de 3 mayo 2001, *J. B. c. Suiza*[768]: "*el derecho a guardar silencio y el derecho a no autoincriminarse son normas internacionales generalmente reconocidas que descansan en el fondo de la noción de juicio justo que consagra el artículo 6.1 del Convenio. El derecho a no autoincriminarse, en particular, presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la «persona acusada». Proporcionando al acusado protección contra la coacción indebida por parte de las autoridades, estas inmunidades contribuyen a evitar errores judiciales y a asegurar los fines del artículo 6.1*".

Partiendo del referido reconocimiento, y de la intención del TEDH de interpretar el CEDH con vocación de erigirlo en un "*instrumento constitucional del orden público europeo"*[769], construyendo con tal fin un "*marco mínimo europeo en materia procesal penal"*[770], el Tribunal ha realizado un profuso esfuerzo en la fijación del alcance del derecho a no incriminarse. Quizá, el único *pero,* no imputable al TEDH, es la inexistencia de resoluciones relativas al derecho a no incriminarse en procesos seguidos frente a personas jurídicas.

Antes de analizar los pronunciamientos del TEDH, y para su correcta contextualización, debe subrayarse que entre las principales herramientas empleadas por el TEDH para la elaboración del contenido *básico* de los derechos procesales a nivel europeo destacan las "*nociones autónomas*", definidas por FAGGIANI como *"un método de formación de un derecho común» funcionalmente orientado a colmar «la falta de precisión», el carácter quizás demasiado general de las disposiciones de carácter penal contenidas en el Convenio y «la ausencia de homogeneidad» de los ordenamientos nacionales, con el fin de elaborar una definición uniforme, un mínimo común denominador, que debe ser respetado por los Estados contratantes"*[771].

---

[767] Observando otros textos internacionales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, recoge en el artículo 14.3.g) el derecho "*A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable*". Por su parte, la CDFUE no lo reconoce expresamente, si bien, igual que sucede con el CEDH, debe considerarse tácitamente previsto en el precepto referido al derecho de defensa (artículo 48.2).
[768] ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796.
[769] De esa forma lo *autodenomina* la STEDH de 23 de marzo de 1995, *Loizidou c. Turquía*, ECLI:CE:ECHR:1995:0323JUD001531889, aptdo. 75. A este respecto, vid. GARCÍA ROCA, F. J., "El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo", *Teoría y realidad constitucional*, nº. 30, 2012, págs. 183-224, pág. 188.
[770] FAGGIANI, V., "La integración a través del reconocimiento de derechos fundamentales: la función del CEDH y del TEDH en el Espacio Europeo de Justicia Penal", *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 55/2015, pág. 18.
[771] FAGGIANI, V., "La integración a través del reconocimiento… ob. cit. pág. 18.

Al derecho a no incriminarse le influye decisivamente el concepto autónomo de *acusación en materia penal*. Para determinar si nos encontramos ante una acusación en materia penal – y con ello, pues, si empieza a desplegar sus efectos el derecho objeto de estudio – se aplican los conocidos como "criterios Engel", *en honor* a la primera resolución en que fueron proclamados[772].

El primer criterio ENGEL[773], eminentemente formal, está encaminado a establecer si la infracción, de acuerdo con el derecho nacional, tiene naturaleza penal, disciplinaria, o mixta. No es un elemento determinante, pues si se atendiera solo a este aspecto, se dejaría en manos de cada Estado la posibilidad de encuadrar las infracciones en el derecho disciplinario evitando así la aplicación de los derechos procesales proclamados en el CEDH.

El segundo criterio ENGEL está compuesto por distintos aspectos de apreciación conjunta[774]. Se dirimirá si la norma va destinada a la generalidad de los ciudadanos, o a un grupo sometido a un determinado estatuto[775]. Igualmente, se atenderá a si tiene fines reparativos del daño, o preventivo-generales, como es propio del Derecho Penal[776]. Por último, se constatará si la materia es de las que habitualmente, atendiendo a los bienes jurídico-protegidos, está amparada por el Derecho Penal[777].

El tercer criterio ENGEL se centra en la gravedad de la sanción[778]. En base a este aspecto, se considerarán de naturaleza penal los procedimientos en que se puedan imponer penas privativas de libertad. Igualmente, tendrán esa condición las infracciones pecuniarias cuyo incumplimiento puede provocar la entrada en prisión, así como aquellas que generen la inscripción en el registro de antecedentes penales.

[772] STEDH de 8 de junio de 1976, *Engel y otros c. Países Bajos*, ECLI:CE:ECHR:1976:1123JUD000510071.
[773] Aptdo. 82 de la STEDH del caso Engel.
[774] STEDH de 9 de octubre de 2003, *Ezeh y Connors c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:2003:1009JUD003966598, aptdo. 103.
[775] STEDH de 21 de febrero de 1984, *Öztürk v. Alemania*, ECLI:CE:ECHR:1984:0221JUD000854479, aptdo. 53.
[776] STEDH de 23 de noviembre de 2006, *Jussila v. Finlandia*, ECLI:CE:ECHR:2006:1123JUD007305301, aptdo. 38.
[777] STEDH de 10 de febrero de 2009, *Zolotukhin c. Rusia*, de 10 de febrero de 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0210JUD001493903, aptdo. 59.
[778] STEDH de 10 de febrero de 2009, *Zolotukhin c. Rusia,* ECLI:CE:ECHR:2009:0210JUD001493903, aptdo. 56.

En principio, el segundo y tercer criterio ENGEL tendrán carácter alternativo, salvo que su interpretación separada no arroje un resultado claro, en cuyo caso se podrá acumular su valoración[779].

Como apuntaba, la determinación de cuándo nos encontramos ante una acusación en materia penal toma especial relevancia en el derecho a no incriminarse, en general, y más si se relaciona con el enjuiciamiento de las personas jurídicas[780]. Así, en determinados ilícitos susceptibles de ser cometidos por los sujetos colectivos, los procesos administrativos de naturaleza sancionadora serán el preludio del proceso penal[781]. No obstante, toda vez que, en esas fases administrativo – punitivas anteriores, de acuerdo con el criterio asentado por el TEDH[782] ya resultan de aplicación las prescripciones del CEDH[783], la persona jurídica podrá escudarse en la protección que brinda el derecho a no incriminarse para negarse a la entrega de documentos (con los matices que luego se dirán), impidiendo de esta forma que una indebida aportación en esos momentos iniciales de la investigación pueda sustentar una ulterior condena en sede penal. Si no se respeta el derecho a no incriminarse por las autoridades administrativas, se corre el riesgo de que los elementos obtenidos por los investigadores públicos accedan al proceso penal con la propia denuncia, constituyendo frecuentemente el único material documental de cargo junto con los "informes periciales" elaborados por los técnicos de la propia administración, dando lugar a fallos condenatorios sustentados en pruebas obtenidas ilícitamente. Con la finalidad de evitar estas vulneraciones,

[779] STEDH de 10 de febrero de 2009, *Zolotukhin c. Rusia,* de 10 de febrero de 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0210JUD001493903, aptdo. 53.

[780] En esta línea, dice la STS núm. 277/2018 de 8 junio, con referencia a la jurisprudencia del TJUE (F.D. 42º), que "*el derecho a no declarar contra uno mismo solo es aplicable cuando se trata de solicitudes de información que obligan al destinatario, coercitivamente, a dar una respuesta sobre una específica cuestión incriminatoria. Esta doctrina jurisprudencial debe estimarse relevante tanto por su origen en el Tribunal de Justicia de Luxemburgo que constituye el verdadero TS de la Unión Europea, como por el hecho de que en el Derecho Penal actual se ha incorporado la responsabilidad penal de las personas jurídicas y son cada vez más numerosos los tipos penales que integran un elemento normativo de naturaleza administrativa, por lo que la concurrencia de una investigación previa de carácter administrativo, o en todo caso prejurisdiccional, será cada vez más frecuente (véase lo que sucede en el ámbito del delito fiscal, o de los fraudes de subvenciones, por ejemplo)".*

[781] Así sucederá, verbi gracia, en el caso del delito fiscal; contra la seguridad social; blanqueo de capitales; contra el medio ambiente; utilización de información privilegiada; delito urbanístico; o de contrabando.

[782] A título de ejemplo, y precisamente en relación a alguna de las materias citadas, el TEDH ha aplicado las garantías del CEDH a procedimientos administrativos infractores medioambientales (DTEDH, *Valico S.R.L c. Italia,* de 21 de marzo de 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0321DEC007007401); relativos a la vulneración del derecho de la competencia (STEDH de 27 de febrero de 1992, *Société Stenuit c. Francia*, ECLI:CE:ECHR:1992:0227JUD001159885); infracciones tributarias (STEDH de 12 julio de 2001, *Ferrazzini c. Italia*, ECLI:CE:ECHR:2001:0712JUD00447599 8), o de carácter urbanístico (STEDH de 20 de enero de 2009 *Sud Fondi S.r.l y otros c. Italia*, ECLI:CE:ECHR:2009:0120JUD007590901).

[783] Se reconoce de este modo que constituyen acusación en materia penal.

SANZ DÍAZ PALACIOS, en referencia concreta al delito fiscal, propone que, aunque las actuaciones de contraste y averiguación fiscal no tengan naturaleza sancionadora, sean respetuosas con el derecho a no autoincriminarse[784].

Ya por último, antes del análisis de las principales derivaciones del derecho a no incriminarse según la jurisprudencia del TEDH, es necesario consignar lo que se puede denominar el prisma general (conocido como "*balancing test*") bajo el que afrontar la cuestión de si una determinada actuación de las autoridades resulta contraria a la interpretación que realiza de este derecho el Tribunal de Derechos Humanos. Concretamente, para determinar si un procedimiento ha vulnerado la esencia del derecho a no contribuir a la propia incriminación, debe examinarse "*la naturaleza y el grado de la coacción, la existencia de garantías apropiadas en el procedimiento y la utilización que se hizo de las pruebas así practicadas"*[785].

A partir de lo anterior, desciendo al detalle:

5.4.1.2 Prohibición de coacciones dirigidas el sujeto pasivo del proceso para la obtención de pruebas autoincriminatorias.

La primera conclusión extraíble de la jurisprudencia asentada por el TEDH es que las autoridades deben "*probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la persona acusada"*[786].

Por lo tanto, aquellas informaciones aportadas por el investigado, con potencial contenido autoincriminatorio[787], como consecuencia de las previas medidas de fuerza empleadas por los investigadores públicos, pueden ser tildadas de coactivas y, con ello, contrarias al artículo 6.1 CEDH.

---

[784] SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., *Derecho a no autoinculparse y Delitos contra la hacienda pública*, Madrid: Colex, 2004, pág. 131.
[785] STEDH de 11 de julio de 2006, *Jalloh c. Alemania*, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, aptdo. 101.
[786] STEDH de 3 mayo 2001, *J. B. c. Suiza*, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796, aptdo. 64.
[787] Como recuerda la STEDH de 17 de diciembre de 1996, *Saunders c. Reino Unido*, aptdo. 71, "*Los testimonios obtenidos bajo coacción que a primera vista parezcan ser de carácter no incriminatorio -como las observaciones exculpatorias o la mera información sobre cuestiones de hecho- pueden utilizarse posteriormente en los procedimientos penales en apoyo de la acusación, por ejemplo para contradecir o poner en duda otras declaraciones del acusado o las pruebas aportadas por él durante el juicio o para socavar de otro modo su credibilidad"*.

Lo antedicho no impide que se apliquen medios coercitivos para, por ejemplo, lograr que el sujeto identifique al conductor de un vehículo[788], o colabore con las autoridades fiscales para determinar la cuota tributaria en determinado impuesto[789], pero lo que resulta incompatible con este derecho es que la información luego sea empleada en un procedimiento de naturaleza penal[790], según los criterios Engel ya expuestos[791].

No obstante, como recuerda el TEDH, no toda conminación es suficiente para entender vulnerado el derecho, debiendo tener cierta gravedad[792], y haberse producido con posterioridad a la comisión del ilícito[793].

El Anteproyecto LECrim 2020 asume expresamente este *mandato* del TEDH, señalando en el aptdo. 4 del artículo 17: "*En el proceso penal no podrán utilizarse las manifestaciones con valor incriminatorio que la persona encausada haya realizado a requerimiento de la Administración y bajo apercibimiento de sanción en caso de negarse a hacerlas. Esta prohibición es igualmente*

[788] STEDH de 24 marzo 2005, *Rieg c. Austria*, ECLI:CE:ECHR:2005:0324JUD006320700.

[789] DTEDH de 22 marzo 2005*, Blanca Rodríguez-Porto Pérez c. España*, (F.D. 3.b, penúltimo párrafo), se aclaraba que "*la demandante omitió señalar el crecimiento de su patrimonio en el marco de una declaración de renta que debía cumplimentar con anterioridad a la apertura del proceso penal en su contra. En consecuencia, los derechos a guardar silencio y a no confesarse culpable no están en juego en este caso, no pudiéndose considerarse la obligación de declarar sus ingresos una medida de naturaleza a obligar a ésta a contribuir en su propia acusación*". En el mismo sentido, STEDH de 8 abril 2004, *Weh c. Austria*, ECLI:CE:ECHR:2004:0408JUD003854497.

[790] Cabe por lo tanto la negativa a la entrega de la información. Y si finalmente se entrega, se infringiría el derecho en los supuestos en que aunque el procedimiento penal no se ha iniciado, es de previsible iniciación (STEDH de 21 diciembre 2000, *Heaney y McGuinness c. Irlanda*, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097).

[791] STEDH de 5 de abril de 2012, *Chambraz c. Suiza*, ECLI:CE:ECHR:2012:0405JUD001166304, señala que aunque el requerimiento coactivo surgió en el marco de un procedimiento administrativo, dado que los documentos tenían potencial contenido incriminatorio, la actuación del demandante negándose a su aportación quedaba salvaguardada por el derecho a no incriminarse.

[792] DTEDH de 10 de septiembre de 2002, *Allen c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:2002:0910DEC007657401, establece que una amenaza de sanción de 300 libras no es suficiente para entender infringido el derecho.

[793] STEDH de 29 de junio de 2007, *O` Halloran y Francis c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902. En esta línea, GARCÍA BERRO, F., "Derecho a no autoincriminarse de los contribuyentes y procedimiento sancionador separado: precisiones a la luz de la evolución jurisprudencial", *Revista Quincena Fiscal* num.19/2010, pág. 15, afirma que "*Dicho de otro modo, si desde antes de cometerse el ilícito hay constancia de que en un momento posterior, predeterminado normativamente, el sujeto deberá presentar una declaración reveladora de su actuación punible, no podrá éste alegar su derecho a no autoincriminarse al objeto de impedir que tal declaración se utilice como prueba de la infracción o del delito cometidos. En este caso, el ordenamiento provee por anticipado al poder público de una información futura que éste, cuando ejerza de parte acusadora, podrá utilizar como prueba de cargo en ulteriores procedimientos punitivos. Cabe decir que, al producirse el acto coactivo -el mandato normativo que prevé la obligación de informar o declarar datos en una fecha posterior prefijada-, el ejercicio de la coacción no implica forzar la voluntad del interesado para que aporte las pruebas de un ilícito, puesto que en tal momento éste no se ha producido todavía. En otras palabras, el ejercicio de la coacción preexiste a la comisión del ilícito. Cuando, pese a tener constancia de ello, el sujeto decide después perpetrar la conducta punible, él mismo se pone por propia voluntad en la situación de tener que aportar más tarde las pruebas que lo incriminan*".

aplicable a los documentos con valor incriminatorio que hayan sido aportados como consecuencia directa de un requerimiento igualmente efectuado bajo apercibimiento de sanción".

En definitiva, la habitualmente empleada amenaza de imposición de sanciones como método para lograr una actitud colaborativa, puede provocar la vulneración de este derecho[794].

5.4.1.3 Exclusión del ámbito de protección del derecho del material que exista con independencia de la voluntad del investigado.

Para el enjuiciamiento de las personas jurídicas resulta primordial determinar el alcance del derecho a no incriminarse en lo afectante a los documentos que se encuentran en poder de la corporación, soporte vital de su funcionamiento diario y, con ello, elemento probatorio capital en el grueso de los procedimientos penales contra sociedades[795].

La STEDH de 25 febrero 1993, *Funke c. Francia*[796], es el punto de partida para comprender la doctrina de Estrasburgo. Mediante esta resolución se estableció que la posibilidad de requerir

[794] De hecho, con referencia a mucha de la jurisprudencia del TEDH ante citada, señala la STS núm. 129/2014 de 26 febrero (F.D. 5º) que "*Por ello tiene razón el recurrente cuando señala que dentro de los métodos coercitivos o de compulsión se encuentran no solo la amenaza, la coacción directa o el empleo de la violencia en la obtención de una confesión, sino también cualquier medio que suponga una coacción o compulsión, incluso jurídica, en el sentido de contraposición de consecuencias jurídicas gravosas contra los intereses jurídicos de la persona acusada por el solo hecho de no colaborar con la actuación investigadora de las autoridades*".

[795] En buena medida, el concepto de domicilio de las personas jurídicas, según la LECrim, viene influenciado por el lugar en que se guardan los documentos internos. Así, establece el artículo 554: "*Tratándose de personas jurídicas imputadas, el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros*." El Anteproyecto LECrim 2020, en el artículo 408.2, preceptúa: "*se entiende por domicilio de la persona jurídica el lugar cerrado en el que se desarrollan las actividades de dirección o donde se custodian, en cualquier soporte, los datos y las informaciones relativas a su actividad, organización y funcionamiento excluidas del conocimiento de terceros*". La definición del Anteproyecto ha sido recogida igualmente en el artículo 47 de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

[796] ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884. El Sr. Funke, ciudadano alemán con residencia en Francia, era representante de comercio. A raíz de su actividad profesional, tres agentes de aduanas de Estrasburgo, acompañados de un oficial de la policía judicial, se dirigieron al domicilio del Sr. Funke, para obtener unas "informaciones sobre sus asuntos en el extranjero". El Sr. Funke admitió haber sido o seguir siendo titular de diversas cuentas bancarias en el extranjero por motivos profesionales y familiares y declaró no conservar ningún recibo. Pese a estas explicaciones, los agentes de aduanas procedieron al registro del lugar, descubriendo extractos y cheques emitidos por bancos extranjeros.

documentos al sujeto objeto de investigación solo tenía cabida cuando las autoridades tuvieran certeza de la existencia de los soportes solicitados[797].

Esta posición jurisprudencial, que confería al derecho objeto de estudio unos límites ciertamente extensos, fue *restringida* en posteriores sentencias, asentándose como postura, aún hoy vigente, que queda extramuros de la protección que otorga esta prerrogativa el material que exista *con independencia de la voluntad del investigado*.

El anterior enunciado, indeterminado, aparece en la STEDH de 17 de diciembre de 1996, *Saunders c. Reino Unido*[798], señalando textualmente que el derecho "*no se extiende a la utilización en los procesos penales de material que pueda obtenerse del acusado mediante el uso de poderes obligatorios pero que tenga una existencia independiente de la voluntad del sospechoso, como, entre otros, documentos adquiridos en virtud de una orden judicial, muestras de aliento, sangre y orina y tejidos corporales a efectos de pruebas de ADN"* .

Este pronunciamiento fue luego reiterado en la STEDH de 3 mayo 2001, *J. B. c. Suiza*[799], añadiendo un matiz relevante al exigir que para que quepa requerir la documentación incluso empleando medios coactivos, no solo es necesario que ésta tenga una existencia independiente de la voluntad del sujeto, sino que adicionalmente debe tratarse de un requerimiento claro y terminante de una documentación determinada (lo que denota, de algún modo, que las autoridades

[797] Establece textualmente el aptdo. 44 de la resolución: "*El Tribunal constata que las aduanas provocaron la condena del señor Funke para obtener determinadas pruebas que presumían que existían pero de las que no tenían certeza. No pudiendo o no queriendo obtenerlas por otro medio, intentaron obligar al demandante a que les entregara el mismo la prueba de los delitos que había cometido. Las particularidades del derecho aduanero (aps. 30-31, supra) no justificarían tal violación del derecho, de todo "acusado" en el sentido autónomo que el artículo 6 atribuye al término, de guardar silencio y no contribuir a su propia incriminación*".

[798] ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791.Contados *grosso modo* los antecedentes fácticos, el Sr. Saunders era el director y jefe ejecutivo de Guinness. En 1986, la empresa competía con otra mercantil pública para encargarse de una tercera entidad, resultando Guinnes victoriosa principalmente a resultas de un aumento "artificial" de su cotización en bolsa, que cayó repentinamente justo tras la formalización de la operación. Estos hechos motivaron el inicio de una investigación contra la empresa, promovida por el Secretario de Estado de Comercio e Industria, en el marco de la cual entrevistaron al Sr. Saunders, en presencia de sus abogados en nueve ocasiones. La transcripción de esas entrevistas y los documentos obtenidos como resultado de las transcripciones fueron remitidos a la Policía y, posteriormente, el Sr. Saunders fue acusado ya en el marco de un proceso penal de numerosos delitos relacionados con la operación ilegal de apoyo a las acciones, siendo condenado a 5 años de prisión.

[799] La Administración Federal de Impuestos de Suiza, determinó que el demandante había realizado inversiones con otros sujetos, mediante distintas sociedades, sin embargo, las cantidades obtenidas relativas a algunos ejercicios no habían sido declaradas. Ya en el marco de un proceso por evasión de impuestos, se le solicitó que presentara todos los documentos que tuviera relativos a dichas sociedades, a lo cual el demandante se negó, motivo por el cual le impusieron tres multas.

tienen que tener la certeza de su existencia), sin que quepan requerimientos genéricos de documentación – "*toda la documentación*" – como le pedían en este caso al demandante.

El tercer asunto relevante es la STEDH de 11 julio 2006, *Jalloh c. Alemania*[800]. Aunque en este supuesto el Tribunal de Estrasburgo estimó que la droga que portaba el demandante tenía una existencia independiente de su voluntad, sí que consideró infringido el derecho a no incriminarse pues, para forzar que el acusado expulsara las sustancias que previamente se había tragado, emplearon técnicas médicas tildadas por el TEDH como degradantes (contrarias al artículo 3 CEDH), y que además ponían en peligro la integridad física del actor. Aunque esta resolución es habitualmente citada por su importancia en el derecho a no incriminarse, debe tenerse en cuenta que la decisión del TEDH estuvo altamente influenciada por su pronunciamiento previo, contenido en esta misma resolución, considerando que el actor había sufrido un trato vejatorio. En definitiva, lo que viene a consagrar este fallo, de relevancia para el derecho a no incriminarse es, principalmente, el *balancing test* referido *ut supra*.

Atendiendo a este relato jurisprudencial, se evidencia, pues, una palmaria inconcreción sobre a qué se refiere la expresión *existencia independiente de la voluntad del sospechoso.* La doctrina le ha conferido tres lecturas:

La primera, llevaría a la equivalencia de la expresión *existencia independiente de la voluntad del sospechoso* con existencia por voluntad del legislador. De este modo, el investigado estaría obligado a entregar aquellos documentos que vengan exigidos por un mandato legal, lo que afecta, por ejemplo, a la contabilidad o, como he indicado en el capítulo 3, provocaría que cuando se incorpore a nuestro ordenamiento la Directiva *Whistleblower* el material resultante de las investigaciones internas quede a merced de las autoridades, por venir su génesis determinada *ex lege*. Acogiendo esta postura, SANZ DÍAZ-PALACIOS[801] señala un baremo para determinar si los documentos requeridos quedan salvaguardados por el derecho: "*En primer lugar, hemos de preguntarnos si el elemento concreto de que se trata contiene en sí mismo una declaración de*

[800] ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000. Cuatro policías de paisano vieron al demandante extraer de su boca, al menos en dos ocasiones distintas, una bolsa de plástico y entregársela a otra persona a cambio de dinero. Sospechando que las bolsitas contenían sustancias estupefacientes, los policías detuvieron al demandante que se tragó entonces otra bolsa que aún tenía en la boca. Para lograr que expulsara lo que se había tragado (que, como luego se confirmó, era droga), mediante la intervención de dos facultativos, le proporcionaron un medicamento que le provocó vómitos, pudiendo así aprehender la droga. El demandante fue finalmente condenado por tráfico de drogas.
[801] SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., "El derecho de las personas jurídicas… ob. cit. págs. 1-2.

voluntad y/o de conocimiento. Si la respuesta fuera negativa, sería legítimo utilizar ese elemento en contra del contribuyente en sede administrativa o judicial. Pero si la respuesta dada fuera afirmativa, sería necesario responder a un segundo interrogante; en tal caso debemos preguntarnos si ese concreto elemento (que contiene en sí mismo una declaración de voluntad y/o de conocimiento) tiene su origen, en último término, en la voluntad del contribuyente, o bien tiene su origen último en la voluntad de terceras personas. Si la respuesta a esta segunda pregunta fuera que el elemento analizado tiene su génesis en la voluntad del contribuyente sometido a inspección, no podría utilizarse legítimamente contra este a efectos represivos, pues ello sería contrario a su derecho fundamental a no autoinculparse. Por el contrario, si se determinara que el elemento en cuestión tiene su origen, en último término, en la voluntad de terceros, dicha utilización (a efectos represivos) no presentaría tacha de ilegitimidad, en cuanto al derecho que nos ocupa." Esta opinión tiene como principal hándicap que deja en peor situación precisamente a los sujetos que cumplen las obligaciones de elaboración y tenencia de los documentos requeridos respecto de aquellos que han hecho oídos sordos a tal mandato normativo. Además, como apunta el propio SANZ DIAZ-PALACIOS, se dejaría en manos del legislador el incremento de las obligaciones legales de tenencia de documentos para de esa manera asegurar que resulten accesibles en el seno de sus indagaciones[802].

La segunda tesis, requeriría no solo la predeterminación normativa sino, además, cierto grado de certeza sobre la existencia efectiva de los documentos requeridos. Por lo tanto, podrían ser peticionados los documentos que con seguridad obren en poder del compelido[803].

La tercera lectura, defendida por GARCÍA BERRO, pone el foco en la accesibilidad de documentos para las autoridades. Así, para el autor, "*Lo que el poder público no puede hacer, sin embargo, es exigir bajo coacción documentos que no podría obtener por sí mismo de manera inmediata -esto es, sin desplegar una actividad investigadora cuyo resultado es incierto-, porque eso sería tanto como obligar al imputado a aportar la prueba del ilícito, eludiendo de este modo la parte acusadora su deber de ser ella misma quien se procure las evidencias de la conducta*

[802] SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., "Derecho a no autoinculparse… ob. cit. pág. 64.
[803] SERRANO ZARAGOZA, O., "Contenido y límites del derecho… ob. cit. pág. 11; GALBE TRAVER, G., "Cuatro tesis sobre el derecho a no autoincriminarse y los requerimientos documentales", *La Ley Penal*, Nº 143, Sección Derecho Procesal Penal, págs. 12-14, se refiere a ella, aunque sin defender que sea la que resulte de aplicación, sustentándola en diversa jurisprudencia de los Estados Unidos.

punible que trata de probar"[804]. Asume esta postura GALBE TRAVER, para quien la visión defendida por GARCÍA BERRO es la única que respeta "*el fundamento del derecho a no autoincriminarse"*[805].

En mi opinión, el principal mandato extraíble de la jurisprudencia del TEDH es que el sujeto pasivo está obligado a entregar los documentos nacidos *ex lege*, que tengan una existencia indubitada – esto es, me ubico en la segunda tesis –, si bien no se pueden perder de vista otros aspectos que resultan determinantes para comprender los contornos del derecho a no incriminarse según el TEDH. Me refiero, principalmente, a la exigencia extraída del caso Funke relativa a que el requerimiento debe ser determinado, referido a unos concretos documentos, no teniendo así cabida solicitudes indiscriminadas que denotan, en realidad, dudas sobre la realidad de lo que se está pidiendo.

5.4.1.4 Prohibición de extraer consecuencias negativas del silencio del acusado. La excepción de la explicación razonable.

De acuerdo con lo aseverado por el TEDH, como regla general, no cabe extraer consecuencias negativas del silencio del acusado, salvo que el acervo probatorio en su contra tenga la contundencia suficiente como para requerir del mismo una explicación plausible.

La resolución de la que parte este criterio es la STEDH de 8 febrero 1996, *John Murray c. Reino Unido*[806]. La Sentencia, reconoce[807] que "*es manifiestamente incompatible con las prohibiciones de las que se trata basar una condena exclusiva o esencialmente en el silencio del acusado o sobre su negativa a responder a las cuestiones o a declarar*", no obstante, dice, existen "*situaciones que requieren seguramente una explicación por su parte, para apreciar la fuerza de persuasión de los elementos de cargo*." El TEDH concluyó que "*teniendo en cuenta la importancia de las pruebas de cargo contra el demandante ya expuestas, las conclusiones sacadas de su negativa, en el momento de su arresto, durante el interrogatorio de la policía y en el proceso, a dar una*

[804] GARCÍA BERRO, F., "Derecho a no autoincriminarse de los contribuyentes y procedimiento sancionador separado: precisiones a la luz de la evolución jurisprudencial", *Revista Quincena Fiscal* núm. 19/2010, pág. 8.
[805] GALBE TRAVER, G., "Cuatro tesis sobre el derecho… ob. cit. pág. 15.
[806] ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191. El Sr. Murray fue detenido en una casa en la que la policía y el ejercito halló a una persona secuestrada. En ningún momento, ni durante su arresto ni en el proceso, el demandante explicó su presencia en la casa. Fue reconocido culpable de complicidad en el secuestro y condenado a ocho años de prisión.
[807] Aptdo. 47.

explicación a su presencia en la casa estaban dictadas por el sentido común y no podrían considerarse inicuas o poco razonables en este caso"[808]. En definitiva, el TEDH desestimó que se hubiera producido la vulneración del derecho a no incriminarse como consecuencia de la valoración de su silencio como prueba de cargo en su contra[809].

De este modo, cuando los elementos probatorios apunten unidireccionalmente hacia la culpabilidad del acusado, el ejercicio del derecho a guardar silencio puede ser valorado como inexistencia de una explicación alternativa razonable al relato acusatorio, lo que confirmaría así su participación en el ilícito penal objeto del procedimiento[810]. El Anteproyecto LECrim 2020 asume parcialmente esta corriente, señalando en la exposición de motivos, que "*En relación con el derecho a guardar silencio y a no declarar contra uno mismo se aclaran las consecuencias de la asunción de esa posición procesal pasiva, explicitando que no puede perjudicar a la persona encausada sin perjuicio de que, como ya se encargaba de señalar el texto del título preliminar de la Propuesta de 2013, implique de facto la renuncia a presentar una versión alternativa que no sea directamente deducible de las pruebas practicadas o de los propios hechos objeto de debate*." Ya en el articulado, el aptdo. 1 del artículo 17 señala "*Del silencio de la persona encausada o de su negativa a declarar no podrán extraerse consecuencias que le perjudiquen, sin perjuicio de la constatación de la pérdida de la oportunidad de exponer una alternativa razonable a la versión de la acusación que no se desprenda por sí misma de otras pruebas practicadas o de los propios hechos en debate*."

Este aspecto de la jurisprudencia del TEDH tiene indudable influencia en los procedimientos penales frente a las personas jurídicas. La conceptuación del defecto organizativo como un

---

[808] Aptdo. 54.

[809] En opinión de NIEVA FENOLL, J., *Guardar silencio*. http://agendapublica.elpais.com/3295-2/ (última visita 05/08/2012), el TEDH se vio influenciado por los hechos que dieron lugar a este asunto: "*Eran los tiempos del IRA, y había que conseguir que una sentencia británica que otorgaba cierto valor incriminatorio al silencio, fuera declarada compatible con los derechos humanos. Errónea jurisprudencia que se ha arrastrado hasta el día de hoy, que olvida toda la historia del derecho al silencio descrita en este artículo y que algún día tendrá que ser corregida.*".

[810] ROXIN, C., "La protección de la persona en el Derecho Procesal Penal alemán", *Revista penal*, Nº 6, 2000, págs. 115-126, pág. 116, señala respecto a la valoración negativa de silencio en Alemania*: "La jurisprudencia alemana admite solo una limitación: pueden derivarse consecuencias desfavorables cuando alguien, en un principio, declara y guarda silencio solo respecto a puntos particulares, o no contesta ciertas preguntas (BGHSt 20,298). Estoy de acuerdo con esta solución y no veo en ella ninguna forma de obligar a una autoincriminación. Ya que, quien declara voluntariamente, se somete, también de manera voluntaria, a una valoración de su declaración. No obstante, a la hora de realizarse esta valoración, debe apreciarse en su conjunto la conducta del procesado, es decir, se debe tener en cuenta qué ha dicho y qué no ha dicho, y sobre esto, se han de deducir las respectivas conclusiones"*.

elemento del tipo obliga a que sea la acusación la que despliegue el esfuerzo en su acreditación. Por el contrario, la existencia de medidas internas implantadas por la empresa, que excluirían su culpabilidad, deberá ser alegada y probada por la entidad, de tal forma que cuando se constate la comisión de un ilícito en el seno corporativo, y existan ciertos indicios de que ha podido ser realizado por la ausencia del debido control empresarial, el silencio de la persona jurídica sobre la existencia de un modelo de prevención penal idóneo y eficaz será percibida como un indicio de su responsabilidad criminal.

5.4.2 Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

El *germen* más remoto de la Directiva finalmente aprobada fue el Libro verde de la Comisión Europea sobre las garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la UE[811] que, entre los derechos pendientes de ser abordados, hacía alusión (aptdo. 2.6) a lo que denominaba el "*derecho a permanecer callado*". Apenas un año después, la Comisión Europea formuló la Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea[812]. En la exposición de motivos de la Propuesta (aptdo. 25), recogía como prerrogativas derivadas de la presunción de inocencia el derecho a guardar silencio y a no autoinculparse.

Tras el fracaso de la Propuesta de Decisión marco sobre garantías procesales de 2004, y abandonada por la UE la idea de realizar una regulación general en un único texto de las garantías procesales, se apostó por la técnica de abordarlas paso a paso en normas específicas y diferenciadas siguiendo el camino marcado por el Consejo de la Unión Europea en su Plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales aprobado por resolución de 30 de noviembre de 2009[813]. En este nuevo marco, y dentro del segundo paquete de medidas presentado por la Comisión Europea en 2013 para avanzar en el programa de garantías procesales, se dan los pasos para que finalmente en 2016 se apruebe la Directiva (UE) 2016/343

[811] Bruselas, 19.2.2003 COM (2003) 75 final
[812] Bruselas, 28.4.2004 COM (2004) 328 final 2004/0113 (CNS).
[813] DOUE C 295/01, 4.12.2009.

del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio[814].

En línea con el resto de Directivas de carácter procesal aprobadas en los últimos años, se reconoce en el considerando 10 que su finalidad es "*el establecimiento de normas mínimas comunes sobre la protección de los derechos procesales de los sospechosos y acusados, la presente Directiva tiene la finalidad de reforzar la confianza de los Estados miembros en los sistemas de justicia penal de cada uno de ellos y contribuir de este modo a facilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal*". De este modo, al erigirse el reconocimiento mutuo en la clave del proyecto de Justicia de la UE, el objetivo ineludible es el establecimiento de unas normas que eviten que sistemas de países poco garantistas puedan imponer, más allá de sus fronteras, resoluciones dictadas por sus tribunales violentando los principios procesales básicos.

Objetivamente, la Directiva resulta de aplicación a los procesos penales, tal y como los entendemos en España. Además, la Directiva puede ser aplicable también en procedimientos no penales (de tipo administrativo – sancionador, por ejemplo) siempre que la sentencia pueda ser recurrida ante un tribunal penal y, exclusivamente, para esa fase de impugnación seguida ante la jurisdicción criminal.

El instante temporal de inicio de la aplicabilidad de la Directiva es *"Desde el momento en que una persona sea sospechosa o esté acusada de haber cometido una infracción penal, o una presunta infracción penal, y, por lo tanto, incluso antes de que las autoridades competentes de un Estado miembro hayan comunicado a dicha persona, mediante notificación oficial u otra vía"*. Es decir, no es necesario que el sospechoso o acusado sea conocedor de esa condición, para que las autoridades deban ser respetuosas con la presunción de inocencia[815].

[814] DOUE-L-2016-80440.

[815] Vid. sobre la Directiva GUERRERO PALOMARES, S., "Algunas cuestiones y propuestas sobre la construcción teórica del derecho a la presunción de inocencia a la luz de la Directiva 2016/343, de 9 de marzo, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio", en ARANGÜENA FANEGO, C. (Dir.), DE HOYOS SANCHOS, M., (Dir.), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2018, págs. 143-176; GUERRERO PALOMARES, S., "¿Es necesaria la transposición de la Directiva 343/2016, de 9 marzo, en materia de presunción de inocencia?", *Revista de Estudios Europeos* nº extraordinario monográfico, 1-2019, págs. 164-183.

Por lo que respecta a los sujetos a los que se extiende la Directiva, se limita a las personas físicas, excluyendo expresamente a las personas jurídicas, con la "excusa" de que el actual estado de desarrollo en materia de presunción de inocencia sobre las corporaciones lo hace desaconsejable. Ciertamente, se trata de una oportunidad perdida[816]. El reconocimiento en la Directiva, además de no impedir que los tribunales nacionales, y el propio TEDH, hubieran perfilado las especialidades relativas a los procesos penales seguidos frente a personas jurídicas, provocará, como apunta DE HOYOS SANCHO[817] un detrimento en la "*fluidez y eficacia del reconocimiento mutuo de resoluciones*." Esto, dice la autora, tendrá incidencia especialmente cuando se requiera cooperación entre Estados miembros en lo relativo al decomiso transfronterizo de las ganancias del delito; para la ejecución de sanciones pecuniarias impuestas en otro Estado; y en la tramitación de la orden europea de investigación en materia penal[818].

En cuanto al contenido del derecho objeto de estudio, ya en los considerandos se destaca (24) el silencio como un aspecto relevante de la presunción de inocencia, que protege frente a la autoinculpación y, respecto al derecho a no declarar contra sí mismo (25) subraya la Directiva que "*No se debe forzar a los sospechosos y acusados, cuando se les solicite que declaren o que respondan a preguntas, a que aporten pruebas o documentos o a que faciliten información que pueda resultar autoinculpatoria*." Para la determinación de los límites del derecho (27), la Directiva se remite a la jurisprudencia del TEDH, destacando (28) los pronunciamientos que, si bien con carácter general refieren que no se pueden extraer consecuencias negativas del silencio, asumen que, en determinados supuestos, cuando las pruebas apunten hacia la culpabilidad del

[816] Dice al respecto ARANGÜENA FANEGO, C., "El derecho al silencio, a no declarar… ob. cit. pág. 464, que se trata de una exclusión "*inexplicable*". En cambio, para DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, A., "Responsabilidad penal de personas jurídicas y presunción… ob. cit. pág. 54, se trata de una exclusión plenamente justificada: "*Lo explica su preámbulo en los parágrafos (13) a (15), donde se extrae una idea que sintoniza con la que aquí desarrollaré: ese derecho tiene una intensidad diferente en relación a personas jurídicas, justamente porque los bienes y derechos comprometidos son de menor rango axiológico (valores patrimoniales, frente a la libertad personal). Se explica en el preámbulo: "La presente Directiva reconoce diferentes necesidades y grados de protección con respecto a determinados aspectos de la presunción de inocencia de las personas físicas y jurídicas. Por lo que respecta a las personas físicas, dicha protección se refleja en jurisprudencia reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, el Tribunal de Justicia ha reconocido que los derechos que dimanan de la presunción de inocencia no amparan a las personas jurídicas en idéntica medida que a las personas físicas". Por eso se ha estimado prematuro abordar una propuesta unificadora extensiva también a personas jurídicas, lo que "se entiende sin perjuicio de la aplicación de la presunción de inocencia a las personas jurídicas, tal como se establece, en particular, en el CEDH y la interpretan el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia". La evolución jurisprudencial determinará si se hace aconsejable en el futuro una previsión al respecto a nivel de la Unión*."
[817] DE HOYOS SANCHO, M., "Sobre la necesidad de armonizar… ob. cit. pág. 40.
[818] DE HOYOS SANCHO, M., "Sobre la necesidad de armonizar… ob. cit. pág. 45.

acusado, la ausencia de una explicación plausible de descargo por su parte puede ser tomada como indicio de participación criminal. Delimitando el alcance del derecho, el texto comunitario acoge la corriente consagrada por el TEDH, que excluye de su ámbito de protección el material que obre en poder del sospechoso o acusado pero que tenga una existencia independiente de su voluntad.

Ya en el cuerpo de la Directiva, el artículo 7, tras *reconocer* en sus dos primeros numerales el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo, aclara en el punto 3 que no se extiende a las pruebas "*que tengan una existencia independiente de la voluntad de los sospechosos o acusados*". Los aptdos. 4 y 5 parecen contener dos afirmaciones contradictorias o, digamos, incompletas si no se conoce la jurisprudencia del TEDH, ya que, aunque el punto 4 indica que "*Los Estados miembros podrán permitir a sus autoridades judiciales que, al dictar sentencia, tomen en consideración un comportamiento cooperador*", el número 5 consigna que el silencio "*no se utilizará en su contra ni se considerará prueba de haber cometido la infracción penal de que se trate*."

Se observa, como decía al inicio, una influencia decisiva del TEDH en el Derecho derivado de la UE.

5.4.3 Derecho a no incriminarse según el TJUE.

Aunque de forma mucho menos prolija que el TEDH, el TJUE también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el derecho a no incriminarse, con la ventaja para este trabajo de que los supuestos fácticos en que ha intervenido sí que se refieren a personas jurídicas.

La STJUE de 18 de octubre de 1989, *Orkem c. Comisión*, C – 374/87[819], se dictó tras una supuesta infracción del derecho de la competencia, en cuyo procedimiento preliminar la mercantil fue compelida a entregar una serie de documentos que tenían contenido incriminatorio. La resolución, tras un breve estudio sobre la cuestión (destacable entre otros aspectos por negar que el CEDH y la jurisprudencia del TEDH reconocieran este derecho[820]), señala que la Comisión Europea puede, si fuera preciso, requerir "*los documentos correspondientes que obren en su poder, incluso si los mismos pueden servir para probar contra ella o contra cualquier otra empresa la existencia de*

[819] ECLI:EU:C:1989:387.
[820] Aptdo. 30. Apenas 4 años después el TEDH dictó la ya referida sentencia del caso Funke.

una conducta contraria a la competencia" si bien apunta que se debe respetar el derecho de defensa, por lo que no cabe "*imponer a la empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión*".

Por lo tanto, para el TJUE, el derecho a no incriminarse habilita únicamente a no realizar manifestaciones que puedan resultar autoinculpatorias, excluyendo de su ámbito de protección los documentos que obren en poder del investigado.

Desde dicha resolución, tal y como apunta GARCÍA BERRO, la doctrina del TJUE apenas ha sufrido variación[821]. Muestra de ello sería la STJUE de 25 de enero de 2007, *Dalmine c. Comisión*, C-407/04 - P[822], en la que se resalta nuevamente que la Comisión Europea puede instar la entrega de toda la información que resulte precisa para la indagación, si bien no puede exigir respuestas a cuestiones que puedan suponer la asunción de la autoría de la infracción. No obstante, el TJUE no consideró infringido el derecho porque la pregunta realizada, que según se denunciaba por la entidad vulneraba su derecho a no declarar contra sí misma, no era de las que resultaba obligatorio contestar, de tal modo que no existía coacción.

Más recientemente, la STJUE de 2 de febrero de 2021, asunto C-481/19 señala[823] que el derecho a guardar silencio "*se opone, en particular, a que una persona física sea sancionada por su negativa a dar a la autoridad competente con arreglo a la Directiva 2003/6 o al Reglamento n.º 596/2014 respuestas de las que pueda resultar su propia responsabilidad por una infracción que conlleve sanciones administrativas de carácter penal o su responsabilidad penal*". Aclara la resolución dos aspectos: (i) "*no entra en contradicción con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las normas de la Unión en materia de competencia, de la que resulta, en esencia, que, en el marco de un procedimiento sancionador por una infracción de dichas normas, se puede obligar a la empresa implicada a que facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento y a que presente, si fuere preciso, los documentos correspondientes que obren en su poder, incluso si estos pueden servir para probar, en particular respecto de la propia*

[821] GARCÍA BERRO, F., "La reciente jurisprudencia de ámbito europeo acerca del derecho a no autoincriminarse y sus implicaciones en el procedimiento tributario Interno" en SÁNCHEZ PINO, A.J., SANZ CLAVIJO, A. (Dirs.), *Derecho de la Unión Europea y reformas del ordenamiento jurídico español*, Universidad de Huelva, 2011, págs. 117-142, pág. 120.
[822] ECLI:EU:C:2007:53.
[823] ECLI:EU:C:2021:84, aptdo. 45.

empresa, la existencia de una conducta contraria a la competencia.[824]", y (ii) "*el derecho a guardar silencio no puede justificar cualquier falta de cooperación con las autoridades competentes, como sucede en el caso de una negativa a presentarse a una audiencia prevista por estas o maniobras dilatorias dirigidas a aplazar su celebración"*[825].

5.5 Derecho a no incriminarse según el TC.

5.5.1 El TC y la aportación de documentos: diferencia entre aportar prueba y soportar prueba.

La controversia sobre el alcance del derecho, analizada desde una perspectiva constitucional, tuvo su primer caldo de cultivo en las pruebas de alcoholemia puestas en entredicho en procesos penales seguidos por delitos contra la seguridad vial. Ante estos reproches, la STC núm. 103/1985 de 4 octubre señaló[826] que la obligación legal de someterse a los controles de alcoholemia no equivalía a emitir una declaración en la que se admitiera la propia culpabilidad, tratándose simplemente de un acto de tolerancia a la pericia. En base a ello, rechazó que infringiera el derecho a no incriminarse[827].

Referida a la aportación de documentos – contables – establece la STC núm. 76/1990 de 26 abril, que su exhibición, como elemento que permite acreditar la situación económica del contribuyente de cara a la Administración Tributaria, es imprescindible para asegurar el cumplimiento de las obligaciones fiscales, por lo que su aportación no equivale propiamente a la emisión de una declaración autoinculpatoria que, según esta resolución, es lo que protegería el derecho previsto en el artículo 24.2 CE. En definitiva, respecto a los requerimientos de aportación documental, resume LÓPEZ ORTEGA la doctrina del TC: "*la exhibición de tales documentos* [datos, informes, antecedentes y justificantes que tengan relación con el hecho imponible, se refiere el autor]

[824] Aptdo. 46.
[825] Aptdo. 41.
[826] F.D. 3º.
[827] En similar sentido, la STC núm. 161/1997 de 2 de octubre, estableció que efectuar las pruebas de alcoholemia no supone exigir la realización de una declaración o testimonio mediante el que el sujeto asuma la ejecución de unos determinados hechos, por lo que no menoscabarían el derecho a no declarar contra uno mismo (F.D. 7º).

tampoco equivale a realizar una declaración ni el contribuyente está haciendo una manifestación de voluntad admitiendo su culpabilidad (STC 76/1990")[828].

Analizando la anterior jurisprudencia, AGUALLO AVILÉS y GARCÍA BERRO afirman que para el TC la vulneración del derecho a no incriminarse solo se produce cuando se obliga al sujeto pasivo a aportar prueba, no así cuando tiene que soportarla. En sus palabras: "*se «aporta prueba» cuando se pone conscientemente en conocimiento del poder público datos incriminatorios que no se hallaban a su alcance en el momento del requerimiento"*[829]. Ejemplificando un aportación de prueba documental, y los motivos por los que a criterio de los autores – en contra de lo afirmado por el TC – sí que se produce vulneración del derecho a no incriminarse, señalan: "*cuando un actuario exige bajo coacción a un obligado tributario que proporcione la contabilidad b, de cuya existencia tiene certeza, v.gr., gracias a la información suministrada por trabajadores de la empresa inspeccionada, a través del mero acto de aportación se estaría comunicando tácitamente: en primer lugar, que la contabilidad b efectivamente existe; en segundo lugar, que dicha contabilidad estaba en posesión del obligado tributario; y, en tercer lugar, que el obligado cree que la documentación contable suministrada es la descrita en el requerimiento, y esta es una declaración tácita de indudable contenido incriminatorio que debe gozar de la protección del derecho a no autoincriminarse*".

La doctrina asentada por el TC no ha variado en resoluciones más recientes, tal y como recuerda su Auto núm. 40/2003 de 10 febrero: "*En concreto, ha incidido este Tribunal en que la obligación de aportación o exhibición de documentos contables pertinentes no supone una manifestación de voluntad ni emisión de una declaración que exteriorice un contenido admitiendo la culpabilidad"*[830].

[828] LÓPEZ ORTEGA, J.J., "El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable", en *Comentarios a la C.E,* PÉREZ MANZANO, M., BORRAJO INIESTA, I., (Coords.); RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., CASAS BAAMONDE, M.E., (Dirs.); ARNALDO ALCUBILLA, E., REMÓN PEÑALVER, J., (ed. lit.), *Comentarios a la C.E,* Vol. 1, Tomo 1, Madrid: BOE: Tribunal Constitucional: Wolters Kluwer: Ministerio de Justicia, 2018, págs. 832-839, pág. 833.
[829] AGUALLO AVILÉS, A., GARCÍA BERRO, F., "Deber de colaborar con la administración Tributaria y derecho a no autoincriminarse: un conflicto aparente", AA.VV., *El Asesor Fiscal ante el nuevo siglo*, Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 2000, págs. 94 y siguientes, citados por SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., "Derecho a no autoinculparse… ob. cit. pág. 56.
[830] F.D. 6º.

Como sucediera con el TEDH, el fundamento de esta jurisprudencia del TC, según destacan HERRERA MOLINA[831] y SANZ DÍAZ PALACIOS[832] es que, en lo que respecta a los documentos contables, su existencia no depende de la voluntad del sujeto, sino que vienen requeridos *ex lege*. Subyace además en la jurisprudencia constitucional una marcada voluntad de asegurar el deber de colaboración de los administrados, que se vería ciertamente dificultado con interpretaciones extensivas de la prerrogativa aquí analizada.

Para SANZ DÍAZ PALACIOS, la principal diferencia entre la jurisprudencia del Constitucional y la del TEDH, es que es último añade el matiz de que los documentos requeridos, amén de venir exigidos por Ley, pueden ser requeridos cuando se tenga certeza de su existencia[833].

En referencia también a la diferencia entre la jurisprudencia del TEDH y el TC, dice la STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo), núm. 727/2014 de 4 abril[834] que, si bien el TEDH manifiesta una concepción amplia del concepto "declaración autoinculpatoria", permitiendo incluir los documentos relativos al cumplimiento de las obligaciones tributarias, por su parte, el TC limita su alcance a las declaraciones que exterioricen una asunción de culpabilidad, lo que según el máximo intérprete constitucional español no se extiende a los documentos contables.

Sobre la diferente postura entre el TC y el TEDH, me adhiero sin duda a lo aseverado por GALBE TRABER que, con referencia a la jurisprudencia de Estados Unidos[835], subraya la naturaleza testimonial de la aportación de documentos – lo que permite asimilarla a la declaración propiamente dicha – pues supone "*declarar, como mínimo, que el documento en cuestión existe,*

[831] HERRERA MOLINA, P.M., "Los derechos a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo en el procedimiento inspector (Comentario y traducción de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de diciembre de 1996, Saunders vs. United Kingdom)", *Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, Año nº 13, Nº 2, 1997, págs. 1075-1103, pág. 1092.
[832] SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., "Derecho a no autoinculparse… ob. cit. pág. 256.
[833] SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., "Derecho a no autoinculparse… ob. cit. pág. 257.
[834] F.D. 5º.
[835] También con referencia a la jurisprudencia de Estados Unidos, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., "El derecho a no incriminarse… ob. cit. pág. 70, apunta que existe una excepción a la regla general que permite acogerse a la 5º enmienda para la no aportación de documentos, denominada "*the require records excepction*", que exige 3 requisitos: que el propósito de la recogida sea de carácter administrativo; que los documento requeridos sean del tipo de los que la persona acostumbra a conservar y; que los datos que se requieren deben poseer aspecto público que los haga análogos a documentos de carácter público.

que se está en poder del mismo y que el documento que se aporta es el documento requerido"[836]. De este modo, la distinción del TC entre aportar prueba y soportar prueba es, en mi opinión, absolutamente artificial.

5.5.2 Extracción de consecuencias negativas del silencio. El test de la explicación.

El TC, acogiendo el criterio asumido por el TEDH en el c*aso Murray*, ya citado *ut supra*, avala que en determinadas situaciones se pueda extraer consecuencias negativas del silencio del acusado.

Resume la doctrina la STC núm. 26/2010 de 27 de abril[837], reproduciendo la ya asentada en la Sentencia 202/2000, de 24 de julio[838]: "*la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria."*

Se muestra muy crítico con esta postura ASENCIO GALLEGO[839], para quién tanto la jurisprudencia del TC, como la del TS que trataré a continuación (cabe añadir: la del TEDH) "*esconde o promueve una obligación de responder que no solo atenta al derecho al silencio, sino igualmente al de no hacerlo en contra de uno mismo"*[840]. En cambio, en defensa de la doctrina jurisprudencial, argumenta FUENTES SORIANO que "*no reconocer absolutamente ningún valor al silencio -negar, pues, su propia existencia- puede llegar a chocar frontalmente con el razonamiento lógico y el criterio de libre valoración de la prueba"*[841].

Según mi criterio, y como afirma LÓPEZ ORTEGA[842], la postura del Constitucional supone en realidad que los Tribunales pueden emplear el silencio como un motivo *a mayor abundamiento* de

[836] GALBE TRAVER, G., "Cuatro tesis sobre el derecho… ob. cit. pág. 6. Valdría para confirmar esta postura el ejemplo antes citado de AGUALLO AVILÉS y GARCÍA BERRO, explicando qué supone aportar prueba en relación con la contabilidad b.
[837] F.D. 6º.
[838] F.D. 3º.
[839] ASENCIO GALLEGO, J.M., "El derecho al silencio como manifestación… ob. cit. pág. 268 y siguientes, fundamentalmente.
[840] ASENCIO GALLEGO, J.M., "El derecho al silencio como manifestación… ob. cit. pág. 271. También en un sentido crítico con esta postura NIEVA FENOLL, J., "Derecho Procesal III… ob. cit. págs. 168-169.
[841] FUENTES SORIANO, O., "El derecho al silencio y sus consecuencias en el proceso", *Revista General de Derecho Procesal* nº46, 2018, pág. 15.
[842] LÓPEZ ORTEGA, J.J., "El derecho a no declarar… ob. cit. pág. 836.

lo que ya han considerado probado, es decir, que se utiliza más a efectos argumentativos que como sustento real de la convicción alcanzada.

5.6 Derecho a no incriminarse según el TS.

5.6.1 Extracción de consecuencias negativas del silencio. Asunción del "test de la explicación".

Ligándolo con el final del anterior aptdo., también el TS admite que se extraigan consecuencias perjudiciales del silencio del sujeto pasivo del proceso cuando el resto de los elementos apuntan hacia su culpabilidad.

Muestra de ello sería la Sentencia núm. 1073/2012 de 29 noviembre[843]: "*Si han aducido otra hipótesis con pretensiones explicativas será necesario refutarla poniendo de manifiesto su irracionalidad o su incompatibilidad con otros elementos acreditados. Si sencillamente han guardado silencio no ofreciendo otra explicación de esos datos objetivos y verificados, puede legítimamente concluirse que se debe a que no hay otra explicación posible. De existir, se hubiese expuesto. Eso no significa que la condena se base en el silencio, sino que la prueba de cargo sigue incólume pues la persona a cuya culpabilidad apunta no alega otra explicación diferente que refute su inequívoco carácter inculpatorio*".

Sabedor el Alto Tribunal de la difícil ponderación entre el silencio del acusado como elemento inculpatorio, y el derecho a no incriminarse, matiza en la referida resolución que su relevancia solo puede tener carácter accesorio en el fallo, sin que en ningún caso pueda articularse como aspecto fundamental de la condena.

Pero ¿qué sucede cuando el sujeto pasivo declara en las fases iniciales del proceso penal y luego decide guardar silencio?

En estos supuestos, dice la STS núm. 1276/2006 de 20 diciembre[844], tiene cabida que el juzgado de instancia proceda a la lectura de las declaraciones practicadas, pues esa actitud – no contestar, cuando en momento anteriores sí que lo había hecho – constituye la contradicción contemplada

[843] F.D. 3º.
[844] F.D. 6º.

por el artículo 714 LECrim[845]. Este criterio del Supremo es a todas luces desacertado[846]: coarta el derecho del acusado a no incriminarse, y atenta contra la literalidad del artículo 714 LECrim, expresamente referido a los testigos. De hecho, el artículo 405 LECrim establece que, en caso de contradicción o retractación con las declaraciones prestadas anteriormente, se debe preguntar al procesado sobre el móvil o causas de la retractación, sin que expresamente se habilite a extraer consecuencias de ese repentino cambio. Debe apuntarse, no obstante, que el artículo 46.5 LOTJ sí que hace extensibles las consecuencias que prevé el artículo 714 LECrim para el acusado.

5.6.2 Aportación de documentos con contenido directamente incriminatorio.

Como expone la STS núm. 1493/1999 de 21 diciembre[847], la prohibición de coacción para que el sujeto pasivo aporte documentos se limita a aquellos que tengan "*un contenido directamente incriminatorio*". Así, acudiendo a la visión pragmática que también sustenta la posición del Constitucional, señala la resolución analizada que lo contrario supondría el "*entorpecimiento de las legítimas funciones de la Administración, en perjuicio del interés público*".

---

[845] "*Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe*." El artículo 685 del Anteproyecto LECrim 2020 contiene una previsión similar a este artículo, señalando "*1. Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada o aportada al procedimiento de investigación podrá pedirse, por cualquiera de las partes, su lectura total o parcial, siempre que se aporte en el acto el testimonio de la misma obtenido conforme a lo dispuesto en el artículo 631 de esta ley.*
2. Tras la lectura, el presidente del tribunal invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que se observe entre sus declaraciones.
3. La declaración efectuada en la fase de investigación que sea leída en el juicio oral no tendrá valor probatorio de los hechos en ella afirmados, pero podrá servir para determinar la credibilidad de la declaración prestada por el testigo en el acto del juicio.
4. Cuando en el curso del interrogatorio o en otro momento del juicio se pongan de manifiesto elementos objetivos y concretos que permitan entender que las variaciones en la declaración del testigo se deben a que ha sufrido una coacción o amenaza grave, se podrá interesar que se lea o reproduzca la grabación de la declaración que se hubiese obtenido de acuerdo con lo dispuesto en el título VIII del libro IV de esta ley, a la que el tribunal podrá atribuir valor probatorio de lo que en ella se afirma.
En este caso, el tribunal podrá acordar de oficio que se realicen las comprobaciones que sean necesarias para verificar que el testigo ha sido sometido a coacción o amenaza, interrumpiendo para ello las sesiones del juicio si fuera necesario."

[846] Se muestra a favor del criterio del TS, FUENTES SORIANO, O., "El derecho al silencio y sus consecuencias en el proceso", *Revista General de Derecho Procesal* nº46, 2018, pág. 20: "*En tanto en cuanto se ha concebido este silencio como una forma de defensa -y por tanto como una actuación con relevancia procesal-, esta actitud ofrece un resultado que cabe entender "en contradicción" con las manifestaciones emitidas en anteriores estadios procesales y sobre la base de la cual, el art. 714 LECrim autoriza a pedir explicaciones o aclaraciones al interrogado procediendo a su lectura en el plenario*."

[847] F.D. 37º.

Resulta destacable por su contenido didáctico sobre la cuestión aquí tratada la STS núm. 277/2018 de 8 junio, dictada en el conocido como *caso Nóos*, cuyo F.D 42º comienza con la siguiente pregunta: "*¿Es viable recabar de un investigado la entrega de documentación que podría servir para su imputación?"* Tras ello, la resolución realiza un exhaustivo examen jurisprudencial, tanto de sentencias nacionales como europeas, destacándose por el Alto Tribunal, en referencia al delito fiscal, "*que el legislador ha de habilitar las potestades o los instrumentos jurídicos que sean necesarios y adecuados para que, dentro del respeto debido a los principios y derechos constitucionales, la Administración esté en condiciones de hacer efectivo el cobro de las deudas tributarias*." A este respecto, afirma que el derecho a no incriminarse protege únicamente los documentos que tienen existencia independiente de la voluntad del sujeto y, además, las declaraciones que tengan un contenido directamente incriminatorio efectuadas con carácter previo al proceso, o durante el mismo, obtenidas mediando coacción.

5.7 Derecho a no incriminarse y personas jurídicas.

5.7.1 Reconocimiento legislativo y dudas doctrinales sobre su alcance.

La aplicabilidad del derecho a no incriminarse a las personas jurídicas[848] era uno de los grandes interrogantes doctrinales antes de la entrada en vigor del régimen sustantivo de responsabilidad

[848] La cuestión no es pacífica tampoco atendiendo a la regulación de otros países: Estados Unidos niega el derecho a las personas jurídicas [Hale v. Henkel, 201 U.S. 43 (1906)]; Reino Unido lo reconoce desde 1939; Alemania, como he referido *ut supra*, descarta su aplicabilidad a los entes colectivos al considerar que se trata de una prerrogativa íntimamente relacionada con la dignidad de la persona física; Chile, igualmente, se opone a su aplicabilidad a las personas jurídicas (vid. a este respecto HERNÁNDEZ BASUALTO, H., ¿Derecho de las personas jurídicas… ob. cit. pág. 217-263). Las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros de la UE sobre el derecho a no incriminarse provocan, según ARANGÜENA FANEGO, C., "El derecho al silencio, a no declarar… ob. cit. pág. 467, que quepa "*exportar/exigir nuestro propio estándar de garantías en todos los requerimientos de cooperación judicial que se reciban en España de otros Estados miembros en relación con medidas de investigación, cautelares o de ejecución*".

penal de los entes colectivos[849]. La incógnita fue *pronto*[850] resuelta con el artículo 409 bis LECrim, cuyo párrafo primero *in fine* reconoce que a la declaración de la persona jurídica como investigada "*le será de aplicación lo dispuesto en los preceptos del presente capítulo en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluidos los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable"*[851]. El párrafo segundo recoge como presunción que la no asistencia a la declaración del representante designado por la entidad equivaldrá a que se tenga por efectivamente celebrada, y por ejercitado su derecho a no declarar.

Con idéntico tenor, pero ya enmarcado en el juicio oral, el artículo 786 bis LECrim señala que el representante que tenga designado la persona jurídica podrá declarar y, en su caso, ejercitar el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable[852].

Pese esta claridad normativa, varios autores abogan por disminuir el alcance del derecho a no incriminarse[853] en comparación con el que asiste a las personas físicas.

---

[849] PEDRAZ PENALVA, E., PÉREZ GIL, J., CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., "Aspectos procesales de la reforma del Código Penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dirs.) MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PÜSCHEL, A., (Coords.), *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, págs. 19-30, pág. 27; HERNANDEZ GARCÍA, J., "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables", *Diario La Ley*, nº 7427, Sección Doctrina, 18 de Junio de 2010, Año XXXI, Ref. D-202, pág. 8; GÓMEZ COLOMER, J.L., "El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica en España: Particularidades sobre sus derechos fundamentales y la necesaria reinterpretación de algunos principios procesales, a la vista de esta importante novedad legislativa.", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* núm. 27/2012, pág. 11.

[850] Cabe recordar que pese al calado de la novedad legislativa que supuso la entrada en vigor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no fue hasta la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, cuando se introdujo la regulación procesal al respecto.

[851] En similar sentido, el artículo 83 del Anteproyecto LECrim 2020, en los párrafos segundo y tercero del aptdo.2, señala: "*Cuando se atribuya a una persona jurídica la comisión de un delito, se tomará declaración al representante especialmente designado por la entidad, asistido de su abogado. La declaración irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la persona jurídica encausada y de las demás personas que también hubieran también podido intervenir en su realización. A dicha declaración le será de aplicación lo dispuesto en la presente ley para la declaración de la persona encausada en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluido el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.*
No obstante, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica encausada para su representación determinará que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar."

[852] El párrafo segundo del aptdo. 1 del artículo 84 del Anteproyecto LECrim 2020 establece: "*Dicha persona podrá declarar en nombre de la persona jurídica cuando lo solicite su defensa, en cuyo caso será de aplicación lo establecido en esta ley para la declaración de la persona acusada. Tendrá derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable y podrá ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio*".

[853] Debate, por cierto, solo abierto en relación con este derecho, si bien cabría preguntarse por qué, con el mismo fundamento, no cuestionárnoslo respecto a, por ejemplo, el derecho de defensa, o la presunción de inocencia.

ARANGÜENA FANEGO[854] afirma que el derecho tiene menor intensidad que respecto a las personas físicas, sustentando su opinión en lo que denomina "*problemas de deslinde*" entre el deber de colaboración con las autoridades (principalmente con la aportación de documentos requeridos en el marco, por ejemplo, de los procedimientos administrativos fiscales o de blanqueo de capitales) y la utilización de esos soportes como prueba de cargo en un posterior proceso penal contra el mismo ente.

En idéntico sentido NEIRA PENA, tras indicar que "*los intereses que se defienden en el caso de las personas físicas son superiores a los que se defienden en el caso de las personas jurídicas"*[855], afirma que el derecho a no incriminarse de las personas jurídicas tiene inferior alcance que respecto a las físicas, pues "*las posibilidades de intervención legislativa, en orden a controlar y regular las actividades de las personas jurídicas, son más amplias que las que legítimamente se ostentan en relación con los individuos"*[856].

No comparto las opiniones antes descritas. Ese deber de colaboración en base al cual se cercena el derecho a no incriminarse de los entes colectivos es de aplicación, también, a las personas físicas. Cuestión distinta es que las corporaciones sean más frecuentemente requeridas en el marco de procedimientos inspectores – no en vano, son el vehículo habitual para el ejercicio de actividades económicas – o que sus obligaciones de tenencia de determinados documentos sean sustancialmente mayores que las personas físicas, al menos cuando éstas últimas no actúan en un ámbito profesional. En realidad, ese razonamiento, mayoritario a nivel doctrinal[857], esconde el otorgamiento de primacía a las labores inspectoras del Estado, previstas en el artículo 118 CE[858], sobre un derecho fundamental como el objeto de análisis en este capítulo[859]. No quiero decir con

[854] ARANGÜENA FANEGO, C., "El derecho al silencio, a no declarar… ob. cit. págs. 469-470.
[855] NEIRA PENA, A.M, "La persona jurídica como parte pasiva… ob. cit. pág. 480.
[856] NEIRA PENA, A.M, "La persona jurídica como parte pasiva… ob. cit. pág. 480.
[857] Como otro exponente, se puede citar a SERRANO ZARAGOZA, O., "Contenido y límites del derecho… ob. cit. pág. 11.
[858] En similar sentido, pero en el ámbito tributario, se refieren los artículos 92 y siguientes de la Ley General Tributaria. En ese campo, como apunta ALARCÓN SOTOMAYOR, L., "El adelanto excepcional a la inspección administrativa del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo: casos y causas", AA. VV., *Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Alicante, 8 y 9 de febrero de 2013, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), págs. 199-2010, págs. 202-203, se le imponen al obligado tributario prestaciones de hacer algo.
[859] En realidad, el problema que pone de manifiesto ARANGÜENA FANEGO solo tendrá solución si se produce una distinción real entre el procedimiento administrativo de comprobación e inspección, destinado a efectuar las correspondientes liquidaciones, con los procedimientos posteriores de índole punitiva, de tal forma que no sea posible

esto que cualquier requerimiento documental en el marco del procedimiento administrativo previo equivalga a la vulneración del derecho a no incriminarse, solo que este argumento no debería servir para diferenciar a las personas físicas de la jurídicas.

En realidad, dado que tanto las personas físicas como las jurídicas, cuando son parte pasiva del proceso, se encuentran en idéntica situación – sin que para ello obste que tengan lógicamente sus particularidades – deben tener, también, los mismos derechos procesales, inclusive un derecho a no incriminarse que, como he indicado, no cabe duda de que es una concreción de los derechos de defensa y a la presunción de inocencia[860], ambos respecto a los que resulta indiscutida su plena aplicabilidad a las personas jurídicas.

Me adhiero, pues, a lo afirmado por GONZÁLEZ CUÉLLAR-SERRANO y JUANES PECES[861]: "*si pueden delinquir como las personas físicas, sus derechos ante la justicia penal son los mismos*". No debe olvidarse además que cualquier limitación de derechos que se efectúe sobre las personas jurídicas, en este u otros aspectos, puede tener un efecto reflejo en las personas físicas coimputadas en el mismo proceso.

---

que documentos aportados coactivamente en los primeros accedan a los segundos. En esta línea, CASAS AGUDO, D., "A vueltas con el derecho a no autoinculparse y su dialéctica con los deberes de colaboración tributaria.", *Revista Quincena Fiscal* núm. 10/2017, parte Estudios, pág. 25, con referencia previa al ejemplo de Alemania, indica: "*en los casos en los que, como sucede en nuestro país, los procedimientos de liquidación y sancionatorio se hallen separados (con división también orgánica), el deber de colaboración del contribuyente regirá con todo su vigor en el primero de ellos, donde no será aplicable el derecho a no autoincriminarse. En tal supuesto, el modo de satisfacer este consistirá en no utilizar la información autoincriminatoria obtenida en el procedimiento de aplicación del tributo como base de la infracción en el procedimiento sancionador (o de la acusación en el proceso penal).*" Como apunta este mismo autor en la obra en cita (pág. 28) la posibilidad establecida por el artículo 210 de la Ley General Tributaria, de que se incorporen al procedimiento sancionador los materiales previos obtenidos en los procedimientos de aplicación de los tributos, dificulta un correcto respeto del derecho a no incriminarse en el marco de los procedimientos tributarios.

[860] GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., "Imputación de personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa", *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº40, septiembre de 2016, pág. 62, apunta: "*Si el fundamento del derecho es la presunción de inocencia no existe elemento que justifique una restricción* [al derecho a no incriminarse] *como la planteada*".

[861] GONZÁLEZ CUÉLLAR-SERRANO, N., JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor", *Diario La Ley* nº. 7501, 3 de noviembre de 2010, Año XXXI, Ref. D-335, pág. 12.

5.7.2 Extensión subjetiva del derecho a no incriminarse de las personas jurídicas.

La determinación de los miembros de la persona jurídica que pueden argüir el derecho a no incriminarse de la corporación para negarse a colaborar con las autoridades es uno de los puntos candentes una vez consagrado la aplicabilidad de esta prerrogativa a las entidades[862].

La cuestión tiene una alta incidencia para las investigaciones en entornos empresariales, en los que será enormemente complicado el esclarecimiento de la verdad si no se cuenta con cierta colaboración de sujetos pertenecientes a la empresa imputada. A resultas del *choque* entre el debido aseguramiento del derecho, y el correcto desenvolvimiento de la indagación por las autoridades, el grueso de las soluciones doctrinales puestas sobre la mesa hasta la fecha adolece de inconvenientes, por exceso o por defecto[863].

Un primer grupo de autores atribuyen esta potestad *solo* al representante especialmente designado. Así lo afirma NEIRA PENA, para quien de lo contrario se desnaturalizaría el derecho convirtiéndolo en un "*escudo de la entidad frente a la investigación penal"*[864]. También en esta corriente se ubicaba MAZA MARTÍN[865] que, sin embargo, matizaba que se debe advertir a las personas físicas de que pueden guardar silencio ante las preguntas que puedan contribuir a su propia incriminación.

---

[862] Antes de la entrada en vigor del régimen sustantivo de responsabilidad penal de las personas jurídicas la cuestión se producía en un sentido, digamos, *inverso*, requiriéndose a la persona jurídica para que aportara documentos con potencial contenido incriminatorio para sus socios - administradores, actuación convalidada en la STC núm. 18/2005 de 1 de febrero pues, según indicaba la meritada resolución, no se cumplía el requisito subjetivo de que la coacción para la aportación de documentos se hubiera dirigido contra la persona física que sufrió las consecuencias negativas. Este criterio ha sido posteriormente matizado, en la STC núm. 54/2015 de 16 de marzo, en la cual el requerimiento coactivo dirigido a un socio administrador sustenta que se entienda infringido el derecho a no incriminarse de la persona jurídica. Al respecto, afirma FALCÓN Y TELLA, R., "El derecho a no declarar y la inviolabilidad del domicilio: la STC 54/2015, de 16 de marzo", *Revista Quincena Fiscal*, núm. 13/2015, pág. 3 que en esta resolución "*se abandona la distinción entre datos declarados por la misma persona y por una persona distinta (la sociedad que se gestiona), pues aunque no hay un pronunciamiento expreso sobre este punto, se niega la posibilidad de utilizar la confesión producida a efectos del Impuesto sobre Sociedades de 2003 y 2005 y el IVA de 2003, en procedimientos sancionadores referidos tanto al Impuesto sobre Sociedades y al IVA de otros ejercicios, como al IRPF, lo que supone un importante avance, aunque sea implícito, si este criterio se confirma*".

[863] Se trata de la problemática que plantea GASCÓN INCHAUSTI, F., "Proceso Penal y persona jurídica… ob. cit. pág. 139: la correcta garantía del derecho, sin imposibilitar el ejercicio de *ius puniendi*.

[864] NEIRA PENA, A.M, "La persona jurídica como parte pasiva… ob. cit. pág. 491.

[865] MAZA MARTÍN, J.M., "Problemática procesal derivada… ob. cit. pág. 5.

No obstante, como señala ARANGÜENA FANEGO[866], esta posición podría provocar que la persona jurídica tenga dificultades para designar un representante especial con cierto conocimiento de los hechos, toda vez que las acusaciones tendrán en su mano solicitar la citación como testigos de todos los administradores, socios y trabajadores que tengan relación con el ilícito objeto del proceso[867].

En el extremo opuesto estaría la postura que aboga por extender el alcance subjetivo a todos los miembros de la persona jurídica en su condición de potenciales causantes de la responsabilidad penal del ente. Esta corriente, según denuncia DOPICO GÓMEZ-ALLER[868], además de partir de la premisa errónea de que cualquier empleado *es* la persona jurídica, en la práctica imposibilitaría la investigación penal.

A partir estas dos surgen multitud de posiciones eclécticas.

Para DEL MORAL GARCÍA MARTÍN[869], el ejercicio se debe extender a los representantes legales y miembros de los órganos directivos de la persona jurídica. Otorga de este modo el magistrado del Alto Tribunal mayor amplitud que los autores que lo limitan al órgano de administración de la empresa[870].

En mi opinión, la visión[871] que mejor se ajusta a la *ratio* de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es la que lo extiende a las personas incluidas en la letra a) del aptdo. 1 del artículo 31 bis CP[872]. En efecto, si el injusto de las personas jurídicas es el defecto organizativo, el alcance

[866] ARANGÜENA FANEGO, C., "El derecho al silencio, a no declarar… ob. cit. pág. 468.
[867] Esta solución atentaría, por lo tanto, contra la defensa material de la persona jurídica.
[868] DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Proceso penal contra personas jurídicas… ob. cit. pág. 8.
[869] DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, A., "El Estatuto jurídico procesal… ob. cit. pág. 95.
[870] GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., "Imputación de personas jurídicas… ob. cit. págs. 62 y siguientes.
[871] Como denuncia ARANGÜENA FANEGO, C., "El derecho al silencio, a no declarar… ob. cit. págs. 468-469: "*sería necesario llevar a cabo un análisis de su organización para establecer de manera objetiva en qué personas físicas concretar los referidos derechos y atender también a aquellos aspectos de su funcionamiento más relacionados con la responsabilidad penal que se le atribuya a fin de delimitar objetivamente las materias sobre las que proyectar la garantía. Lo que pasa por una adecuada reforma de la LECrim que aborde esta cuestión, delimitando con precisión las personas físicas a las que alcanza el derecho a no autoincriminarse de la persona jurídica*." Esto tiene ciertas similitudes con la jurisprudencia del caso Upjohn, conocida como "caso por caso", a la que me he referido en el aptdo. 4.3.5.1 (capítulo 4) para determinar los sujetos amparados por el secreto profesional de las personas jurídicas.
[872] En esta línea, GALBE TRAVER, G., "El secreto profesional del abogado… ob. cit. pág. 8, "*el propio precepto está identificando al círculo de personas físicas que, a efectos penales, son la persona jurídica. Y para ello, como se ve, emplea un criterio material, puesto que lo decisivo para integrarse en el aptdo. a) es esa posibilidad de tomar decisiones u ostentar facultades de organización y control dentro de la persona jurídica*".

subjetivo del derecho a no incriminarse debe coincidir exactamente con aquellos sujetos que tienen en su mano el debido control empresarial.

5.7.3 Ámbito objetivo del derecho a no incriminarse de las personas jurídicas. Especial referencia a su aplicabilidad a los elementos del modelo de prevención penal.

Para las personas jurídicas el control de la documentación es, también, el mejor salvoconducto para su exoneración de responsabilidad[873]. De ahí la relevancia de determinar el alcance objetivo del derecho a no incriminarse.

La cuestión no puede afrontarse desde otro prisma que el empleado para las personas físicas que, según la jurisprudencia del TEDH, pueden ser requeridas a la aportación de documentos, incluso con el apercibimiento de imposición de sanciones, cuando los soportes compelidos vengan determinados *ex lege*[874], siempre que de algún modo las autoridades requirentes tengan certeza de su existencia, permitiendo así que la solicitud se refiera a elementos concretos.

Lógicamente, como resulta incontrovertido también para las personas físicas, no se puede obligar a la persona jurídica, so pena de sanción, a efectuar declaraciones con contenido autoincriminatorio.

En ambos supuestos – testimonios y aportaciones documentales –, de acuerdo con lo afirmado por GASCÓN INCHAUSTI[875], el derecho a no incriminarse de la persona jurídica se extenderá a los hechos de referencia, atribuibles a la persona física y que constituyen el presupuesto del delito corporativo; y a los hechos internos, constitutivos del defecto organizativo.

Los anteriores parámetros se deben proyectar principalmente hacia el ámbito de los modelos de prevención penal.

---

[873] Los procedimientos penales más relevantes seguidos en nuestro país frente a las personas jurídicas están poniendo de relieve este aspecto, como sucede con el BBVA (https://www.capitalmadrid.com/2020/7/8/56985/bbva-utiliza-argumentos-juridicos-sorprendentes-para-negar-documentos-al-juez.html última visita 29/07/2020) o IBERDROLA (https://www.vozpopuli.com/economia-y-finanzas/iberdrola-imputacion-villarejo_0_1377162498.html última visita 29/07/2020).

[874] ARANGÜENA FANEGO, C., "El derecho al silencio, a no declarar… ob. cit. pág. 472.

[875] GASCÓN INCHAUSTI, F., "Proceso Penal y persona jurídica… ob. cit. pág. 136. En el mismo sentido, GARAU ALBERTI, C., "Derecho a no autoincriminarse de la persona jurídica", *Diario La Ley*, Nº 9032, Sección Tribuna, 1 de septiembre de 2017, pág. 5.

Aunque resulte una obviedad recordarlo, la aprobación e implantación del *compliance program* no viene exigida por ninguna norma[876], aunque lógicamente su no aprobación e implantación previamente a la comisión de un ilícito en su seno puede conllevar consecuencias nefastas para el ente colectivo.

La no obligatoriedad de los modelos de prevención penal es precisamente lo que ha provocado cierta unanimidad doctrinal en torno a la idea de que no se puede compeler a las personas jurídicas a la aportación de los elementos que lo componen.

MAGRO SERVET se pregunta abiertamente si cabe requerir a la persona jurídica objeto de investigación que facilite el modelo de prevención penal instaurado, a lo que el magistrado del TS contesta negativamente, recordando además que no se pueden extraer consecuencias negativas de esa no aportación[877]. El autor justifica su postura en que, pese a ello, la acusación tiene en su mano promover el nombramiento de un perito que determine la existencia del programa, debiendo la empresa tolerar dicha pericia.

Abunda en esta posición DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, para quien la persona jurídica estaría plenamente habilitada a desatender los requerimientos documentales o, incluso a proporcionar información falsa sin que ello provoque responsabilidad penal[878].

Compartiendo la opinión de los citados autores, sí que considero que la cuestión merece una serie de matizaciones, y más ante determinadas novedades legislativas, por lo que me referiré a los

[876] Atrás quedó, al menos de momento, la intención legislativa de configurar como un tipo penal autónomo el incumplimiento de las medidas de supervisión, vigilancia y control de la propia actividad para evitar delitos, que se contemplaba en el proyecto de reforma del CP de octubre de 2013. Concretamente, decía el malogrado 286 seis CP: "*Será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida*."

[877] MAGRO SERVET, V., "¿Es válido que el juez inste el requerimiento de documentos al investigado en el proceso penal a instancia de la acusación?", *Diario La Ley*, nº 9602, Sección Doctrina, 26 de marzo de 2020, pág. 2.

[878] DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, A., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos contra la hacienda pública", Antonio del Moral García (mjusticia.gob.es) (última visita 30/07/2020), pág. 15.

distintos elementos que, según el aptdo. 5 del artículo 31 bis CP, deben componer el modelo de prevención penal:

1. Por lo que respecta al mapa de riesgos, piedra angular del modelo y, con ello, aspecto crítico a controlar por la persona jurídica, es indiscutible que solo si la corporación estima que su aportación puede resultar favorable a sus intereses defensivos accederá – voluntariamente – al procedimiento. No cabe, por lo tanto, que se requiera su unión por medios coactivos.

2. Como segundo elemento, el protocolo de formación de la voluntad societaria resulta también inaccesible para las acusaciones. No obstante, en las sociedades cotizadas, con especiales deberes de publicidad, serán cognoscibles las normas de funcionamiento interno de la junta general (se elaborará un reglamento, artículo 512 LSC, que, según el artículo 513 LSC se deberá publicar por la CNMV) y, en cuanto al consejo de administración, contará también obligatoriamente con un reglamento (artículo 528 LSC), del que se dará la debida publicidad por la CNMV (artículo 529 LSC). A ello se debe unir que los sistemas de control del riesgo establecidos por la Sociedad deberán constar referidos en el informe anual de gobierno corporativo (artículo 540 LSC). En definitiva, sin que los antedichos documentos permitan un conocimiento absoluto de la estructura interna de toma de decisiones, habilitarán a las acusaciones contar con información adicional a la que dispondrán respecto a las sociedades *normales*.

3. El tercer elemento del sistema defensivo – modelo de gestión de los recursos financieros – es probablemente uno de los más expuestos. El hecho indubitado de que necesariamente un modelo de prevención penal idóneo y eficaz debe dejar un rastro contable (principalmente, en forma de gastos), unido a que la llevanza de contabilidad sí que es un aspecto exigido *ex lege* que, como he referido anteriormente, puede ser compelido por las autoridades, es posible, y desde luego será habitual, que las acusaciones insten la elaboración de informes periciales contables mediante los que determinar la insuficiencia de los recursos financieros que la persona jurídica haya puesto a disposición de la prevención de ilícitos.

4. El cuarto aspecto del modelo de organización y gestión es el que, como ya he tenido oportunidad de apuntar, ha sufrido un diametral cambio. Así, los canales de denuncias a los que se refiere el CP serán una obligación legal, por mor de la Directiva *Whistleblower*, tanto para las administraciones públicas como para las entidades privadas con al menos cincuenta trabajadores. Los elementos que acrediten la existencia del canal, y el registro de denuncias, serán por lo tanto aspectos a disposición de las autoridades, que podrán requerirlos coactivamente. De este modo, dado que el derecho a no incriminarse puede no ser ya suficiente para proteger el resultado de las investigaciones internas llevadas a cabo por la persona jurídica, la única medida eficaz para salvaguardar este material será su refugio bajo la confidencialidad abogado – cliente, lo que obligará a que la gestión del canal de denuncias, al menos parcialmente, se externalice en un letrado ajeno a la entidad.

5. Como quinto aspecto, el sistema disciplinario para dar respuesta a los incumplimientos detectados ha quedado fuera del alcance de la Directiva *Whistleblower*, por lo que las autoridades no podrán requerir la aportación de los procesos disciplinarios que se hayan incoado en el seno de las personas jurídicas.

6. Por último, resultan igualmente indisponibles para las acusaciones las verificaciones periódicas que se hayan efectuado del modelo de organización y gestión de los riesgos penales.

Como corolario, aunque en ningún caso la persona jurídica se verá obligada a aportar su modelo de prevención *en bloque*, aspectos periféricos del mismo sí que serán asequibles para la investigación penal. A este respecto, debe recordarse que un *compliance program* que incumpla cualquiera de los seis requisitos que marca el aptdo. 5 del artículo 31 bis CP, no podrá ser tildado de idóneo, por lo que a las acusaciones les podría bastar la acreditación de la inexistencia de recursos financieros suficientes, o las deficiencias del canal de denuncias (por ejemplo), para evitar así la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica.

CAPÍTULO 6. PRUEBA EN LOS PROCESOS PENALES FRENTE A PERSONAS JURÍDICAS.

6.1 Planteamiento.

Este capítulo surge con cierta vocación de servir de *puente* entre la primera parte del trabajo, centrada en los derechos procesales afectantes a la investigación y enjuiciamiento de las personas jurídicas; y la segunda, ya referida al informe pericial. No por ello está exento de importancia, tratándose en las próximas líneas aspectos que resultarán vertebradores de los procesos penales en que intervengan sujetos colectivos como parte pasiva.

El aptdo. inicial del capítulo se referirá al derecho procesal de rango constitucional (artículo 24.2 CE) a utilizar los medios de prueba pertinentes que, junto al derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, y el más amplio derecho de defensa, constituyen el haz de prerrogativas en que se sustenta la proposición y admisión de prueba, tanto para la parte actora como para la defensa.

El siguiente punto tendrá por objeto la presunción de inocencia, verdad interina que, precisamente, se busca enervar con la prueba a practicar a instancia de la acusación. En el seno de este aptdo. me referiré a las matizaciones ineludibles sobre el concepto "carga de la prueba" en el proceso penal, al tratarse de una construcción *heredada* de la jurisdicción civil que, como analizaré, no tiene idéntico contenido en ambos procesos.

En el sentido opuesto a la prueba acusatoria sobre el defecto organizativo (cuya efectiva acreditación permitirá tener por superada la presunción de inocencia que asiste a la persona jurídica), previsiblemente se desplegará por la defensa prueba tendente a demostrar la conocida como eximente de *compliance*. Si efectivamente la carga de atestiguar ese aspecto le corresponde a la defensa, o si ello vulneraría la presunción de inocencia antes referida, es un elemento discutido ya en los primeros pronunciamientos del TS.

Como aptdo. final del capítulo, haré referencia a los elementos de prueba empleables por la acusación y la defensa corporativa.

6.2 Derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes para su defensa (artículo 24.2 CE).

6.2.1 Naturaleza jurídica y definición.

El derecho a la prueba – a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa – está previsto entre los "*derechos constitucionales de contenido procesal*"[879] establecidos en el artículo 24.2 CE. No obstante, igual que sucede con otros de los contemplados en ese precepto, se le puede conceder carácter instrumental del más amplio derecho de defensa[880]. Es, como afirma PICÓ I JUNOY[881], un derecho esencial de los litigantes.

Pese a la indudable relevancia del derecho (es el sustrato de cualquier petición de prueba que tenga lugar en un procedimiento judicial, y subyace también en la decisión que tome el juzgador sobre la solicitud), ha tenido desarrollo sobre todo jurisprudencial[882], sin mucha atención por parte de la doctrina[883], que en la práctica se ha centrado principalmente en analizar los presupuestos exigidos por nuestros tribunales para entender asegurado su cumplimiento. Tampoco el CEDH recoge en el artículo 6 un derecho específico sobre este particular, considerándose implícito en la exigencia de

[879] Así los denomina la STC núm. 51/1985 de 10 de abril (F.D. 9º).
[880] Encontramos numerosas resoluciones que lo relacionan también con el derecho a la tutela judicial efectiva (por todas, ATS de 4 de diciembre de 2007).
[881] PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona: Bosch, 1996, pág. 15. Al respecto, dice el autor (pág. 35) que "*nuestro constituyente pretendió subrayar la estrecha relación existente entre los derechos a la prueba y la defensa, mediante la expresión «para su defensa»*"
[882] CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., "El derecho a la defensa y asistencia letrada: El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes", *Cuadernos de derecho público*, Nº 10, 2000, págs. 113-132, pág. 125, señala: "*Esta elaboración doctrinal del derecho a partir de pronunciamientos recaídos en recursos de amparo ha generado una manifiesta pérdida de autonomía e identidad sustantiva del derecho hasta el punto de que, al día de hoy, se trata de un derecho fundamental altamente diluido en eso que se ha venido a denominar legalidad ordinaria*". Esto, según el autor, se proyecta principalmente en dos cuestiones: la necesidad de agotar los recursos ordinarios para poder denunciar la vulneración del Derecho, lo que implica (pág. 126) que "*el Tribunal Constitucional ha terminado por considerar que solo existe vulneración del derecho a la prueba cuando la Sentencia por la que finalmente se resolvió el asunto es contraria a los intereses de la parte que alega la lesión, siempre que de su lectura se desprenda inequívocamente que la conclusión alcanzada por el Tribunal hubiese sido otra de haberse practicado la prueba solicitada por la parte*." y, además (pág. 126) que "*la jurisprudencia constitucional ha vinculado la práctica totalidad de las garantías probatorias que rigen el proceso penal con el derecho a la presunción de inocencia o, más recientemente, con el derecho a un proceso con todas las garantías, ambos también ubicados en el artículo 24.2 de la Constitución. Ello ha supuesto que toda la problemática de la prueba en el proceso penal y administrativo-sancionador se ha sustraído del derecho fundamental que ahora nos ocupa y que, por consiguiente, toda la temática relativa a la prueba prohibida, la prueba indiciaria o a la prueba preconstituida forme parte del estudio de aquellos otros derechos fundamentales*".
[883] Quizá el motivo de ello sea la "denuncia" que formula SÁNCHEZ CARRIÓN, J.L., "La vertiente jurídico – constitucional del derecho a la prueba en el ordenamiento español", *Revista de Derecho Político* nº. 42, 1997, págs. 185-210, pág. 187, según el cual muchos autores, que defienden su condición de "mera" garantía del proceso, no consideraban por ello necesario su elevación a la categoría de derecho fundamental.

un proceso equitativo, a la igualdad de armas y a un proceso contradictorio. La referencia más concreta sobre la prueba es la contenida en el artículo 6.3.d) CEDH, que alude al derecho a interrogar a los testigos de cargo y descargo, mención a los testigos que ha sido interpretada de forma *generosa* por el TEDH, considerando que debe ampliarse a otros medios de prueba como el interrogatorio de co-acusados[884], víctimas[885], expertos[886], y abarcando incluso la prueba documental[887].

El derecho a la prueba tiene una triple proyección que, en línea con lo afirmado por SÁNCHEZ CARRIÓN[888], perfila su naturaleza jurídica. Así, es primeramente una garantía del proceso cuyo aseguramiento permite además el desenvolvimiento del superior derecho de defensa. En segundo lugar, es con merecimiento un derecho fundamental, al concitar las exigencias para ostentar tal rango, poseyendo "*además de su importancia específica jurídico – individual, una significación jurídico – constitucional por cuanto presenta eficacia simultánea como elemento de defensa y elemento del Ordenamiento Jurídico, como derecho de participación y garantía procesal, como derecho de prestación y directriz para el Legislador"*[889]. En tercer término, resalta el autor su condición de garantía procesal – jurisdiccional, apta para asegurar la eficacia de otros derechos y libertades.

[884] STEDH de 2 de marzo de 2009, *Trofimov c. Rusia*, aptdo. 37, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD000111102
[885] STEDH de 26 de junio de 2009, *Vladimir Romanov c. Rusia*, aptdo. 97, ECLI:CE:ECHR:2008:0724JUD004146 02.
[886] STEDH de 26 de marzo de 1996, *Doorson c. Países Bajos*, ECLI:CE:ECHR:1996:0326JUD002052492, aptdos. 81-82.
[887] STEDH de 5 de junio de 2009, *Mirilachvili c Rusia*, aptdos. 158-159, ECLI:CE:ECHR:2008:1211JUD000629304
[888] SÁNCHEZ CARRIÓN, J.L., "La vertiente jurídico… ob. cit. págs. 189-190.
[889] SÁNCHEZ CARRIÓN, J.L., "La vertiente jurídico… ob. cit. pág. 190.

Con este punto de partida, podría definirse[890] nuestro objeto de estudio como derecho fundamental que impone al tribunal y al legislador[891] la obligación de habilitar a las partes[892] instrumentos que les permitan acreditar el relato fáctico en que sustentan su pretensión.

6.2.2 Contenido del Derecho.

De la jurisprudencia del TC se extraen los siguientes elementos:

a) Derecho a proponer prueba.

Si bien, como afirma SANCHÍS CRESPO[893], el derecho a proponer prueba no aparece específicamente contemplado, debe considerarse ínsito en esta prerrogativa.

b) Derecho de configuración legal.

La asunción constitucional no obsta que su contenido quede fijado por remisión a las reglas, de carácter procesal, que establecen los requisitos para la proposición y admisión de los medios de prueba. De este modo, según apunta la STC núm. 86/2008 de 21 julio[894], no se vulnera el derecho cuando la inadmisión se ajusta al mandato del legislador y la constitucionalidad de tal norma no ha sido puesta en entredicho.

c) Derecho no absoluto: relación con la pertinencia de la prueba.

---

[890] Para PICÓ I JUNOY, J., "El derecho a la prueba… ob. cit. págs. 18-19, "*el derecho a la prueba es aquel que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso*."

[891] SANCHÍS CRESPO, C., "El derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa: un recorrido por la jurisprudencia constitucional*", Tribunales de justicia* nº 5, 1998, págs. 521-529, pág. 521*,* señala que *"supone un mandato al legislador para que a la hora de configurar los distintos procesos respete su contenido esencial*, *siendo posible para cualquier ciudadano y como consecuencia de su condición de derecho fundamental utilizar, para recabar su tutela, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional*". En idéntico sentido, SÁNCHEZ CARRIÓN, J.L., "La vertiente jurídico… ob. cit. pág. 194 apunta que puede ser vulnerado por las Asambleas Parlamentarias.

[892] "*Todos*", empieza diciendo el artículo 24.2 CE, por lo que este derecho es una atribución de la parte actora y de la defensa, pues, como afirma PICÓ I JUNOY, J., "El derecho a la prueba… ob. cit. pág. 34, cuando el precepto habla de defensa "*se refiere a los intereses respectivos que los litigantes defienden y no a una específica posición procesal activa o pasiva*".

[893] SANCHÍS CRESPO, C., "El derecho fundamental… ob. cit. pág. 523.

[894] F.D. 3º.

De acuerdo con lo indicado por la STC núm. 128/2017 de 13 noviembre[895], no es un derecho absoluto[896] que legitime la admisión de cualquier prueba propuesta, sino que únicamente habilita a la aceptación y práctica de las pertinentes y útiles[897]. La pertinencia, dice PICÓ I JUNOY[898] "*supone la relación entre el hecho que pretende acreditarse mediante un determinado medio probatorio y los hechos que constituyen el objeto de la controversia, así como la aptitud para formar la debida convicción del juzgador*".

Es necesario, por lo tanto, como señala la STC núm. 51/1985 de 10 de abril[899], que el medio de prueba pretendido se refiera a un elemento fáctico relacionado con el hecho histórico controvertido, de tal forma "*que la admisión de los distintos medios de prueba está condicionada a que el órgano jurisdiccional competente para el enjuiciamiento los considere pertinentes por su relación con el thema decidendi, relevantes por su capacidad para contribuir a formar la convicción del órgano jurisdiccional decisor sobre el objeto del proceso y necesarios*".

De este modo, en línea con lo afirmado por TARUFFO, "*toda prueba pertinente es admisible'*'[900].

La relevancia del derecho, dado su rango constitucional, provoca que, en caso de duda sobre la pertinencia, como recuerda PICÓ I JUNOY[901] con cita de jurisprudencia[902], debe partirse de "*criterios flexibles que favorezcan la máxima actividad probatoria*". Es preferible, pues, incurrir en *excesos* de admisión.

Como consecuencia derivada de la pertinencia, según afirma CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, el tribunal estaría obligado a "*razonar por qué, en su criterio, el medio probatorio propuesto por la parte no es idóneo o necesario para la resolución del litigio'*'[903]. La motivación permite que el

[895] F.D. 4º letra c).
[896] Tampoco en el proceso penal, siempre más "permisivo" con la admisión de pruebas de la parte pasiva del procedimiento (STC núm. 212/1990 de 20 diciembre, F.D. 3º).
[897] PICÓ I JUNOY, J., "El derecho a la prueba… ob. cit. pág. 41, asevera que la pertinencia y la utilidad suponen los límites intrínsecos de la prueba. Los limites extrínsecos, dice en esa misma página, serían las "*formalidades y cauces procedimentales imprescindibles para ejercitarlo válidamente*." El fundamento de la limitación de que "solo" sean admisibles las pruebas pertinentes y útiles, según el autor (pág. 54), reside en el principio de economía procesal.
[898] PICÓ I JUNOY, J., "El derecho a la prueba… ob. cit. pág. 45.
[899] F.D. 9º.
[900] TARUFFO, M., *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, pág. 355.
[901] PICÓ I JUNOY, J., "El derecho a la prueba… ob. cit. pág. 119
[902] STS de 10 de febrero de 1992 (F.D. 2º), y STC núm. 1/1992 de 13 de enero (F.D. 5º).
[903] CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., "El derecho a la defensa y asistencia… ob. cit. pág. 128.

juicio de admisión, competencia de los tribunales ordinarios, pueda ser enmendado en sede constitucional cuando la decisión sea arbitraria o irrazonable[904].

SANCHÍS CRESPO[905] *suma* a la pertinencia, con acierto, otros requisitos que debe cumplir la prueba ambicionada: legalidad, licitud, y necesidad.

d) Producción de indefensión.

Si en el anterior aptdo. se resaltaba la pertinencia de la prueba, este podría concatenarse con la relevancia.

Según la STC núm. 104/2003 de 2 de junio, para que se entienda infringido el derecho, es necesario que la prueba denegada (o admitida pero no practicada por cuestiones ajenas a la parte[906]) tenga "*virtualidad exculpatoria"*[907] o, en otras palabras, resulte "*decisiva en términos de defensa"*[908] y que, por lo tanto, su inadmisión genere indefensión[909].

Con los anteriores parámetros, la prueba practicada en los procesos penales seguidos frente a las personas jurídicas irá encaminada, desde la perspectiva de la acusación, a enervar la presunción de inocencia que asiste a la entidad, y que se concreta en la *presunción de la correcta organización interna*. Desde el punto de vista de la defensa, atestiguado el injusto corporativo, le corresponderá

[904] STC núm. 78/2001 de 26 de marzo, F.D. 3º.
[905] SANCHÍS CRESPO, C., "El derecho fundamental… ob. cit. págs. 525-526.
[906] Desde el momento en que una prueba se ha admitido por considerarse pertinente, le asiste al proponente el derecho a su práctica (como derivación del derecho a la prueba) pues lo contrario supondría lo que PICÓ I JUNOY denomina "denegación tácita" (PICÓ I JUNOY, J., "El derecho a la prueba… ob. cit. pág. 21).
[907] STC núm. 104/2003 de 2 de junio, F.D. 2º.
[908] STC núm. 1/1996 de 15 enero, F.D. 3º.
[909] CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., "El derecho a la defensa y asistencia… ob. cit. pág. 128, apunta: "*En consecuencia, el derecho a la prueba se identifica plenamente con su configuración legal cuando se aduce su quiebra ante los propios jueces y tribunales integrantes del Poder Judicial a quienes compete su protección y defensa. Ahora bien, cuando el derecho se contempla desde la óptica del recurso de amparo constitucional su contenido se reduce sensiblemente atendiendo a caracteres propios de una jurisdicción de última instancia, como lo es la constitucional. En este sentido, cuando se exige que la prueba sea decisiva en términos de defensa, se está estableciendo un canon de enjuiciamiento que presupone la existencia de una Sentencia firme y definitiva de cuya lectura puede deducir el Tribunal Constitucional si la prueba intentada y desatendida o rechazada era, vistos la ratio del fallo y los motivos que condujeron al mismo, imprescindible o no para la efectiva defensa de las pretensiones sustentadas por quien aduce la vulneración de su derecho ex artículo 24.2 CE. Examen teleológico que conduce inevitablemente a una cierta confusión conceptual entre el derecho a la prueba y el derecho, también fundamental, a no padecer indefensión*". En contra de la necesidad de que se produzca indefensión para entender vulnerado este Derecho, encontramos a SANCHÍS CRESPO, C., "El derecho fundamental… ob. cit. pág. 529.

al ente (ya lo adelanto) acreditar que concurren las circunstancias para la exención de responsabilidad.

6.3 Derecho a la presunción de inocencia.

6.3.1 Naturaleza jurídica.

La importancia de la presunción de inocencia, clave de bóveda del enjuiciamiento criminal[910], resulta perceptible observando cualquiera de los textos procesales internacionales de referencia. Así, el CEDH (artículo 6.2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.2), y la CDFUE (artículo 48.2) reconocen con un tenor similar este principio superior del proceso.

En esta sintonía, se consagra como derecho fundamental, según el artículo 24.2 CE.

El reconocimiento unánime como elemento esencial del enjuiciamiento penal no ha ido seguido de una posición unitaria respecto a su significado o concreciones, provocando una ya añeja discusión relativa a su naturaleza jurídica. Sintetizo a continuación las tesis más extendidas[911]:

a) Presunción de inocencia como principio general del proceso penal.

Según esta concepción, en la que estarían enmarcados, entre otros, VEGAS TORRES[912] o NIEVA FENOLL[913], la presunción de inocencia se erigiría como elemento vertebrador y limitador del ejercicio del *ius puniendi* estatal, mediante el que se buscaría asegurar que, a lo largo del procedimiento, y hasta el momento mismo del dictado de la sentencia, el encausado sea tratado como inocente. Por ello, NIEVA FENOLL define la presunción de inocencia como "*principio general orientador de la mente judicial para conseguir preservar la imparcialidad del juzgador*"[914].

[910] GONZÁLEZ CANO, M.I., FIDALGO GALLARDO, C., "Valoración de la prueba, presunción de inocencia y principio in dubio pro reo" en GONZÁLEZ CANO, M.I (Dir.); ROMERO PRADAS, M.I (Coord.), *La prueba. Tomo II, La prueba en el proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pág. 465, indican que la presunción de inocencia supone la "*verdadera y propia clave de bóveda de los sistemas de justicia penal de nuestro entorno cultural, y como termómetro o medida del compromiso de esos sistemas con el respeto de los derechos humanos*."

[911] El Anteproyecto LECrim 2020 tampoco resuelve la disyuntiva, al contemplar expresamente en los artículos 7 y 8 una triple vertiente de la presunción: regla de tratamiento, de juicio y probatoria.

[912] VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid: *La Ley*, 2004, págs. 36-38.

[913] NIEVA FENOLL, J., "La razón de ser… ob. cit. págs. 14-17.

[914] NIEVA FENOLL, J., "La razón de ser… ob. cit. pág. 14.

b) Presunción de inocencia como regla probatoria.

Otra concepción, muy extendida (por todos, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES[915]) define la presunción de inocencia como regla de la carga de la prueba[916], y tendría como derivada que las acusaciones estarían obligadas a atestiguar los elementos constitutivos del ilícito para lograr la condena del acusado. Esta proyección de la presunción de inocencia, como señala DE HOYOS SANCHO, serviría para "*determinar qué hay que probar, quién y cómo debe hacerlo"*[917].

No obstante, según asume mayoritariamente la doctrina procesalista[918], el concepto carga de la prueba solo es admisible *sin matices* en el proceso civil, presidido por el principio dispositivo, del que se desprende que las partes ostentan la obligación de aportar los hechos y pruebas que sustenten su petición (artículo 216 LEC). En su virtud, incumbe a la actora acreditar los hechos constitutivos (artículo 217.2 LEC), y a la parte demandada los hechos impeditivos, extintivos, o que enerven la eficacia de la pretensión (artículo 217.3 LEC). Partiendo de esta distribución de papeles entre los contendientes, el artículo 217.1 LEC fijaría la "sanción" para aquellos supuestos en que el tribunal no ha logrado alcanzar certeza sobre hechos relevantes, *castigando* así al litigante al que correspondía su prueba.

La situación descrita en el anterior párrafo no tiene cabida – o, al menos, no con la misma entereza – en el proceso penal. El Ministerio Público no tiene la obligación de acusar (se rige por el principio de legalidad, de tal forma que, si considera que no se ha cometido el ilícito, o que no le resulta atribuible al imputado o acusado, debe instar el sobreseimiento o la absolución) y, mucho menos, tiene el encausado la carga de acreditar su inocencia. Por ello, como afirma GÓMEZ ORBANEJA, cuando en el proceso penal se producen situaciones de *non liquet*, "*la función que cumple la*

[915] SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho Penal,* Madrid: Marcial Pons, 2012, pág. 214. ASENCIO MELLADO, J.M., "Derecho Procesal Penal… ob. cit. pág. 264, tras negar que quepa hablar de carga de la prueba en el proceso penal señala que, en todo caso, "*la presunción de inocencia que constituye una regla de distribución de esa carga en el caso de que se quiera aceptar ese traslado de un concepto civil al proceso penal*".

[916] El Anteproyecto LECrim 2020 preceptúa en su artículo 8 (aptdos. 2 y 3): "*2. La carga de probar la culpabilidad corresponde a las partes acusadoras y se proyecta sobre la totalidad de los elementos constitutivos del delito, tanto de carácter objetivo como subjetivo. 3. Las pruebas presentadas serán valoradas conforme a las reglas de la lógica, de la ciencia y de las máximas de experiencia. La ley determinará los medios de prueba que, por falta de fiabilidad objetiva, no son por sí solos suficientes para entender probada la culpabilidad*".

[917] DE HOYOS SANCHO, M., *Efectos ad extra del derecho a la presunción de inocencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, págs. 15-16.

[918] NIEVA FENOLL, J., "La razón de ser… ob. cit. pág. 10, o ASENCIO GALLEGO, J.M, "Presunción de inocencia y presunciones iuris tantum en el proceso penal", *Revista General de Derecho Procesal* nº 36, 2015, págs. 27-32.

distribución de la carga de la prueba en el proceso civil la asume en el penal el principio in dubio pro reo. Lo cual significa, pura y simplemente, que, en caso de duda, hay que preferir la impunidad de un culpable que la condena de un inocente"[919].

La caracterización de la presunción de inocencia como regla probatoria es también un lugar común en la jurisprudencia del TS[920], y ha sido expresamente asumida por la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. Concretamente, establece el artículo 6.1 del texto comunitario: "*Los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación. Esta disposición se entiende sin perjuicio de cualquier obligación del juez o tribunal competente de buscar pruebas tanto de cargo como de descargo, y del derecho de la defensa a proponer pruebas con arreglo al Derecho nacional aplicable*". El aptdo. 2 del mencionado precepto asume el *in dubio pro reo*, apuntando que "*Los Estados miembros garantizarán que cualquier duda sobre la culpabilidad beneficie siempre al sospechoso o acusado, incluso cuando el órgano jurisdiccional valore si el interesado debe ser absuelto*." La Directiva concita también otras derivaciones de la prerrogativa analizada, principalmente como regla de tratamiento de los sospechosos y acusados[921] (artículos 4 y 5).

Por lo tanto, sin que sea referible sin matices que existe carga de la prueba en el proceso penal (esto es, debe *relativizarse* el concepto en esta jurisdicción) no puede obviarse que las acusaciones

---

[919] GÓMEZ ORBANEJA, E., HERCE QUEMADA, V., "Derecho procesal penal… ob. cit. pág. 278.

[920] La STS núm. 323/2013 de 23 abril (F.D.3º) estipula: "*la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos*".

[921] Se trata de lo que SÁNCHEZ TOMAS, J.M., "La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional", *Diario La Ley*, nº 9310, Sección Documento on-line, 3 de diciembre de 2018, pág. 16, denomina "*dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia*", y que se concreta, según el autor, en el derecho a no ser tratado públicamente como culpable, y en la posibilidad de indemnizar al investigado por las medidas cautelares sufridas cuando haya sido absuelto en virtud del *in dubio pro reo*. Sobre estos aspectos, vid. igualmente DE HOYOS SANCHO, M., "Efectos ad extra… ob. cit. pág. 19, que sintetiza las consecuencias hacia fuera del proceso que supone la presunción de inocencia: "*Como regla general, el derecho a recibir indemnización estatal por la prisión provisional padecida por aquel que resulta absuelto, o su causa sobreseída. Además, el derecho a ser compensado por los gastos procesales que le haya ocasionado a aquél su necesaria defensa en la causa, incluso en los supuestos en que no se condene en costas a la acusación. Por otro lado, el derecho a que ninguna autoridad pública divulgue información u opinión sobre un proceso penal en curso haciendo referencias expresas o implícitas a la culpabilidad de un sujeto investigado o acusado. También formaría parte de esta garantía fundamental que es la presunción de inocencia, el derecho a que ninguna comisión de investigación parlamentaria considere o trate como autor o partícipe en hechos delictivos a una persona que no ha sido declarada como tal por el órgano jurisdiccional competente*".

que ambicionen la condena del sujeto pasivo deberán atestiguar que en los hechos enjuiciados concurren los elementos del tipo.

c) Presunción de inocencia como regla de juicio.

Define con exhaustividad esta posición[922] FERNÁNDEZ LÓPEZ, para quien la presunción de inocencia, además de regla de prueba, es regla de juicio[923]. Explica la autora que la presunción se reflejaría, primero, en la valoración de la prueba, pero también en el momento posterior, provocando que cuando el resultado probatorio no sea concluyente, la duda se resuelva en favor del acusado[924]. La caracterización así indicada podría provocar ligera confusión entre la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo* que, sin embargo, tienen diferencias[925] que la autora en cita, tras analizar la jurisprudencia y doctrina al respecto, sintetiza en tres aspectos[926]: distinto ámbito de aplicación, concretado en que la presunción de inocencia supone una regla probatoria, y regla de juicio, mientras que el *in dubio pro reo* es *solo* una regla de juicio; diferente rango normativo pues, a diferencia de la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo* no tiene expreso reconocimiento constitucional; y distinto control jurisdiccional, pues la vulneración de la presunción de inocencia (no así el *in dubio pro reo*) puede ser objeto de amparo ante el máximo interprete constitucional.

d) Presunción de inocencia como estándar de prueba.

Este posicionamiento es el asumido por el TC que, como resume NIEVA FENOLL, desde la STC núm. 31/1981 de 28 de julio ha ido perfilando el estándar de la *mínima actividad probatoria*, "*para*

[922] Por citar otro autor que se refiere a la presunción de inocencia como regla de juicio, DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, A., "Responsabilidad penal de personas jurídicas y presunción… ob. cit. pág. 42.
[923] El Anteproyecto LECrim 2020 prevé entre las derivaciones de la presunción de inocencia su condición de regla de juicio (artículo 8.1) indicando: "*La condena penal solo podrá fundarse en pruebas suficientes que permitan a un tribunal imparcial alcanzar, más allá de toda duda razonable, una convicción fundada sobre la culpabilidad del acusado*".
[924] FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal*, Tesis Doctoral, Universidad de Alicante, 2004, pág. 247.
[925] Simplificando las diferencias entre ambos principios generales del derecho, dice ASENCIO MELLADO, J.M., "Derecho Procesal Penal… ob. cit. pág. 264: "*La presunción de inocencia es un derecho con un contenido superior y distinto al clásico principio "in dubio pro reo". Este último solo protege la necesidad de absolver a todo aquel frente a quien no exista la certeza de ser el autor de un hecho. La presunción de inocencia, como se va a ver, es más amplia en tanto protege no solo esa necesidad, sino igualmente que exista prueba en sentido objetivo y que la misma esté rodeada de todas las garantías legales*".
[926] FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., "Presunción de inocencia… ob. cit. págs. 268-281.

indicarle a los tribunales inferiores el camino que habían de seguir para conseguir desvirtuar la presunción de inocencia"[927].

Me referiré más exhaustivamente a esta jurisprudencia en el aptdo. relativo al contenido del Derecho.

e) La presunción de inocencia como regla de tratamiento.

Apunta DE HOYOS SANCHO que es una de las vertientes del derecho a presunción de inocencia, que conlleva la obligación de las autoridades[928] de considerar y tratar a los investigados y acusados como no culpables[929]. La presunción como regla de tratamiento se proyecta principalmente, según la autora en cita, en la práctica de diligencias de investigación policial, fiscal o judicial; la adopción de cautelares; el dictado de autos de imputación (o similares); e incluso en el lenguaje empleado a lo largo de la causa[930].

Con referencias a la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, que también contempla en su artículo 2 la presunción de inocencia como regla de tratamiento, GUERRERO PALOMARES defiende que la transposición de la Directiva a nuestra ordenamiento debería servir para "*propiciar el debate doctrinal sobre el contenido y alcance de la presunción de inocencia en las distintas fases del proceso penal*"[931].

[927] NIEVA FENOLL, J., "La razón de ser… ob. cit. págs. 18-19. También sobre esta caracterización de la presunción de inocencia, según el TC, como regla de prueba, SÁNCHEZ TOMAS, J.M., "La presunción de inocencia… ob. cit. pág. 5.
[928] DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, A., "Responsabilidad penal de personas jurídicas y presunción… ob. cit. pág. 35, señala que el derecho a la presunción de inocencia "*en cualquiera de sus facetas, se ostenta en exclusiva frente al Estado*."
[929] El Anteproyecto LECrim 2020 contempla en su artículo 7 (denominado "*Presunción de inocencia. Regla de tratamiento. Eficacia extraprocesal")* la vertiente de la presunción de inocencia como regla de tratamiento, que obliga a tratar a la persona encausada durante todo el proceso como no culpable, debiendo abstenerse las autoridades de referirse a la misma como responsable criminal hasta el dictado de una sentencia condenatoria.
[930] DE HOYOS SANCHO, M., "Efectos ad extra… ob. cit. pág. 15.
[931] GUERRERO PALOMARES, S., "¿Es necesaria la transposición… ob. cit. pág. 170.

6.3.2 Definición y fundamento.

Además de las definiciones que he ido subrayando durante el análisis de la naturaleza jurídica, podría destacarse, por su empleo habitual en trabajos relativos a la presunción de inocencia, la efectuada por ASENCIO MELLADO[932], que la caracteriza como un "*derecho fundamental, de desarrollo jurisprudencial, que asiste a todo acusado por un delito a no ser condenado sin pruebas y a que éstas reúnan todas las garantías suficientes para cumplir la función del proceso de averiguación de la verdad*." En la misma línea, MORENO CATENA señala que la presunción de inocencia "*exige que para destruir esa presunción (o verdad interina) es precisa una mínima actividad probatoria de cargo, de la que pueda deducirse, por tanto, la culpabilidad del acusado, producida a instancia de la acusación y con todas las garantías procesales y legales, especialmente cuidando de que se haya obtenido lícitamente, bajo los principios de publicidad, inmediación, contradicción y oralidad, y que se plasme con la debida motivación en la sentencia"*[933].

No obstante, las anteriores definiciones caen, en mi opinión, en cierto reduccionismo, recogiendo de forma más o menos amplia el contenido que el TC ha brindado a la presunción, pero obviando determinadas facetas irremediablemente ligadas al derecho objeto de estudio. Por ello, concitando las distintas posturas[934], calificaría la presunción de inocencia como un derecho fundamental, que despliega sus efectos en el proceso penal desde antes de que se comunique la existencia de una imputación delictiva al investigado, hasta el dictado de la sentencia, y que obliga a tratar al sujeto pasivo, dentro y fuera del proceso, como inocente y, particularmente, a que el dictado de una sentencia condenatoria en la que se infiera la culpabilidad del acusado venga precedida de actividad probatoria de cargo suficiente, desarrollada en el seno de un procedimiento en que se hayan respetado los principios de publicidad, inmediación, contradicción y oralidad.

---

[932] ASENCIO MELLADO, J.M., "Derecho Procesal Penal… ob. cit. pág. 263.
[933] MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "Derecho procesal penal…ob. cit. pág. 445.
[934] En una definición, como entiendo procede, amplia, y asumible en este trabajo, PILLADO GONZÁLEZ, E., "Presunción de inocencia y compliance" en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 1091-1119, pág. 1091, señala que la presunción de inocencia, "*supone que una persona sometida a un proceso penal debe ser considerada y tratada como inocente mientras no se demuestre su culpabilidad a través de las pruebas de cargo practicadas con todas las garantías*".

La antedicha definición permite resaltar el fundamento último de la presunción. Así, aunque un grupo importante de autores ubican su núcleo básico en el aseguramiento de la imparcialidad judicial[935], de tal forma que serviría como contrapeso al prejuicio social de culpabilidad[936] surgido cuando una persona se ve involucrada en un proceso penal, el sentido de la presunción es el respeto a la dignidad intrínseca a la persona, y ello sin perjuicio de que el Estado despliegue las comprobaciones pertinentes para verificar si se ha cometido un ilícito. En este sentido, dice FERNÁNDEZ LÓPEZ que la presunción de inocencia "*tiene como fin encontrar el justo equilibrio entre esos dos intereses contrapuestos: por un lado, el interés del Estado en la represión de la delincuencia y, por otro, el interés del imputado en la salvaguarda de su libertad y su dignidad"*[937]. En una línea similar, GONZÁLEZ CANO y FIDALGO GALLARDO apuntan que su fundamento último es la "*intrínseca dignidad de la persona humana, que como tal debe ser respetada en la integridad de sus derechos por el resto de sus congéneres y por la comunidad política tal y como ésta esté organizada en un determinado lugar y tiempo, mientras no se pruebe con certeza que ha incurrido en conductas que perturban gravemente la paz social"*[938].

Por lo tanto, ya fijado el objetivo *último* a asegurar con la presunción de inocencia, se está en condiciones de tratar su contenido.

6.3.3 Contenido de la presunción de inocencia.

La presunción de inocencia, como principio informador del proceso, solo puede ser superada mediante la concurrencia de una serie de requisitos, desarrollados en profundidad por el TC desde la ya referida Sentencia núm. 31/81 de 28 de julio:

a) Mínima actividad probatoria.

El primer requisito, que da nombre a este estándar probatorio, exige para enervar la presunción de inocencia que se haya practicado una *mínima actividad probatoria* (STC núm. 31/1981, de 28 de julio[939]). Tratando de concretar en qué consistía tal exigencia, resoluciones posteriores (STC núm.

[935] JUANES PECES, A., "Hacia un nuevo enfoque de la presunción de inocencia. La imparcialidad del juez como núcleo básico del derecho a la presunción de inocencia", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-55, tomo 1.
[936] NIEVA FENOLL, J., "La razón de ser… ob. cit. pág. 14.
[937] FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., "Presunción de inocencia… ob. cit. pág. 211.
[938] GONZÁLEZ CANO, M.I., FIDALGO GALLARDO, C., "Valoración de la prueba… ob. cit. pág. 469.
[939] F.D. 3º.

17/2002 de 28 de enero[940]) aclararon que se requiere *actividad probatoria bastante* para conformar la convicción del Juzgador[941]. La expresión (ya sea con la *coletilla* "mínima" o "bastante"), ciertamente vaga (de ahí gran parte de las críticas doctrinales[942]), supone la exigencia de dos aspectos, según FERNÁNDEZ LÓPEZ[943]: concurrencia de actuaciones procesales destinadas a lograr la certeza judicial sobre las afirmaciones fácticas realizadas por las acusaciones; y la obtención de ese convencimiento judicial mediante actos de prueba, descartando la validez de las simples conjeturas o de las actuaciones procesales investigadoras.

Esta actividad probatoria debe desarrollarse sobre todos los elementos constitutivos del delito, de carácter fáctico, tanto objetivos como subjetivos (STC núm. 68/1998 de 30 marzo[944])

b) Prueba de cargo.

La prueba desplegada, según la exigencia del anterior aptdo., debe ser de cargo, esto es, "*que de la misma se pueda deducir la culpabilidad del acusado"*[945], entendiéndose culpabilidad "*no en el sentido de uno de los elementos básicos del delito (el delito es una conducta, típica y antijurídica, culpable y punible), sino como sinónimo o equivalente a responsabilidad penal por la comisión de un delito"*[946].

Resulta válida tanto la prueba directa como la indiciaria, requiriéndose en este último supuesto, siguiendo a MORENO CATENA, que el hecho se deduzca desde "*indicios cumplidamente probados mediante prueba directa; que no se trate de conjeturas, sospechas o intuiciones, por muy fundadas que puedan ser; que entre el indicio y la consecuencia exista un enlace directo y*

[940] F.D. 2º.
[941] MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "Derecho procesal penal…ob. cit. pág. 446.
[942] NIEVA FENOLL, J., "La razón de ser… ob. cit. pág. 19 lo califica de "*impreciso y de formulación ambigua. Es impreciso porque cuando se habla de "mínima" actividad probatoria, no se quiere decir que el tribunal haya practicado al menos alguna prueba, sino que se hayan celebrado todas las pruebas razonablemente posibles para descartar la presunción de inocencia. Es decir, en realidad la formulación debería ser "máxima" y no "mínima" actividad probatoria. Pero lo más grave es la ambigüedad del estándar. No se dice con precisión alguna en qué momento se considera suficiente la actividad probatoria de cargo realizada por un tribunal"*.
[943] FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., "Presunción de inocencia… ob. cit. pág. 231.
[944] F.D. 5º y 6º. Así lo ha asumido igualmente el Anteproyecto LECrim 2020, en su artículo 8.2.
[945] MIRANDA ESTRAMPES, M., *La "mínima" actividad probatoria en el proceso penal,* Barcelona: Bosch, 1997, pág. 126.
[946] CUERDA RIEZU, A.R., "Bastantes falacias, algunas verdades y ciertas dudas sobre el derecho a la presunción de inocencia desde la perspectiva constitucional", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Vol. III, 1999, pág. 2.

racional según las reglas del criterio humano; finalmente, que el razonamiento en virtud del cual se tiene por probado el hecho consecuencia se haga constar en la sentencia"[947].

Apunta FERNÁNDEZ LÓPEZ que este presupuesto además obliga a que en la sentencia se motiven suficientemente las razones que han llevado al tribunal a lograr la convicción del sentido incriminatorio de la prueba, como condición *sine qua non* para capacitar su control en ulteriores instancias[948].

c) Prueba obtenida con todas las garantías.

Esta exigencia tiene dos proyecciones. La prueba debe practicarse en el juicio oral (salvo los supuestos de prueba preconstituida y de prueba anticipada), como única fase del proceso en que cabe asegurar los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción. Además, la prueba debe ser respetuosa con los derechos fundamentales del acusado, proscribiéndose la prueba ilícita (artículo 11.1 LOPJ).

6.3.4 Derecho a la presunción de inocencia y personas jurídicas.

La STS núm. 154/2016 de 29 de febrero, asumió sin ambages que la presunción de inocencia asiste a la persona jurídica "*de igual forma"*[949] que a las personas físicas que son objeto de un proceso.

Asentado su reconocimiento en favor de los entes colectivos[950], lo cierto es que su estudio y aplicabilidad respecto a las personas jurídicas no guarda diferencias destacables en comparación con las personas físicas, más allá de las especiales características derivadas de la *complejidad* de la responsabilidad jurídica de las personas jurídicas (el necesario delito presupuesto de la persona

[947] MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "Derecho procesal penal…ob. cit. pág. 446.
[948] FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., "Presunción de inocencia… ob. cit. págs. 233-234.
[949] F.D. 8º.
[950] Asunción matizada por algunos autores, como DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, A., "Responsabilidad penal de personas jurídicas y presunción… ob. cit. págs. 44-45, para quién, aunque en efecto resulta predicable la presunción de inocencia para las personas jurídicas, no puede olvidarse (dice) que "*una condena penal de una persona jurídica encierra algo muy diferente de la condena de una persona física. No es lo mismo. Dicho de forma directa y muy simple: el derecho penal de personas físicas lleva a personas a la cárcel, las priva de libertad. El derecho penal de personas jurídicas solo administra sanciones con contenido económico, sin afectación de otros derechos personalísimos. Es derecho penal, sí… pero menos*."

física, unido al defecto organizativo del ente). Es decir, en palabras de PILLADO GONZÁLEZ[951], la prueba de cargo suficiente para sustentar una sentencia condenatoria frente a la persona jurídica, compatible con la presunción de inocencia, será aquella que permita atestiguar no solo "*el delito cometido por la persona física al amparo del art. 31 bis CP, sino también la ausencia de las medidas del debido control en cuanto elemento fundamental de la responsabilidad penal de la persona jurídica*". En similar sentido, NEIRA PENA[952] confirma que la presunción de inocencia obliga, en el enjuiciamiento de las personas jurídicas, "*a probar que el hecho de referencia, típico y antijurídico, fue cometido por un sujeto cualificado para generar la responsabilidad del ente, que tal hecho constituye un delito de los imputables a las personas jurídicas, y que su actuación fue realizada en nombre o por cuenta de la entidad y en su provecho. Adicionalmente, para el caso de que el sujeto que delinquió no ocupe el cargo de administrador ni representante de la entidad, u otro que le otorgue poder para decidir en nombre de la misma o para ejercer facultades de organización y control en su seno, la acusación deberá probar que existió un grave incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control sobre los subordinados que hizo posible la comisión del delito en cuestión*."

De lo aseverado se puede extraer una segunda derivación, de la que me ocuparé en el siguiente aptdo.: la presunción de inocencia queda enervada cuando se acreditan los elementos de cargo, sin que sea necesario además que la acusación atestigüe la no concurrencia de los elementos que permiten sostener la eximente de *compliance*.

6.4 Carga de la prueba de los modelos de prevención penal, y del resto de elementos de los aptdos. 2 y 4 del artículo 31 bis CP.

El debate sobre la "carga" de la prueba referida a la existencia, implantación y eficacia de los modelos de prevención penal, así como del resto de elementos obstativos a la responsabilidad penal de la persona jurídica, es solo un reflejo más de las distintas posiciones doctrinales sobre el sistema punitivo positivizado para las corporaciones.

[951] PILLADO GONZÁLEZ, E., "Presunción de inocencia y compliance… ob. cit. pág. 1111. No obstante, no comparto la opinión de la autora de referencia, para quien "*corresponderá a la acusación la prueba de la inexistencia, inadecuación o inejecución del programa de cumplimiento de la empresa*".
[952] NEIRA PENA, A.M., "La persona jurídica como parte pasiva… ob. cit. pág. 458.

La diatriba la plantea certeramente SILVA SÁNCHEZ[953]: "*la naturaleza y la carga de la prueba de la llamada eximente de compliance dependen, en primer lugar, del modelo de atribución de responsabilidad en el que se enmarquen; y, en segundo lugar, ya dentro del modelo del hecho propio, en su ubicación sistemática dentro de la teoría del "delito" (mejor: fundamentos de la responsabilidad) de la persona jurídica*".

La cuestión, por lo tanto, reside en establecer, primero, si el modelo de prevención penal y el resto de los requisitos exigidos por los aptdos. 2 (para ilícitos cometidos por sujetos apicales) y 4 (aplicable cuando el delito base se atribuye a subordinados) del artículo 31 bis CP, necesarios para que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad, se relacionan con el injusto de la persona jurídica – es decir, son parte de la conducta típica y antijurídica que contempla la norma penal – o, en su caso, con la culpabilidad del ente. Como segunda etapa, y casi como una consecuencia automática de la anterior, se debe determinar a quién le corresponderá acreditar la aprobación de un modelo de prevención idóneo y eficaz, así como su correcta implantación.

Las posiciones[954] son principalmente tres:

a) La ausencia de modelo de prevención penal como elemento constitutivo de la conducta típica del artículo 31 bis CP. Carga de la prueba de la acusación.

Esta corriente engarza el modelo de prevención con el propio injusto de la persona jurídica. De esta forma, la inexistencia de un *compliance program* debidamente institucionalizado supondría en sí mismo el defecto organizativo castigado por el artículo 31 bis CP. La posición cuenta con el apoyo nada menos que del TS, en la ya tantas veces citada sentencia *bisiesta* (núm. 154/2016 de 29 de febrero), que señalaba[955]: "*Y ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual*

[953] SILVA SÁNCHEZ, J.M., "El debate sobre la prueba del modelo de *compliance*: Una breve contribución", *InDret* 1/2020, pág. iv. También en el sentido de enlazar el análisis de las condiciones para la exención, con la teoría jurídica del delito, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L, "La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos", *Estudios Penales y Criminológicos*, 39, 2019, págs. 593-654, pág. 598.

[954] Dejo fuera de la división, por no referirse a la distribución probatoria, a los comentaristas a los que me he referido en el aptdo. 2.4.3.1 de este trabajo que defienden que, en los ilícitos cometidos por directivos, se presume el incumplimiento grave de los deberes de supervisión de vigilancia y control pues, en la práctica, lo que propugnan estos autores es la innecesaridad de prueba de cargo (se presumiría que la conducta es ilícita), sin perjuicio de que lógicamente cabría prueba en contrario.

[955] Tercer párrafo del aptdo. B) del F.D. 8º.

art. 31 bis 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física". Ahondando en esta afirmación, dice en el inciso final del siguiente párrafo que "*a nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción*".

Es decir, para el TS, la ausencia de un modelo de organización y gestión de los riesgos penales, o sus severas deficiencias, serían propiamente la conducta típica (*el tipo objetivo*, dice textualmente), lo que conllevaría que sea la acusación quien deba atestiguar esa falta de medidas de control idóneas y eficaces[956].

En idéntico sentido, esto es, equiparando los elementos de los aptdos. 2 y 4 del artículo 31 bis CP con la conducta castigada se pronuncia, entre otros, FEIJOO SÁNCHEZ[957].

b) El modelo de prevención de prevención penal como presupuesto de la excusa absolutoria. Prueba de la defensa.

Otra postura, expresamente desechada por el Alto Tribunal en la Sentencia núm. 154/2016[958], y defendida principalmente[959] por la FGE en la Circular 1/2016, conceptúa el modelo de

[956] Lo expresa GÓMEZ TOMILLO, M., "Responsabilidad penal de las personas… ob. cit. pág.4, indicando: "*que para la STS 154/2016 precisamente la implementación de un correcto programa de cumplimiento es un elemento de la tipicidad y, como todo elemento de ésta, deben ser acreditado por la acusación*.". Esta posición es criticada por el autor en cita, para el que, la conducta típica, partiendo del denominado "hecho de conexión", consistiría en que el delito base de la persona física sea realizado en su nombre o por su cuenta, y en su beneficio directo o indirecto. Por su parte, la culpabilidad de la entidad consistiría en el defecto organizativo que, según el autor, sería combatida mediante la implantación de un *compliance program*, de ahí que para GÓMEZ TOMILLO la prueba del mismo, como elemento que conllevaría la ausencia de culpa, le corresponda a la defensa.

[957] FEIJOO SÁNCHEZ, B., "Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 y Sentencias del TS 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo*", InDret* 2/2016, págs. 28-31.

[958] Inciso inicial de tercer párrafo del aptdo. B) del F.D. 8º.

[959] En esta línea igualmente ORTIZ PRADILLO, J.C., "Compliance y clemencia en el proceso penal de la persona jurídica investigada", en RODRÍGUEZ GARCÍA, N., CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL A., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., (Eds.), SÁNCHEZ BERNAL, J., CARRILLO DEL TESO, A.E, *Corrupción: compliance, represión y*

organización y gestión como el presupuesto para apreciar una excusa absolutoria[960], de tal forma que, si bien concurrían en el supuesto enjuiciado todos los requisitos para considerar los hechos como delictivos, en último término se descartaría su punibilidad[961].

c) El modelo de prevención como eximente. Carga de la prueba de la defensa.

La última corriente naturaliza el *compliance program* como una causa de exención de responsabilidad criminal, en sintonía con las establecidas en los artículos 19 y 20 CP, y que permitiría descartar (en esto no se ponen de acuerdo los autores que asumen este parecer) la antijuridicidad[962] o la culpabilidad del ente[963]. Entrarían aquí los tratadistas que identifican el defecto de organización como la culpabilidad de la persona moral[964]; y aquellos que, en una propuesta ecléctica, defienden que la ausencia del debido control es la conducta típica que prevé el artículo 31 bis CP y que la culpabilidad consistiría en la ausencia de cultura de cumplimiento de la legalidad.

La consecuencia *derivada* de esta postura es que sería a la defensa a quien le correspondería probar el cumplimiento de las condiciones para la exoneración establecidas por el artículo 31 bis CP

recuperación de activos, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 381-404, pág. 384, o DE JUAN GARCÍA, A., "Sobre la carga probatoria del elemento de idoneidad de los programas de Compliance penal", http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13402-sobre-la-carga-probatoria-del-elemento-de-idoneidad-de-los-programas-de-compliance-penal/ (última visita 05/06/2021).

[960] En similar sentido, pues, a lo establecido en el artículo 268 CP, o el artículo 454 del mismo texto.

[961] Algunos autores excluyen de la teoría jurídica del delito la penalidad, como MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C., *El contenido de la Antijuridicidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pág.17, para quién las tres categorías esenciales que la componen son "*una acción humana relevante (típica), ilícita (antijurídica), reprochable (culpable)*", siendo la necesidad de pena (punibilidad) un elemento "*accidental*".

[962] DE LA MATA BARRANCO, N. J., "La exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Protocolos de prevención de delitos", en JUANES PECES, A., (Dir.), DÍEZ RODRIGUEZ, E., (Coord.), *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Madrid: Francis Lefebvre, 2015, págs. 87-101, pág. 91.

[963] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "El pleno jurisdiccional del TS sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora", *Diario La Ley*, Nº 8724, Sección Documento on-line, 17 de marzo de 2016. Como recuerda CUERDA RIEZU, A., "La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?", *InDret* 2/2014, pág. 5, las eximentes "*excluyen el cumplimiento de alguno de los requisitos genéricos del delito (antijuridicidad, culpabilidad y, dentro de esta última, la imputabilidad) y por lo tanto también excluyen la existencia del delito o, lo que es lo mismo, excluyen la responsabilidad criminal*."

[964] GÓMEZ TOMILLO, M., "Responsabilidad penal de las personas… ob. cit. pág. 3, que explica su postura indicando que "*la adopción de un adecuado programa de cumplimiento no forma parte de esos «hechos», sino que puede excluir la culpabilidad de la persona jurídica, entendida como organización defectuosa. Por consiguiente, la carga de la prueba no concierne a la acusación, sino que es la defensa la que ha de acreditar que su sistema organizativo era idóneo para evitar la comisión de delitos, lo que, obviamente, incluye la adopción de un adecuado compliance program*".

(aptdos. 2 y 4), entre las que destaca la implantación del modelo de organización y gestión de riesgos penales.

El exponente más destacado de la opinión analizada es el voto particular concurrente suscrito por siete magistrados en la STS núm. 154/2016 de 29 de febrero. Concretamente, los magistrados signatarios configuran los instrumentos para la prevención de delitos como causas de exención de responsabilidad, excluyentes de la culpabilidad del ente y que, como tales, deberán ser acreditadas por la defensa[965].

Su opinión resulta coherente con el criterio jurisprudencial consolidado al que, no obstante, no le faltan detractores[966], que propugna como carga de la defensa la prueba de las circunstancias eximentes. Así, refiere la STS núm. 277/2014 de 7 abril[967]: "*Como regla general, la presunción de inocencia no extiende su tutela con la misma amplitud a las circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal, por lo que, en principio, según afirmación tópica de la jurisprudencia, estas circunstancias han de estar tan acreditadas como el hecho delictivo. Todo ello sin perjuicio de que cuando la defensa consigue introducir una base razonable acerca de la concurrencia de una circunstancia eximente, pueda ésta ser acogida*". En esa línea se ha referido, entre otros, ASENCIO MELLADO, apuntando que el acusado "*está gravado con la carga de probar las circunstancias eximentes, atenuantes o las referidas a la extinción de la responsabilidad criminal en general*"[968].

La configuración del modelo de prevención como una causa de exención tiene *importantes* adeptos entre los autores que más se han ocupado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Para DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, magistrado del Alto Tribunal adherido al voto particular de la Sentencia 154/2016, "*la carga de alegar su existencia y presentarlo* [la del plan de cumplimiento, se refiere] *corre de cuenta de la empresa"*[969].

Por su parte, GÓMEZ-JARA DÍEZ, como he resaltado relaciona los modelos de prevención correctamente institucionalizados con la ausencia de culpabilidad, por lo que le correspondería a

[965] F.D. 3º.
[966] CUERDA RIEZU, A.R., "La prueba de las eximentes… ob. cit.
[967] F.D. 5º del voto particular de la resolución.
[968] ASENCIO MELLADO, J.M., "Derecho Procesal Penal… ob. cit. pág. 265.
[969] DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, A., "Cuestiones generales" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (Dir.), *Tratado de Derecho Penal económico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 513-576, pág. 537.

la acusación probar que, en el concreto supuesto enjuiciado, no han existido medidas implantadas por la persona jurídica que hayan impedido el ilícito. Por el contrario, la defensa tendrá la carga de constatar que, con carácter general[970], en el *comportamiento* societario rige un modelo de prevención penal suficiente para evitar ilícitos de similar naturaleza al enjuiciado, denotando así una cultura de cumplimiento de la legalidad[971]. Esto provoca, como dice ORTIZ DE URBINA GIMENO, una situación sin parangón en las personas físicas: "*la posibilidad de eludir la responsabilidad arguyendo no ya que ha cumplido en el caso concreto, sino que, a pesar de no haberlo hecho, de modo general si cumplen con el Derecho*"[972].

La postura cuenta también con apoyos en el Ministerio Público, como es fácil colegir. Para SERRANO ZARAGOZA[973] "*No se trata de probar por parte de la empresa que no existió en el caso concreto un defecto organizativo —la carga de la prueba de la existencia de defecto de organización correspondería a la acusación — sino de probar que antes de la comisión del delito se había adoptado y ejecutado eficazmente un programa de prevención de riesgos jurídico-penales. Concretamente, la persona jurídica imputada podría tratar de exonerarse de responsabilidad penal demostrando la eficacia jurídico-económica de su modelo de organización y gestión de riesgos jurídico-penales frente al delito cometido*".

---

[970] Explicado esto en palabras de GONZÁLEZ CUSSAC, J.L, "La eficacia eximente… ob. cit. pág. 612: "*Podría decirse que el juez debe valorar si el programa de cumplimiento contiene medidas generalmente idóneas, es decir, suficientes para evitar la comisión de delitos de la misma naturaleza al cometido, conforme a la experiencia general. Aquí debe entenderse por experiencia general el conjunto de antecedentes existentes, tanto de carácter amplio como los referidos al sector, actividad, estructura, tamaño y precedentes de la sociedad enjuiciada. Por ejemplo, si esas medidas han sido hasta ahora adecuadas para evitar esta clase de delitos en empresas similares, si existen precedentes judiciales, si ha habido cambios normativos, etc. Y desde luego el historial de la propia sociedad encausada podrá ser relevante. En un sentido favorable a su estimación jugará si hasta el momento esas medidas han evitado incidentes de esa naturaleza y puede acreditarse. Y en sentido contrario a su estimación si las medidas ya se han mostrado insuficientes con anterioridad*".

[971] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "El pleno jurisdiccional del TS… ob. cit. pág. 13, señala textualmente: *"En definitiva, la prueba de la inidoneidad de las medidas de vigilancia y control concretas respecto del delito concreto que, a la vista de los hechos concretos, es imputado a la persona jurídica —no la prueba de la idoneidad de las medidas de vigilancia y control genéricas para delitos de la misma naturaleza — corresponde a la acusación. La prueba de la cultura de cumplimiento de la legalidad - incluida la prueba de la idoneidad de las medidas de vigilancia y control genéricas para delitos de la misma naturaleza - corresponde a la defensa*."

[972] ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., "Observaciones críticas y reconstrucción… ob. cit. pág. 371.

[973] SERRANO ZARAGOZA, O., "Compliance y prueba de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; cómo conseguir la exención de responsabilidad penal de una persona jurídica en el curso de un concreto procedimiento penal", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 6/2016, pág. 12.

En efecto, son varios los motivos que abonan la corrección de esta postura, a la que sin duda me adhiero:

La propia literalidad del artículo 31 bis CP ("… *la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones* …") se asemeja en buena medida al artículo 20 CP ("*Están exentos de responsabilidad criminal*…"). A mayor abundamiento, no puede olvidarse que el legislador español pretendió *calcar* el modelo italiano, que establece en el inciso final del artículo 6.1 del Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231 que "*l'ente non risponde se prova che*"[974].

El segundo y más importante motivo es la propia *ratio* de la introducción de la responsabilidad criminal de los entes colectivos. Si como ya he fundamentado el legislador pretendía fomentar la autorregulación, estimulando que fuera la propia persona jurídica la que estableciera las medidas para la prevención, evitación y reacción ante ilícitos, sería incongruente que el Estado *reasumiera* parcialmente esa carga en el momento de ejercer el *ius puniendi* teniendo que acreditar, con las dificultades que ello comporta, un hecho negativo: la no implantación del modelo.

En tercer lugar, debe traerse a colación el principio de facilidad probatoria[975] que, aunque propio del proceso civil, resulta de absoluta aplicación en este tipo de litigios. La persona jurídica es quien mejor tiene en su mano la acreditación de la implantación del modelo de prevención penal, por lo que se escaparía de la lógica procesal más básica que se asignara la carga de su prueba precisamente a la parte actora, que no tiene acceso directo al mismo[976].

Le compete así al sujeto colectivo, sin duda, una *affirmative defense*[977] destinada a constatar los hechos impeditivos de la atribución delictiva.

---

[974] Apunta GIMENO BEVIÁ, J., "El proceso penal de las… ob. cit. pág. 301 que, en relación a esta atribución probatoria a cargo de las personas jurídicas "*El TS de dicho país, sin embargo, considera que la regulación contenida en el referido Decreto, de un lado, no es contraria al principio de igualdad, ni al derecho de defensa y, por otro, no ocasiona un traslado de la carga de la prueba, ya que le corresponde, ante todo, a la Fiscalía probar la existencia de la infracción penal por personas que ostentan puestos de alta responsabilidad*." Refiere el autor (nota al pie 795) la resolución de la Corte Suprema italiana, Cass.Pen., Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735.

[975] ARANGÜENA FANEGO, C., "El derecho al silencio, a no declarar… ob. cit. pág. 456.

[976] GÓMEZ TOMILLO, M., "Responsabilidad penal de las personas… ob. cit. pág. 3.

[977] Sobre la acreditación de la eximente como una *affirmative defense* se refieren multitud de autores, por todos, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. "La culpabilidad de la persona jurídica… ob. cit. pág. 216, o SILVA SÁNCHEZ, J.M., "El debate… ob. cit. pág. iii.

La adopción de esta postura genera casi automáticamente una pregunta: ¿con qué fuerza deben estar atestiguados los presupuestos para esa exención de responsabilidad? Es decir ¿rige la misma intensidad probatoria en la acreditación de los elementos típicos, que la aplicable a las causas de exención de responsabilidad?

Pese a que la jurisprudencia venía pronunciándose en sentido positivo[978], como apunta DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, se empieza a vislumbrar un viraje jurisprudencial (al que se muestra favorable el autor[979]), expresado, entre otras, en la STS núm. 802/2016 de 26 octubre, en virtud de la cual, en caso de duda sobre la concurrencia de una eximente, procede la libre absolución[980].

En definitiva, la parte actora deberá desplegar sus esfuerzos en probar que el delito presupuesto cometido por la persona física ha sido posible por la concurrencia de un defecto organizativo de la persona jurídica, de carácter estructural y, por su parte, la defensa, tendrá que atestiguar que pese a ese ilícito de la persona física, con carácter general la corporación está impregnada de un cultura de cumplimiento del Derecho que, aunque no ha sido suficiente para evitar la concreta conducta enjuiciada, sí que cumple los requisitos para apreciar la eximente, según el artículo 31 bis CP.

[978] Podría ser un exponente la antecitada STS núm. 277/2014 de 7 abril.

[979] DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, A., "Cuestiones generales… ob. cit. pág. 538. En similar sentido, refiriendo que el estándar probatorio a las eximentes sería el de la "*preponderancia de la evidencia*", se pronuncia SILVA SÁNCHEZ, J.M., "El debate… ob. cit. pág. v.

[980] Lo expresa la resolución del siguiente modo (F.D 2.2, párrafo segundo): "*Pues bien, en el presente caso la Audiencia sitúa sus dudas en el plano de la antijuricidad material de la conducta de los dos actores del hecho y se refieren a la existencia de una causa de justificación, como es que uno de ellos actuase en legítima defensa, que excluiría el supuesto de la riña mutuamente aceptada incompatible con aquélla, de forma que la falta de certeza sobre quién agredió y quién se defendió alcanza en un segundo plano a la presunción de inocencia, porque se trata de un hecho incierto, determinante de la culpabilidad o la inocencia, no probado, que conforme a las reglas de la prueba en el proceso penal (in dubio pro reo) debe determinar una sentencia absolutoria*." En esta línea, CARO CORIA, D.C., "La prueba en la individualización judicial de la pena" en AMBOS, K., MALARINO, E. (Eds.), *Fundamentos de Derecho Probatorio en materia penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 239-278, pág. 239, apunta "*En el caso de las circunstancias atenuantes —y eximentes de ser el caso— invocadas por la defensa, por el Ministerio Público cuando está sujeto como en Alemania o Perú a un deber de objetividad, o por el juez si actúa de oficio, aunque la carga de la prueba compete a quien la alegue, la misma presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo hacen posible que su acreditación no se someta a la regla del más allá de toda duda razonable, siendo suficiente la acreditación de que concurren con un razonable grado de probabilidad*".

6.5 Pruebas en los procesos penales frente a las personas jurídicas.

6.5.1 Introducción.

Lo relatado en los anteriores capítulos, y en los epígrafes precedentes, ha servido para centrar lo que será propiamente el *sentido* y objeto de prueba[981] en los procedimientos penales frente a las personas jurídicas. En adelante, este estudio se dirigirá a determinar los medios más cualificados al alcance de las partes para la verificación de las cuestiones fácticas que hayan planteado en sus respectivos escritos de calificación.

La complejidad organizativa ínsita a las personas jurídicas tiene una influencia decisiva en la graduación de la importancia de los medios de prueba que servirán para constatar la comisión del ilícito corporativo o, a *contrario sensu*, la institucionalización de una cultura de cumplimiento de la legalidad, por lo que, sin que se pueda hablar propiamente de *pruebas reinas*, puedo adelantar ya que, en mi opinión, es indubitado que existe cierta primacía de la documental y del informe pericial.

6.5.2 Declaración de los acusados en el juicio oral.

A la declaración del acusado – persona jurídica durante el juicio oral ya me he referido en el aptdo. 3.5, remitiéndome a lo allí indicado para evitar reiteraciones.

El interrogatorio de la persona física supuestamente autora del delito tiene una relevancia capital en el enjuiciamiento de las personas jurídicas ya que, como se ha resaltado en varias ocasiones, la comisión de un ilícito por esta es el presupuesto ineludible de la responsabilidad criminal corporativa.

La persona física se situaría como acusado junto a la persona jurídica, por lo que resultaría de plena aplicación la doctrina relativa al valor probatorio de las declaraciones de los coacusados como prueba de cargo. Partiendo de la STS de 12 mayo 1986, ha surgido todo un desarrollo jurisprudencial, en línea con las tesis doctrinales italianas (*chiamata in correit*), sobre los

[981] Para CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal*, Tomo I, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pág. 79, "*el objeto de la actividad probatoria es siempre alguno de los hechos afirmados o alegados por cualquiera de los litigantes o, lo que es lo mismo, cualquier juicio o proposición fáctica aducida por una de las partes como fundamento de su pretensión*".

elementos que deben concurrir para que la declaración de los sujetos que comparten la condición de parte pasiva del proceso pueda ser prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia del resto de intervinientes.

La STC núm. 233/2002 de 9 diciembre efectuó un exhaustivo repaso de la evolución jurisprudencial, recordando que, en una primera fase, surgida con la STC núm. 137/1988 de 7 de julio[982], la declaración de los coimputados sí que constituía por sí sola prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

No obstante, como señala la citada sentencia, la visión cambió desde la STC núm. 153/1997 de 29 de septiembre y, a partir de ese momento, la declaración de los coacusados no resulta suficiente para condenar cuando no viene corroborada por otras pruebas de cargo[983]. Resume la propia resolución la doctrina jurisprudencial actual, indicando los siguientes rasgos: "*a) la declaración incriminatoria de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional; b) la declaración incriminatoria de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia; c) la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración incriminatoria de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado; d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y e) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso*".

El TS (Sentencia núm. 46/2007 de 31 enero, entre otras) añade a esos elementos positivos lo que denomina "requisito negativo", consistente en "*la ausencia de móviles o motivos que permite valorar esa incriminación restándole capacidad probatoria, o que el coimputado haya realizado la incriminación por móviles espurios, como odio personal, venganza, obediencia a terceras personas, sobornos o resentimientos o por intereses procesales buscando su exculpación"*[984].

La cuestión tiene sus matices cuando una persona que ha sido condenada por unos hechos tiene que declarar en un juicio posterior contra otro supuesto responsable del mismo ilícito. Al respecto,

[982] F.D. 4º.
[983] El Anteproyecto LECrim 2020 recoge esta línea jurisprudencial, preceptuando en el artículo 693.3.a) que la sentencia será absolutoria cuando la prueba de cargo consista exclusivamente en la declaración de los coacusados.
[984] STS núm. 46/2007 de 31 enero, F.D. único.

el Acuerdo de la Sala 2ª del TS en el Pleno no jurisdiccional de 16 de diciembre de 2008 estableció que "*La persona que ha sido juzgada por unos hechos y con posterioridad acude al juicio de otro imputado para declarar sobre esos mismos hechos, declara en el plenario como testigo y, por tanto, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad"*. Aplicando esta decisión, la STS núm. 515/2019 de 29 octubre[985] señaló que "*la valoración del testimonio del compareciente en las condiciones dichas quedará sujeta a las reglas generales, más allá de la exigencia impuesta respecto a la irrenunciable existencia de elementos de corroboración, sin perjuicio del requerimiento de prueba lícita, suficiente y racionalmente valorada, que ha de estar presente en todo caso, en la actividad que corresponde efectuar al juzgador de acuerdo con el art. 741 LECr*".

6.5.3 Prueba testifical.

Siguiendo a ASENCIO MELLADO, el testigo es la "*persona física, nunca jurídica, tercero ajeno a los hechos, que presta una declaración de conocimiento acerca de aquellos elementos objeto de investigación o enjuiciamiento"*[986].

El testigo (directo, cuando ha presenciado directamente los hechos relevantes para el litigio, o de referencia[987], en los supuestos en que su conocimiento haya sido obtenido indirectamente, a través del testimonio de otras personas) cuenta con la ventaja para el esclarecimiento de la verdad de que no ostenta, en principio, un interés directo en el resultado del proceso.

No obstante, en el enjuiciamiento de las personas jurídicas, será harto común que comparezcan como testigos subordinados de la entidad, ya sea mediante relación laboral o mercantil que, si bien no se verán inmediatamente afectados por la sentencia, sí que pueden sufrir un efecto reflejo en su esfera personal, lo que debe provocar que su testimonio sea valorado con cautela. La existencia de una obligación de decir verdad podría no ser incentivo suficiente sí, por ejemplo, el deponente puede ver peligrar su puesto de trabajo si se produce la condena, ya sea porque la sanción penal

[985] F.D. 2º.
[986] ASENCIO MELLADO, J.M., "Derecho Procesal Penal… ob. cit. pág. 124.
[987] Artículo 710 LECrim. El Anteproyecto LECrim 2020 establece en el artículo 693.3.b) que la sentencia será absolutoria cuando la prueba de cargo consista exclusivamente en la declaración de testigos de referencia.

ponga en juego la viabilidad empresarial o por la posibilidad de sufrir represalias a manos de los directivos societarios.

En todo caso, es indudable que el legislador sí que ha otorgado peso probatorio a esta figura, siendo la mejor muestra que, para evitar fraudes procesales, ha quedado proscrita la designación como representante especial de personas que tengan que declarar en el juicio oral como testigos (artículo 786.1 último párrafo LECrim). Analizando los sujetos más susceptibles de ser designados como testigos, VELASCO NÚÑEZ[988] apunta la posibilidad de citar en tal condición al *compliance officer* por lo que (añado), para asegurarse el control de esa prueba (esto es, para que su intervención en el proceso dependa de lo que más favorezca a la persona jurídica), sería recomendable, como ya resaltaba en el capítulo 4, que el órgano de cumplimiento esté compuesto por al menos un abogado que, por un lado, protegería la documentación generada en virtud del secreto profesional y, además, quedaría dispensado de declarar conforme establece el artículo 416.2 LECrim. Lógicamente, esa dispensa no se extendería a otros miembros de órgano de *compliance*, pero sí que permitirá *proteger*, por ejemplo, el contenido de determinadas reuniones o comunicaciones en que interviniera el letrado externo.

Desde la perspectiva contraria – defensa corporativa – la testifical puede resultar útil para determinar el grado de implantación del modelo de prevención penal que se esgrima como eximente. Por ello, en muchos procesos se solicitará la intervención de trabajadores, proveedores, clientes o directivos con el fin de probar la institucionalización[989] del *compliance program*.

6.5.4 Informe pericial.

Al dictamen de perito dedicaré buena parte de los siguientes capítulos, por lo que pospongo su análisis para más adelante. Baste decir en este momento, como adelanto, que las certificaciones de los modelos de prevención penal, conforme a la NORMA UNE 19601, y las periciales en

[988] VELASCO NUÑEZ, E., "Medios de investigación y prueba en los delitos cometidos por persona jurídica delincuente", en JUANES PECES, A., (Dir.), DÍEZ RODRÍGUEZ, E., (Coord.), *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Madrid: Francis Lefebvre, 2015, págs. 301-321, pág. 306.

[989] En esta línea, la Guía Práctica *Buenas Prácticas de Investigación Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* de Chile apunta como posibles testificales (pág. 20) las de los destinatarios de las medidas que debieron implantarse (trabajadores y contratistas, apuntándose por la Guía la posibilidad de elegirlos también aleatoriamente, es decir, no necesariamente los estrechamente relacionados con el delito base), los encargados de implementar el modelo, y los ejecutivos clave de la empresa investigada, tales como los miembros de la administración y sus dependientes directos.

compliance elaboradas por expertos que auxilien al Juzgado en la valoración del modelo de organización y gestión de la persona jurídica serán, sin duda, elementos capitales para determinar procesalmente la idoneidad y eficacia del modelo de prevención penal.

6.5.5 Prueba documental.

Tal y como señala CLIMENT DURÁN, "*el documento es un medio probatorio caracterizado por ser una pieza de convicción con un determinado contenido ideológico, producto del pensamiento humano, y que está destinado a formar la convicción del Juzgador sobre un hecho a que el mismo se refiere"*[990]. Debe destacarse igualmente la definición de documento a efectos del CP, señalando el artículo 26 que es "*todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica*".

La importancia de los documentos en el enjuiciamiento de las personas jurídicas ha sido resaltada hasta la saciedad en este trabajo, en su condición de soporte vital de las sociedades y, con ello, elemento probatorio clave para determinar la concurrencia de un defecto organizativo[991].

Como apunta NEIRA PENA[992], los documentos accederán al proceso principalmente de tres maneras: mediante las diligencias de entrada y registro en el domicilio social de la entidad; a través de requerimiento a terceras entidades o administraciones públicas, para que aporten documentos relacionados con la persona jurídica; y, por último, solicitándoselos a la propia persona jurídica imputada, con el consiguiente riesgo de vulnerar el derecho a no incriminarse al que ya me he referido.

[990] CLIMENT DURÁN, C., "La prueba penal… ob. cit. pág. 605.
[991] A mayor abundamiento de lo ya indicado hasta el momento, la correcta recopilación de documentos es uno de los aspectos clave en la investigación de ilícitos según la Guía Práctica *Buenas Prácticas de Investigación Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* elaborada por la Fiscalía de Chile en septiembre de 2015, destacándose (pág. 20) "*los códigos de conducta, contratos de trabajadores modificados, contratos de prestadores de servicios, constancias de comunicaciones entre el encargado de prevención y la administración de la empresa, actas de directorio, constancias sobre capacitaciones, registros de procedimientos para investigar infracciones al modelo, etc*."
[992] NEIRA PENA, A.M., "La persona jurídica como parte pasiva… ob. cit. pág. 783.

PARTE SEGUNDA

CAPÍTULO 7. EL INFORME PERICIAL EN EL PROCESO PENAL.

7.1 Planteamiento.

El informe pericial[993] en el proceso penal ha merecido menos atenciones doctrinales que las recibidas en el ámbito de los litigios civiles[994]. Aunque hay múltiples razones, destaca entre ellas que el denominado Derecho Penal clásico o nuclear requiere de la intervención de expertos en supuestos muy tasados, de tal forma que, con carácter general, para la acreditación de los elementos fácticos estipulados como premisa menor de la norma punitiva, son suficientes otros instrumentos, principalmente documentales y testificales.

No obstante, la creciente complejidad social[995] y, con ella, la sofisticación de los medios de comisión delictiva, ha provocado que cada vez con mayor frecuencia sean necesarios *saberes* especializados para la averiguación y determinación de lo ocurrido[996]. Ello se ha reflejado en buena medida en las diligencias de investigación contempladas en la LECrim[997], para cuya ejecución efectiva son precisos conocimientos científicos o tecnológicos, como sucede con los análisis de

[993] Parte del contenido de los tres capítulos que componen este segundo bloque de la tesis fue sintetizado en mi artículo "El informe pericial en los procesos penales frente a las personas jurídicas. Especial referencia a la certificación de los programas de cumplimiento normativo penal.", *Revista General de Derecho Procesal* nº. 47, 2019.

[994] NIEVA FENOLL, J., VIVES REGO, J., CORCOY BIDASOLO, M., "Eficacia y admisibilidad de la prueba pericial en el enjuiciamiento de delitos contra el medio ambiente", *Diario La Ley*, nº 6551, Sección Doctrina, 18 de septiembre de 2006, Año XXVII, Ref. D-199, pág. 2, señalan "*La prueba pericial penal adolece de un estudio monográfico detenido en la doctrina española. Es uno de aquellos temas que se dan por supuestos, traspolando casi sin matizaciones todo lo investigado durante decenios con respecto al proceso civil sobre esta temática*". También realiza este reproche PEDRAZ PENALVA, E., "Reflexiones sobre la prueba pericial en los procesos penal y civil particular consideración de la pericia psiquiátrica", en PEDRAZ GÓMEZ, S. (Dir.), *Salud mental y justicia. Problemática civil y penal. Internamientos en Derecho Penal y civil. La peligrosidad*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994, págs. 389-514, pág. 400.

[995] FLORES PRADA, I., *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pág. 130, nota al pie 217: "*el desarrollo científico – técnico de las modernas sociedades ha aumentado considerablemente la previsión de la prueba pericial en las leyes de procedimiento y también la complejidad en su objeto y valoración es algo en lo que coincide unánimemente la doctrina procesal*".

[996] RICHARD GONZÁLEZ, M., "Problemas de la prueba pericial en el proceso penal" en PICÓ I JUNOY (Dir.), MIRANDA VÁZQUEZ, C., (Coord.), *Peritaje y prueba pericial*, págs.249-273, pág. 250, afirma que "*una de las notas características del proceso penal moderno probablemente sea la utilización exhaustiva de la pericia que tiene por finalidad desde el análisis de sustancias, material genético o huellas dactilares hasta complejas estructuras contables*". La importancia creciente de las periciales se produce igualmente en los procedimientos civiles o, incluso, más, en los arbitrales, señalando la exposición de motivos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (aptdo. VI) la "*singular importancia en el arbitraje contemporáneo*", motivo por el que es el único medio de prueba que recibe una regulación específica en el citado texto.

[997] Más, si cabe, desde la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, *heredera* de las medidas de investigación tecnológicas previstas con exhaustividad en la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013.

ADN; la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas; la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos; la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen; el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos. Estas comprobaciones requerirán indefectiblemente informáticos e ingenieros[998] como parte integrante de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Fiscalías especiales, y jueces habituados al tratamiento de este *tipo* de acervo probatorio, entre otras cuestiones, para verificar que las medidas indagatorias no han resultado invasivas de derechos fundamentales que asisten al investigado. En este contexto, la importancia procesal de los informes periciales va, sin duda, en aumento.

7.2 Concepto y función del informe pericial.

Asumiendo la definición de CORTÉS DOMÍNGUEZ, la pericial "*aporta al proceso, mediante el dictamen pericial, conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos que permiten al juez valorar la existencia de hechos, la manera de ser de éstos, o que le permite conocer el contenido o sentido de otras pruebas practicadas en el juicio"*[999].

En similar sentido, la STS núm. 867/2003 de 22 septiembre[1000] califica la pericial como "*declaración de conocimiento del perito tendente a suministrar al Juzgador una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos (artículos 456 LECrim y 335 LEC) cuya finalidad es fijar una realidad no constatable directamente por el Juez (a diferencia de la testifical), que no es en ningún caso vinculante para aquel"*.

Como se desprende de la antedicha cita jurisprudencial, los dos preceptos capitales para perfilar el concepto y finalidad del informe pericial son el artículo 456 LECrim[1001], y su homólogo artículo

[998] MARTÍN SÁNCHEZ, T., *La prueba pericial judicial y extrajudicial. Formularios y jurisprudencia*, Madrid: Dykinson, 2001, pág. 113, apuntaba que las tres profesiones más empleadas como peritos eran arquitectos, médicos y calígrafos. Aunque la importancia de esas tipologías de expertos se ha mantenido, coexisten con otras *nuevas*, como ingenieros de telecomunicaciones o informáticos.
[999] CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pág. 267.
[1000] F.D. 1º.
[1001] El precepto ha sido casi calcado en el artículo 473 del Anteproyecto LECrim 2020: "*Se acordará la realización de un informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia relevante en el procedimiento, sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos*". De este modo, el cambio más relevante

335 LEC. Ambos están estrechamente relacionados, de tal forma que el 335 LEC constituye la novedad más destacada que ha experimentado el precepto de la LECrim desde su entrada en vigor, pues la aplicación supletoria de la ley procesal civil al procedimiento penal (artículo 4 LEC) permitió que, a los conocimientos[1002] científicos[1003] o artísticos[1004] se añadieran, en virtud de la LEC, los técnicos[1005] o prácticos[1006]. De estos artículos, como digo, se extraen los dos grandes objetivos de la pericial:

1. El artículo 335 LEC señala que el perito interviene para "*valorar hechos*[1007] *o circunstancias*[1008] *relevantes en el asunto*". Por su parte, el artículo 456 LECrim refiere que el perito permite "*apreciar algún hecho o circunstancia relevante*." Cuando interviene para apreciar (ídem: *valorar* según la LEC), las adveraciones sobre los hechos son ajenas al perito – vendrán dadas por un documento, testigos o por el propio investigado, por ejemplo –, por lo que el experto ayudará a comprender esa realidad que ya obra en el proceso para que resulte aprehensible para el conocimiento de un ciudadano medio. Por lo tanto, el perito, empleando las premisas mayores que conoce por razón de su ciencia, deduce las conclusiones que se extraen de los hechos o circunstancias afirmadas en la causa. Es este aspecto de las periciales en el que se han centrado los tratadistas, por ser el que más concuerda con la intervención de los expertos en el proceso civil. Con la pericial, por lo tanto, se lograría según CORTÉS DOMÍNGUEZ,

---

que ha experimentado el artículo, respecto al 456 LECrim, ha sido la incorporación expresa de los conocimientos técnicos o prácticos que, no obstante, como ahora señalaré, ya se había producido en virtud de la LEC.

[1002] GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P.M., *La peritación como Medio de Prueba en el Proceso Civil Español*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 1999, pág. 70, apunta que no bastan simples conocimientos, sino que es necesario verdadero dominio de la materia.

[1003] FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos y reconocimiento judicial en el proceso civil*, Madrid: La Ley, 2000, pág. 26, los define como "*conjunto de conocimientos ciertos de las cosas por sus principios y causas*".

[1004] FONT SERRA, E., "El dictamen de peritos… ob. cit. pág. 26, los califica como "*saberes sobre los medios que tienen por objeto expresar la belleza: pintura, escultura, arquitectura, música, literatura, etc*".

[1005] La LEC 1881 en el artículo 610 no hacía referencia a los conocimientos técnicos, por lo que se trata de una novedad de este texto. FONT SERRA, E., "El dictamen de peritos… ob. cit. pág. 26, los caracteriza como aquellos obtenidos mediante "*el estudio de los procedimientos o recursos de que se sirve la ciencia o arte*".

[1006] La LEC 1881 sí que aludía los conocimientos prácticos, si bien no fueron referidos en el texto procesal penal aprobado un año después. FONT SERRA, E., "El dictamen de peritos… ob. cit. pág. 26, dice que estos conocimientos "*son fruto de una simple repetición de actos, que no ha precisado de estudios especiales*".

[1007] Por hechos, dice resumiendo la doctrina FLORES PRADA, I., "La prueba pericial… ob. cit. pág. 150, se entiende los relativos a conductas humanas; los estados de la naturaleza en que no interviene la voluntad humana; y los relativos a objetos o cosas, lugares o realidades materiales.

[1008] FLORES PRADA, I., "La prueba pericial… ob. cit. pág. 149, recuerda que hechos y circunstancias no se emplean como sinónimos, sino que estas últimas se refieren a los "*factores o elementos accidentales que acompañan, condicionan o determinan algo*." Se trata, dice el autor en esa misma página, de aspectos "*necesarios para conocerlos* [los hechos, se refiere] *en toda su amplitud*".

"*valorar la existencia de hechos, la manera de ser de éstos, o que le permite conocer el contenido o sentido de otras pruebas practicadas en el juicio"*[1009].

2. El segundo objetivo se infiere de la aseveración del artículo 335.1 LEC indicando que el perito interviene para "*adquirir certeza sobre ellos* [los hechos]". Por su parte, el artículo 456 LECrim habla de "*conocer* [los hechos o circunstancias]". En estos supuestos, es el experto el que ayuda a traer al proceso los elementos fácticos, que antes no constaban asentidos en autos, lo que, en los procesos penales, toma especial importancia en la fase de investigación del ilícito penal. *Mezclando* lo extraíble de ambos preceptos, dice CORTÉS DOMÍNGUEZ que cabe practicar la pericial "*para adquirir la certeza de determinados hechos o para conocerlos (art. 335.1)*"[1010]. En el mismo sentido, SÁNCHEZ ULLED[1011], con sustento en la literalidad del artículo 456 LECrim, apunta que la referencia a "conocer", que hace el artículo, como puesta de manifiesto de algo que antes se ignoraba, permite emplear a los expertos para descubrir hechos o datos que no obraban, como se observa principalmente en lo establecido por el artículo 577 LECrim: "*Si para determinar sobre la necesidad de recoger las cosas que se hubiesen encontrado en el registro fuere necesario algún reconocimiento pericial, se acordará en el acto por el Juez (...)*".

En los dos fines de la pericial se busca la aportación de conocimiento experto, pero no de forma aséptica – vía *lección magistral* – sino en relación con las circunstancias fácticas que son parte misma del objeto procesal[1012]. Se convierte de este modo la intervención del perito en requisito indispensable para la correcta reconstrucción del hecho histórico[1013].

Dicho esto, si lo que se ambiciona con la participación del perito es la aportación de conocimiento ajeno a la especialización jurídica que confiere al juez tal condición[1014] ¿se puede prescindir del auxilio del perito cuando S.Sª cuente con los conocimientos técnicos, científicos, artísticos o

[1009] CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, MORENO CATENA, V. "Derecho Procesal Civil… ob. cit. pág. 267.
[1010] CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, MORENO CATENA, V. "Derecho Procesal Civil… ob. cit. pág. 267.
[1011] SÁNCHEZ ULLED, E.J., "Estrategias de investigación en los delitos económicos complejos. La criminalidad económica organizada", en GIMENO JUBERO, M.A. (Dir.), *Derecho Penal económico*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006, págs. 11-48, pág. 27.
[1012] FLORES PRADA, I., "La prueba pericial… ob. cit. pág. 128, señala que la pericia "*consiste, esencialmente, en la aplicación de los conocimientos del experto a un supuesto concreto*".
[1013] De hecho, el artículo 456 LECrim refiere que la pericial debe ser necesaria para discernir algún hecho o circunstancia "*importante en el sumario*".
[1014] STS núm. 436/2013 de 17 de mayo, F.D. 2º.

prácticos necesarios para la resolución del litigio? Se trata de determinar el peso hipotético que puede tener en el proceso lo que STEIN denominaba el "*conocimiento privado del Juez"*, respecto al que el autor concluye que "*la tesis de que al juez le está permitido acudir a peritos, pero no se encuentra obligado a ello es un principio del derecho probatorio pero por otra parte no es sino una concreción de aquel principio genérico según el cual el juez puede utilizar libremente su conocimiento de máximas de experiencia"*[1015].

La doctrina más moderna es reacia al empleo de esa erudición previa del juzgador[1016], exigiendo que la integración del saber experto en el litigio se efectúe necesariamente vía dictamen. FLORES PRADA[1017] señala, con sustento en el artículo 283.2 LEC, que el tribunal solo puede declinar la realización de la pericial cuando considere que no puede contribuir a esclarecer los hechos controvertidos, por lo que, si objetivamente ese conocimiento especializado favorece la acreditación de los elementos fácticos, no puede rechazar la elaboración de un informe pericial para sustituirlo por su propia opinión experta. En esta línea, ETXEBERRIA GURIDI relaciona la aportación del conocimiento privado del juez con la naturaleza jurídica de la pericial – medio de prueba, o auxilio al juzgador – señalando, tras asumir que es medio de prueba, que la pericial es la actividad procesal mediante la que se aportan conocimientos especiales al proceso, y que "*ha de englobar como garantía del proceso e integrante del derecho a la defensa la oportunidad de contradecir y cuestionar la posesión misma de los conocimientos especiales, así como su correcta aplicación al caso concreto"*[1018], lo cual, lógicamente, sería imposible si fuera el propio juez quien "realizara" el dictamen.

Comparto la proscripción de que sea el juzgador quien aporte el conocimiento experto. Si se permitiera que el juez declinara la realización de un informe pericial para esclarecer un aspecto clave del litigio, salvo que, haciendo además las veces de perito, efectuara un esfuerzo motivador

[1015] STEIN, F., *El conocimiento privado del juez: investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos,* Pamplona: Universidad de Navarra, 1973, pág. 116.
[1016] No de forma unánime, lógicamente. En contra de esta opinión se CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V., "Derecho Procesal Civil… ob. cit. págs. 270-271: "*si el juez tiene las máximas de experiencia necesarias para el conocimiento y valoración del objeto del debate, no necesitará que en el proceso se practique prueba pericial, pues la finalidad de ésta será precisamente aportar esas máximas de experiencia*." En el mismo sentido, PEDRAZ PENALVA, E., "Reflexiones sobre la prueba… ob. cit. pág. 393, nota al pie 7, defiende la libertad del juez para prescindir del perito.
[1017] FLORES PRADA, I., "La prueba pericial… ob. cit. pág. 169.
[1018] ETXEBERRIA GURIDI, J.F, "Prueba pericial… ob. cit. pág. 656.

abrumador en la resolución, casi insertando un informe pericial junto con su decisión, en la práctica, estaría vedando un conocimiento pleno del objeto discutido a los tribunales de ulteriores instancias[1019].

Por lo tanto, desde el instante en que, partiendo de lo que es *el saber de un ciudadano medio*, se ponga de manifiesto en el proceso la necesidad de contar con conocimiento especializado, se deberá recurrir al auxilio de peritos.

7.3 Naturaleza jurídica del informe pericial.

7.3.1 Posibles orígenes de la discusión doctrinal.

Aunque la concurrencia de cierta uniformidad en la definición del informe pericial podría conllevar, *prima facie*, una decisión también unitaria sobre la naturaleza de esta institución, lo cierto es que se trata de una de las cuestiones más controvertidas por la doctrina procesalista[1020].

Hay diversos motivos que abonan la discusión, aunque se pueden destacar los siguientes:

1. Uno de los problemas de base reside en la búsqueda de una *decisión* sobre su naturaleza que sirva tanto para los procedimientos penales como los civiles[1021]. Aunque ello redundaría en la consecución de cierta uniformidad procesal (un elemento más de la pretendida *Teoría General de Derecho Procesal*) los distintos fines que mueven al proceso penal, y al resto de litigios de nuestro ordenamiento, dificultan soluciones conjuntas plenamente aplicables en cualquier jurisdicción.

2. Como he apuntado en el anterior aptdo., de los dos objetivos que se pretenden colmar con el informe pericial, de acuerdo con lo indicado en el artículo 456 LECrim se extraen, en mi opinión, dos naturalezas diferentes. Al referirse por el precepto el verbo *conocer*, se deduce que lo buscado con la intervención del experto es que sea él, mediante sus especiales

[1019] A este argumento se refiere ABEL LLUCH, X., "La prueba pericial" en ABEL LLUCH, X., PICÓ JUNOY, J., (Dirs.), GINES CASTELLET, N. (Coord.), *La prueba pericial*, Barcelona: Bosch, 2009, págs. 15-248, pág. 32, justificando porqué según su criterio la admisibilidad de la pericial se debe efectuar sobre la base de parámetros objetivos. Además, apuntala su opinión en otros motivos, como que el juez sea luego trasladado, recusado o se jubile, y por lo tanto no sea él quien finalmente tenga que resolver el litigio en esa instancia.
[1020] Así lo afirma PEDRAZ PENALVA, E., "Reflexiones sobre la prueba… ob. cit. pág. 394.
[1021] PEDRAZ PENALVA, E., "Reflexiones sobre la prueba… ob. cit. pág. 403, aboga por la sustancial identidad de la pericial en todos los órdenes procesales.

conocimientos, quien traiga al proceso los hechos, lo que le convertiría en un medio de prueba. Es este el caso, por ejemplo, de lo indicado por el artículo 328 LECrim, que contempla la pericial para determinar "*la manera, instrumentos, medios o tiempo de la ejecución del delito*". Por su parte, cuando el perito colabora para *apreciar*, esas realidades ya obran en autos de un modo no comprensible para alguien ajeno a la especialidad, por lo que el perito, sirviéndose de las máximas de experiencia propias de su ciencia, clarifica las afirmaciones realizadas en autos, instituyéndose así en auxilio del juzgador. En definitiva, el *precepto cero* de la pericial en el ámbito criminal parece contemplar dos realidades que en esta discusión de la naturaleza están enfrentadas.

3. De la estructura sistemático – legal se pueden colegir dos momentos de la pericia, para cumplir sendas expectativas: el informe pericial en fase sumarial, tendente a coadyuvar en "*las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos"* [1022] o ya en la fase declarativa, facilitando la determinación de si la conducta que se le atribuye al acusado es típica, antijurídica y culpable.

Los anteriores obstáculos, entre otros, han generado tres posiciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica del informe pericial:

7.3.2 Pericial como medio de prueba.

Comenzando por la posición que parece haber tomado ventaja en esta diatriba, la mayoría de los autores acuerdan naturalizar el informe pericial como medio de prueba que permitiría, en virtud del conocimiento experto del perito "*provocar la convicción judicial en un cierto sentido"*[1023]. Es habitual que incluso la doctrina que la califica como medio de prueba, asuma también su carácter auxiliar para conocer el contenido o sentido de otras pruebas que obren en autos[1024].

[1022] Artículo 299 LECrim.
[1023] GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho procesal civil: introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*, T. I, Madrid: Civitas, 2002, pág. 408.
[1024] CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, MORENO CATENA, V. "Derecho Procesal Civil… ob. cit. pág. 268, indican que "*Nosotros creemos que el dictamen de peritos es un medio de prueba, pero tal como hemos dicho, complementario de otras pruebas*".

El sustento principal[1025] de esta corriente, desde la entrada en vigor de la LEC, es el listado – *numerus apertus* – de medios de prueba que establece el artículo 299 LEC. Así, junto con el interrogatorio de las partes, los documentos públicos y privados, el reconocimiento judicial y el interrogatorio de los testigos, se consigna como medio de prueba el dictamen pericial. Además, estos comentaristas cuentan con el apoyo de la propia exposición de motivos de la LEC pues, dicen[1026], zanja la polémica doctrinal. Así, el aptdo. XI recoge lo que denomina "*el no resuelto dilema acerca de su naturaleza*", que arregla mediante la siguiente afirmación: "*Con las excepciones obligadas respecto de los procesos civiles en que ha de satisfacerse un interés público, esta Ley se inclina coherentemente por entender el dictamen de peritos como medio de prueba en el marco de un proceso, en el que, salvo las excepciones aludidas, no se impone y se responsabiliza al tribunal de la investigación y comprobación de la veracidad de los hechos relevantes en que se fundamentan las pretensiones de tutela formuladas por las partes, sino que es sobre éstas sobre las que recae la carga de alegar y probar"*[1027].

La anterior *sentencia*, destinada a justificar la novedosa (en comparación con la LEC 1881) posibilidad de aportar periciales de parte, esconde también, en mi opinión, un argumento que impide afirmar que el legislador haya resuelto la disputa, al menos en lo que respecta al proceso penal. En efecto, de la regulación de la LEC se infieren dos tipos de procedimientos civiles: por un lado, los sometidos puramente al principio de justicia rogada[1028], en los que corresponde a las partes la carga de aportar los hechos que sustentan sus respectivas pretensiones y, con ello, la iniciativa en la actividad probatoria[1029]; por otro, los denominados procesos especiales[1030], en los

[1025] Existen más motivos que abonan esta opinión, pudiendo destacar lo afirmado por ETXEBERRIA GURIDI, J.F, "Prueba pericial… ob. cit. pág. 656, para quien la calificación como medio de prueba es más acorde a las garantías y principios básicos de nuestra normativa procesal. Se le puede conceder a esta corriente un nuevo argumento: el Anteproyecto LECrim 2020 denomina la Sección 1ª, Capítulo II, Título VI, del Libro III (Diligencias de investigación), como "prueba pericial".

[1026] A la exposición de motivos de la LEC como base de su consideración como medio de prueba, se refieren CALAZA LÓPEZ, S., "El dictamen de peritos", *Actualidad Civil*, Nº 9, Sección A Fondo, septiembre 2014, tomo 2, pág. 2; o GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J.L, "La prueba pericial en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Balance crítico", *Revista de Estudios Jurídicos* nº 13/2013 (Segunda Época), Universidad de Jaén, pág. 4.

[1027] Precisamente, para DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2004, pág. 399, uno de los principales argumentos que le llevan a calificar la pericial como medio de prueba es que, según su criterio, no puede ser acordada de oficio por el juzgador.

[1028] Artículo 216 LEC.

[1029] Con un matiz, como *cláusula de cierre*, al que luego me referiré.

[1030] Contemplados en el Libro IV, afectantes a la capacidad de las personas; su filiación, paternidad y maternidad; los procesos matrimoniales y de menores; los relativos a la restitución o retorno de menores en los supuestos de

que el principio dispositivo queda matizado por el interés público que subyace en su objeto. Por lo tanto, en estos últimos, la labor de averiguar la certeza de los hechos relevantes no queda vedada a las partes, extendiéndose al Juzgador que puede, de oficio, decretar la práctica de cuantas pruebas estime pertinentes (artículo 752 LEC[1031]). En definitiva, la LEC excepciona de la consideración de medio de prueba las periciales que se empleen en los procesos con un interés público.

Llevado lo antedicho a la jurisdicción que me ocupa, y siendo indiscutido que la finalidad (principal) del proceso penal es el ejercicio del *ius puniendi* estatal, en mi opinión, cabría concluir que, en los procedimientos criminales, el informe pericial es, *sobre todo* – no se pueden obviar sus derivaciones como medio de prueba – un auxilio o complemento del Juez para el esclarecimiento de la verdad[1032].

7.3.3 Pericial como auxilio del Juzgador.

El habitual punto de partida de esta posición doctrinal es la tesis defendida por CARNELUTTI que, tras apuntar que es irrelevante de quién provenga la petición de realización de la pericial, resaltó que tanto si el perito interviene en la fase de percepción como si lo hace en la deducción de la prueba, aparece no como una fuente de prueba sino como un medio de integración de la actividad del juez, de ahí su naturaleza auxiliadora de la función jurisdiccional[1033]. También PEDRAZ PENALVA apuntaba esta no aportación de hechos por el perito como justificación para considerarlo auxilio del juzgador: "*el técnico, con su saber especializado, no introduce en sentido estricto extremo alguno a utilizar por el juez para formar su convicción, sino que se ciñe a proveerle de las reglas precisas para que pueda valorar alguno de los aportados o a ilustrarle con su saber acerca de datos ya procesalmente existentes. A esto se une el hecho de que el experto*

sustracción internacional; así como los procesos referidos a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, del procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción y de la oposición a determinadas resoluciones y actos de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de Registro Civil.

[1031] El párrafo segundo del aptdo. 1 del precepto señala que "*Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes*".

[1032] Finalidad que encontramos en diversos preceptos de la LECRim, tanto en lo que respecta a la fase sumarial (artículos 273, 391 y 474), en el juicio oral (artículo 683, 701, 713, 726) e incluso, de manera tangencial, dentro de la regulación del recurso de revisión (artículo 955). CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., "Dogmática y realidad en la admisión y práctica de la prueba pericial: de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 al Borrador del Código Procesal Penal de 2012", *Revista General de Derecho Procesal,* Nº. 32, 2014*,* pág. 4 señala que la pericial está acercando la "*verdad judicial de que hablamos a la realidad*".

[1033] CARNELUTTI, F., *Sistema de derecho procesal civil. II, Composición del proceso,* Buenos Aires: Uteha Argentina, 1944, págs. 218-223.

sea llamado al proceso para conocer (suministrando pues un juicio o apreciación o la regla necesaria para extraerlos). Parecer pues que hay base suficiente para decantarse por la naturaleza auxiliar del perito"[1034].

No obstante, quienes quizá con mayor vehemencia se han pronunciado recientemente contra la calificación de la pericial como medio de prueba asumida por la LEC son ABEL LLUCH y PICÓ I JUNOY [1035]. Entre otras cuestiones[1036], señalan los autores que la decisión legislativa plasmada en la LEC supone una "*excesiva privatización de la prueba pericial y cierta desprocesalización, alejándola del auxilio a la función jurisdiccional*", pues, como subrayan, las partes fijarán el objeto del dictamen y la oportunidad de su aportación. Añaden además ABEL LLUCH y PICÓ I JUNOY que con esta naturalización se limita la intervención judicial, vedándole al juez la posibilidad de ampliar los extremos de la pericial para que le ayuden a alcanzar certeza de los hechos controvertidos, ya que solo en supuestos muy tasados, fuera de los procedimientos no dispositivos, tiene encaje la pericial de oficio. Cabe puntualizar, respecto a la postura de ABELL LLUCH y PICÓ I JUNOY, que si bien la iniciativa probatoria en el ámbito de los litigios civiles recae en las partes (así se asume expresamente por el artículo 282 LEC), ello no impide que el juez pueda recomendar la práctica de determinados medios de prueba[1037].

[1034] PEDRAZ PENALVA, E., "Reflexiones sobre la prueba… ob. cit. pág. 411.

[1035] ABEL LLUCH, X., "La prueba pericial… ob. cit. págs. 30-31. En el mismo sentido, ABEL LLUCH, X. "Algunas reformas en la regulación de la prueba pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 17, 2013, págs. 519-552, pág. 524.

[1036] Apuntan también los autores que en los ordenamientos de nuestro entorno la prueba pericial se configura como auxilio del juez.

[1037] El artículo 429.1. párrafo tercero LEC, se erige en cláusula de cierre que permite, en la práctica, que en cualquier situación probática el juez pueda sugerir la proposición de medios adicionales a los indicados por los litigantes. Aunque ese *guante* tendrá que ser cogido por la parte cuya postura esté huérfana o escasa de prueba (es decir, no podrá ser acordada de oficio por el juzgado, sino que el litigante afectado por la insuficiencia apuntada deberá proponer practicar prueba respecto al elemento fáctico sobre el que se hayan despertado dudas) dado el origen del consejo, parece poco probable que la parte que reciba la recomendación haga caso omiso. Lo cierto es que la jurisprudencia ha pretendido restarle importancia a la aplicabilidad de este precepto, reduciéndolo a una mera posibilidad a la que puede acudir el tribunal (STS, Sala 1ª, núm. 80/2013 de 7 marzo). Según mi criterio, desde el momento en que el tribunal llegue al convencimiento de la insuficiencia probatoria debe, obligatoriamente, expresarlo – "*lo pondrá de manifiesto a las partes*", dice el artículo –. Lo que sí resulta potestativo ("*podrá*") es señalar los medios de prueba que propone para colmar esa laguna probatoria. PICÓ I JUNOY, J., "Quince años de la prueba pericial: problemas y soluciones" en PICÓ I JUNOY, J. (Dir.), DE MIRANDA VAZQUEZ, C. (Coord.), *Peritaje y prueba pericial*, Barcelona: Bosch, 2017, págs. 71-83, págs. 76-77, consigna como motivos de la residual utilización del precepto: "*la escasa preparación que algunos jueces, desgraciadamente, suelen tener de la materia litigiosa en el acto de la audiencia previa, la concepción excesivamente privatista que tienen algunos jueces y que les lleva a pensar que la prueba solo deben aportarla las partes, el erróneo entendimiento de que dicha iniciativa puede comprometer su debida imparcialidad, la particular lectura de la propia LEC en el sentido de entender que no permite los dictámenes dirimentes porque*

En la jurisprudencia encontramos igualmente resoluciones que califican la pericial como auxilio de la función jurisdiccional. Señala la STS núm. 867/2003 de 22 septiembre[1038]: "*en la medida que no sea constatable directamente por el Tribunal la realidad o las conclusiones que constituyen el contenido de la prueba pericial será necesario acudir a la misma como medio de auxilio o colaboración con el propio Juez para alcanzar la existencia o inexistencia de determinados hechos, valoración por parte de los peritos que en ningún caso vincula al Juez o Tribunal como ya hemos señalado (STS 2084/01)*".

Aunque suponga ubicarme en la minoría, opto sin duda por esta postura: el perito no interviene, normalmente, para contar al tribunal qué ha pasado sino, principalmente, para ayudarle a comprender las circunstancias que le permiten discernir esa realidad histórica.

7.3.4 Pericial como auxilio judicial y medio de prueba.

Jurisprudencialmente, al menos en el ámbito del proceso penal, se ha optado claramente por una postura ecléctica, que se inclina por una u otra corriente según la fase procedimental. La pericial, durante la instrucción, serviría como auxilio del Juzgador y, ya en el juicio oral, como medio de prueba[1039]. Aunque es un posicionamiento que deja irresoluta la discusión que me ocupa, tiene la ventaja de adaptar la pericial a los objetivos del momento procesal en que se desarrolla. Muestra de esta corriente sería la STS núm. 1212/2003 de 9 octubre[1040]: "*En orden a la naturaleza y sentido de la pericia o informe pericial hemos de manifestar que, amén de estimarse medio de prueba en su función de averiguación en el juicio oral de la verdad material delimitada en las pretensiones penales que se ejercitan, en aquellos casos que se interesa y practica a instancias del Instructor, constituye un acto de investigación o preprobatorio de auxilio judicial para suplir la ausencia de conocimientos científicos, artísticos o culturales del juez, teniendo como finalidad tal diligencia constatar una realidad no captable directamente por los sentidos, en contraste con la prueba testifical o inspección ocular*".

---

confía en la capacidad intelectual del juez en el análisis de dos dictámenes periciales contradictorios, entre otros motivos".

[1038] F.D. 1º.

[1039] En este sentido, SÁNCHEZ ULLED, E.J, "Estrategias de investigación… ob. cit. págs. 25-26.

[1040] F.D. 2º.

En apoyo de esta línea, NIEVA FENOL[1041], tras descartar que la discusión sobre la naturaleza tenga relevancia práctica[1042], apunta que las dos concepciones de la pericial como medio de prueba y como auxilio del juzgador no resultan incompatibles entre sí.

Aunque en referencia al proceso civil, RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ [1043] acoge esta visión intermedia: "*El dictamen pericial puede constituir por sí mismo un medio de prueba autónomo o utilizarse en el proceso con carácter auxiliar, cuando sea necesario o conveniente para conocer el contenido o sentido de una prueba o para facilitar su valoración por el juez (Artículo 352 LEC)*". Por su parte, FLORES PRADA señala que el objeto de la pericial no difiere del de la prueba documental, o la testifical, en el sentido de que todos persiguen "*alcanzar el convencimiento del juez sobre la veracidad de las afirmaciones formuladas por las partes*[1044]." No obstante esta inclinación del autor hacia la calificación como medio de prueba, apunta que "*la pericia no es, en sí misma, ni una cosa ni otra; más bien puede ser utilizada con una u otra función*."

No faltan los autores que realizan incluso otro tipo de distinciones que les sitúa igualmente en este epígrafe, como VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER[1045], para quien el perito, como experto, es auxiliar del juez, pero el informe que emite es un medio de prueba.

En definitiva, al menos en el proceso penal, la polémica está lejos de ser resuelta.

[1041] NIEVA FENOLL, J., "Derecho Procesal III… ob. cit. pág. 223.

[1042] En contra de esta opinión, FONT SERRA, E., "El dictamen de peritos… ob. cit. pág. 36, señala que la decisión sobre la naturaleza "*condicionará necesariamente el tratamiento que otorgará a los dictámenes periciales que se emitan en el proceso. Si la pericia es considerada un medio de prueba, deberá dársele el trato que se da a estos medios. En cambio, si se la considera un auxilio para completar la actividad del juez, el perito deberá ser contemplado como un sujeto que emite juicios integradores de los hechos, y tratado como un oficio integrante del órgano jurisdiccional, siendo solo el juzgador el sujeto apropiado, con independencia de la voluntad de las partes, para determinar la intervención del perito en el proceso*". Igualmente, otorgándole peso en la *praxis* a la discusión, PEDRAZ PENALVA, E., "Reflexiones sobre la prueba… ob. cit. pág. 394.

[1043] RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S., "Los distintos medios de prueba (III). La prueba pericial" en ASENCIO MELLADO (Dir.), FUENTES SORIANO, O. (Coord.), *Derecho Procesal Civil. Parte General,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2019*,* págs. 289-296, pág. 289.

[1044] FLORES PRADA, I., "La prueba pericial… ob. cit. págs. 145-146.

[1045] VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, C. "Naturaleza jurídica de la pericia", *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, Tomo 4, Fasc/Mes 1, 1951, págs. 43-70, págs. 48-49.

7.4 El perito.

7.4.1 La capacidad del perito.

En base a lo señalado en anteriores aptdos., parece fácil colegir que la principal virtud de la pericial reside en los conocimientos especializados que ostenta el perito. Partiendo de ello, la primera clasificación de los expertos que realiza la LECrim, en el artículo 457, tiene que ver con su condición o no de titulares[1046], mereciendo el calificativo de titulares los que tienen un "*título oficial de una ciencia o arte cuyo ejercicio esté reglamentado por la Administración*".

Por el contrario, los no titulares carecen de diploma habilitante, pero disponen de los conocimientos o la práctica requerida.

Para ABEL LLUCH[1047], la exigencia de titulación constituye una "*garantía de suficiencia*" que, considero, se referirá únicamente a los conocimientos poseídos por el experto interviniente. Por su parte, la experiencia práctica en la materia deberá ser atestiguada por otros medios[1048].

Por este *plus de acreditación*, el artículo 458 LECrim otorga preferencia a los titulados, si bien la primacía de los que cuenten con un título oficial ha sido jurisprudencialmente reducida a simple regla orientativa[1049], consecuencia ineludible de que, con cada vez mayor frecuencia, surgen

[1046] También el Anteproyecto LECrim 2020 realiza esta distinción, aunque sin hacer expresa referencia a "titulares" y "no titulares". Así, establece el artículo 474: "*Tienen la consideración de peritos: a) Aquellos que posean el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen. b) Aquellos que, por tratarse de materias no comprendidas en títulos oficiales, puedan acreditar de otro modo conocimientos o prácticas acerca del objeto de la pericia*."

[1047] ABEL LLUCH, X., "La prueba pericial… ob. cit. pág. 62.

[1048] SANJURJO RIOS, E.I., "En la búsqueda del buen perito. Una propuesta de reforma razonada para el art.340 LEC" en PICÓ I JUNOY, J. (Dir)., ANDINO LOPEZ, J.A, CERRATO GURI, E. (Coords.), *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, Barcelona: Bosch, 2020, págs. 413-442, págs. 432-433, destaca como uno de los aspectos criticables de la redacción actual del artículo 340 LEC que el precepto se centra en la titulación, obviando exigir la experiencia en la práctica diaria que para la autora (y lo comparto) verdaderamente confiere la condición de perito. Lo expresa del siguiente modo: "*Resulta así, fundamental y conveniente, para poder garantizar – aunque en dosis mínimas – la correcta cualificación profesional de quien interviene procesalmente como perito, que éste, previamente, haya podido poner en práctica los conocimientos teóricos adquiridos durante su formación académica. Su aplicación en situaciones reales es lo que verdaderamente forma a un verdadero profesional, lo que puede convertirlo en un auténtico experto sobre la materia para la que posee una determinada titulación académica*".

[1049] La STS núm. 2144/2002 de 19 de diciembre (F.D.2º) señaló: "*Se trata de una regla orientativa, dirigida la Juez para el momento de nombrar a los peritos, que no excluye a los no titulados ni, menos aún, establece una regla de valoración de la prueba, que impida al juez separarse de la opinión de los peritos titulados. Ello sería contrario a un sistema procesal en el que la decisión sobre el valor de las pruebas depende de la convicción en conciencia del Juez (artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). […] Lo decisivo no es la titulación de los peritos sino la consistencia del juicio técnico emitido y la valoración del Tribunal sin haberse aptdo. arbitrariamente de las pautas*

materias en que los especialistas son, precisamente, aquellos que carecen de una concreta titulación. Aunque el problema se ha visto acuciado por la evolución social, en realidad es intrínseco a las periciales. Desde antiguo ha habido cuestiones peritables ajenas al sistema de enseñanza ordinario, en las que resultaría improcedente exigir unos especiales estudios para dotar de relevancia al testimonio del experto[1050]. Entrarían en esta categoría de periciales de no diplomados las efectuadas por los que el artículo 340.1 *in fine* LEC denomina *personas entendidas*, calificadas por GUZMÁN FLUJA[1051] como "*personas que la práctica diaria de una profesión, oficio o afición le ha permitido alcanzar un grado de conocimiento específico sobre una materia concreta, que sobresale del que puedan tener sobre esa materia un ciudadano común*".

De este modo, puede concluirse que la ausencia de un título especifico podrá suplirse con la acreditación de experiencia práctica o, como he indicado respecto a los *compliance officers*, y vale también para los peritos que intervengan en el seno de un proceso para pronunciarse sobre modelos de prevención penal, mediante la obtención de formación no reglada (véase las certificaciones relativas al cumplimiento normativo penal), adicional a los títulos oficiales (Derecho y Derecho y Administración de Empresas, principalmente).

técnicas aplicables al caso." El Anteproyecto LECrim 2020 elimina esta preferencia. De este modo, según el artículo 475.2, se designará al personal adscrito a la Fiscalía y, en su defecto a profesionales no adscritos "*atendiendo a la especialidad y competencia en la materia sobre la que haya de versar la pericia*".

[1050] La STS núm. 187/2008 de 18 abril (F.D. 2º) apuntó: "*Dado el carácter de prohibido y penalmente ilícito del tráfico de drogas y, por ende, la clandestinidad en la que, de ordinario, se desarrolla este tipo de actividades, resulta imposible hablar de "peritos titulares" (v. art. 458 LECrim.) que puedan llevar a cabo la valoración de este tipo de sustancias. De ahí que la autoridad judicial deba servirse para ello de "peritos no titulares", es decir, de personas que posean conocimientos o prácticas en alguna ciencia o arte (art. 457 LECrim.), condición que no cabe negar a los funcionarios policiales que, a diario, a través de las manifestaciones de los drogadictos, de los mismos traficantes, e, incluso, por razón de las incautaciones dinerarias, de las intervenciones telefónicas, y de los demás medios de investigación de este tipo de actividades delictivas, pueden tener información solvente acerca el valor de este tipo de sustancias en el mercado negro de las mismas. Consiguientemente, no puede cuestionarse razonablemente la fiabilidad de la información facilitada sobre estos extremos por la Policía Judicial, utilizando los datos elaborados por la citada Oficina Central Nacional de Estupefacientes, sobre la base de los datos facilitados a la misma por los funcionarios policiales*".

[1051] GUZMÁN FLUJA, V.C., "Comentario al art. 340 LEC", *El proceso civil*, vol. 3º, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, pág. 2476, según cita de ABEL LLUCH, X., "La prueba pericial… ob. cit. pág. 63.

7.4.2 La imparcialidad del perito.

La imparcialidad del perito es su segunda gran nota característica. Muestra de ello, señala la STEDH de 6 mayo 1985, *Bönisch c. Austria*[1052] que la objetividad del experto es una exigencia derivada del derecho a un proceso equitativo, según el artículo 6.1 CEDH.

Para el análisis de la imparcialidad, como con acierto afirma FRÍGOLS I BRINES[1053], debe partirse del concepto consagrado por la Real Academia de la Lengua Española, que la define como "*Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud*". Por lo tanto, en el ámbito de la pericial, lo que se pretende del profesional seleccionado es que se aproxime al objeto del dictamen sin que las previas relaciones personales con las partes influyan en el sentido de su opinión.

Nuestro sistema procesal establece los siguientes remedios[1054] para asegurar que el experto efectúe su informe sin prejuicios subjetivos que enturbien sus conclusiones:

a) Juramento de decir verdad.

Establecido en el artículo 474 LECrim[1055], se trata de un requisito de carácter formal[1056], cuya omisión resulta subsanable[1057] si bien, señala PICÓ I JUNOY, en el supuesto de no ser enmendada su ausencia, la pericial se convertiría en una "*documental atípica"*[1058].

[1052] ECLI:CE:ECHR:1985:0506JUD000865879.
[1053] FRÍGOLS I BRINES, E., "Peritos dependientes de organismos públicos y su imparcialidad en el proceso penal", *Cuadernos del Proceso Penal Económico*, Madrid: Lefebvre, 2020, marginal 210.
[1054] FLORES PRADA, I., "La prueba pericial… ob. cit. pág. 189, añade la contradicción, mediante la comparecencia del perito a la vista para formularle preguntas y objeciones, como método para asegurar la imparcialidad.
[1055] "*Antes de darse principio al acto pericial, todos los peritos, así los nombrados por el Juez como los que lo hubieren sido por las partes, prestarán juramento, conforme al artículo 434, de proceder bien y fielmente en sus operaciones y de no proponerse otro fin más que el de descubrir y declarar la verdad*." Por su parte, el artículo 476.3 del Anteproyecto LECrim 2020 establece que "*Aceptado el encargo, el perito manifestará, bajo juramento o promesa de decir verdad, que actuará con objetividad en la realización de la pericia y que su actuación se ajustará a las normas deontológicas aplicables a la actividad que haya de desarrollar*".
[1056] FLORES PRADA, I., "La prueba pericial… ob. cit. pág. 377.
[1057] SAP de Almería (Sección 1ª) núm. 263/2002 de 5 noviembre (F.D.2º), o SAP de Valencia (Sección 9ª) núm. 252/2011 de 15 junio (F.D. 3.3), efectuando esta última un extenso análisis de las resoluciones de otras Audiencias Provinciales.
[1058] ABEL LLUCH, X., "La prueba pericial… ob. cit. pág. 74.

El incumplimiento del juramento lleva aparejadas diversas conductas punibles: el delito de abusos en el ejercicio de la función (artículo 439 y 440 CP); el de falso testimonio (artículo 458 CP); el de la alteración de la verdad (artículo 460 CP), el de presentación de peritos mendaces (artículo 461 CP), y el de falso testimonio ante la Corte Penal Internacional (artículo 471 bis CP).

b) Abstención.

Las causas de abstención no figuran expresamente previstas en la LECrim[1059], por lo que resultarían de aplicación los artículos 99 y siguientes de la LEC[1060], extrapolables únicamente a los peritos designados por el Juzgado[1061] (artículo 105 LEC). Mediante la abstención, sería el propio perito quién pondrá de manifiesto cuestiones de carácter personal que pudieran provocar que el informe no sea reflejo de su leal saber y entender o que puedan poner en duda su apariencia de imparcialidad.

c) Tacha.

En puridad, en el proceso penal no cabe hablar de tachas, como recuerda la SAP de Cáceres (Sección 2ª) núm. 185/2019 de 28 junio. Ello no impide que, respecto a las periciales de parte, se puedan poner de manifiesto, como "aviso" al juzgador, las circunstancias[1062] del perito que puedan afectar a la fiabilidad de su dictamen. De este modo, a diferencia de lo que se dirá respecto a la recusación, con la tacha no se persigue la exclusión del perito (y su informe) sino poner en evidencia su posible falta de objetividad, para que sea tenida en cuenta en el momento de la valoración.

d) Recusación.

[1059] El Anteproyecto LECrim 2020 recoge en un mismo precepto – artículo 477.2 – las causas de abstención y, en su caso, de recusación.
[1060] Tal y como indirectamente asume la SAP de Córdoba (Sección 1ª) núm. 921/2010 de 22 diciembre, F.D. 1º. En la misma línea se pronuncia ETXEBERRIA GURIDI, J.F, "Prueba pericial… ob. cit. pág. 681.
[1061] Ídem. en el aptdo. 1 del artículo 477 del Anteproyecto LECrim 2020.
[1062] Son causas de tacha según el artículo 343 LEC las siguientes: "*1.º Ser cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil de una de las partes o de sus abogados o procuradores.*
2.º Tener interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante.
3.º Estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus abogados o procuradores.
4.º Amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o sus procuradores o abogados.
5.º Cualquier otra circunstancia, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional."

La recusación, igual que sucede con la tacha, se configura como solución externa para el control de los peritos y, según afirma ETXEBARRIA GURIDI, "*persigue la exclusión del perito en el que concurren motivos para dudar de su objetividad en el caso concreto"*[1063].

Las causas de recusación recogidas en el artículo 468 LECrim[1064] son las relaciones familiares por consanguineidad o afinidad dentro del cuarto grado con el querellante o el reo; la amistad íntima[1065] o enemistad manifiesta; y el interés directo o indirecto en la causa[1066].

Probablemente, el mayor campo de aplicación de la recusación de los peritos haya tenido que ver con la intervención de los funcionarios de la Agencia Tributaria en procedimientos penales por delito fiscal. Exponente del criterio jurisprudencialmente asentado es la STS núm. 611/2009 de 29 mayo, señalando que, pese a la relación estatutaria del inspector de hacienda con el Estado, ello "*no genera interés personal que les inhabilite, por lo que ni constituye causa de recusación ni*

[1063] ETXEBERRIA GURIDI, J.F, "Prueba pericial… ob. cit. pág. 681.

[1064] Que podríamos relacionar a su vez con las causas que influyen en la imparcialidad según FRÍGOLS I BRINES, E., "Peritos dependientes de organismos… ob. cit. marginales 2010-235: parcialidad en relación con el origen de la designación, que permite distinguir entre peritos de parte, y judiciales; parcialidad como voluntad de perjudicar o favorecer, definida por el autor como "sesgo consciente" de favorecer a una determinada persona, lo que se produce principalmente, según FRÍGOLS I BRINES, en favor de la persona que ha designado al profesional; o parcialidad como favorecimiento inconsciente de una determinada parte, o sesgo cognitivo, que llevaría al profesional a pronunciarse en un determinado sentido, por su relación con los hechos o una determinada persona. El Anteproyecto LECrim 2020 ha ampliado los motivos que pueden sustentar la recusación, recogiendo en el artículo 477.2 los siguientes: "*1.ª. Ser cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil de una de las partes o de sus abogados o procuradores. 2.ª. Tener interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante. 3.ª. Estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus procuradores o abogados. 4.ª. Tener amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o sus procuradores o abogados. 5.ª. Tener con el fiscal o con el juez alguna de las relaciones a que se refieren los aptdos. anteriores. 6.ª. Haber dado anteriormente dictamen contrario a la parte recusante sobre el mismo asunto. 7.ª. Tener participación en una sociedad, establecimiento o empresa que sea parte en el proceso. 8.ª. Cualquier otra circunstancia, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional. 9.ª. Haber intervenido en el procedimiento previo, en vía administrativa, por los mismos hechos, sin perjuicio de que al prestar testimonio pueda incorporar los conocimientos técnicos, artísticos o prácticos que tenga sobre los mismos*."

[1065] No basta cualquier amistad, sino que el precepto requiere que sea calificable de íntima. Aclarando el concepto, dice la SAP de Zaragoza (Sección 5ª) núm. 1684/2007 de 24 de octubre (F.D. 2º): "*solo merece la calificación de íntima aquella de tal entidad que puede inducir al declarante a falsear la verdad en la narración del hecho, faltando a la que debe ser su inclinación natural a manifestarse con verdad, e incluso sometiéndose a determinadas consecuencias jurídicas sobre las que ha sido advertido*".

[1066] Concretado por la STS núm. 338/2015 de 2 junio: "*interés personal, afectivo, ético o económico"* y que, al objeto de ser esclarecido en autos, provoca las "generales de la Ley", contempladas en la LEC tanto para los testigos (artículo 367) como para los peritos (artículo 343). CASANOVA MARTÍ, R., "La tacha como mecanismo de control de la imparcialidad del perito: una lectura judicial de las causas.", en PICÓ I JUNOY (Dir.), MIRANDA VÁZQUEZ, C., (Coord.), *Peritaje y prueba pericial*, págs. 509-518, pág. 513, con cita de diversas resoluciones, dice que interés directo se produce cuando el efecto de la cosa juzgada pueda afectar en su persona, bienes o intereses. Por su parte, el interés indirecto sería subordinado y dependiente del triunfo de las pretensiones ejercitadas.

determina pérdidas de imparcialidad". Conviene aclarar que, como señala CHOCLÁN MONTALVO[1067], con cita de diversas resoluciones[1068], "*esta doctrina es aplicable cuando la designación como peritos recae en funcionarios de la Agencia Tributaria que no han intervenido en el expediente de Inspección previo que motivó el pase del tanto de culpa*." Por lo tanto, sí que cabría la recusación si el funcionario participó activamente en el proceso administrativo antecedente del proceso penal[1069].

7.5 El informe pericial. Contenido.

La LECrim refiere[1070] en el artículo 478 LECrim los aspectos que, preferentemente (no son obligatorios, dice el precepto que "*si fuere posible*") deben estructurar el informe pericial[1071]: 1.º descripción de la persona o cosa que sea su objeto; 2.º relación detallada de las operaciones periciales, y su resultado; y 3.º conclusiones extraídas por el perito en base a sus especiales conocimientos[1072].

Ese precepto debe ser completado con el ya analizado artículo 474 LECrim, que exige al experto el juramento de decir verdad; y con el 475 LECrim, que atribuye al juez la carga de fijar de forma clara y determinadamente el objeto de la opinión experta[1073].

[1067] CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *La aplicación práctica del delito fiscal: cuestiones y soluciones*, Hospitalet de Llobregat (Barcelona): Wolters Kluwer, 2016, pág. 438.
[1068] STS núm. 13/2006 de 20 de enero.
[1069] Subrayo, aunque acabo de referirlo hace unas líneas, que el Anteproyecto LECrim 2020 consigna en el artículo 477.2. 9ª, como causa de recusación, el haber intervenido en el procedimiento administrativo previo, por los mismos hechos, lo que supone la incorporación de esta línea jurisprudencial. El precepto deja abierta la posibilidad de que participe en el proceso como testigo-perito.
[1070] Sorprendentemente, pese a la relevancia de este aspecto, la más moderna LEC se limita a exigir que el dictamen obre por escrito y, además, habilita que se acompañen al mismo los documentos que sustenten la opinión del experto.
[1071] También el Anteproyecto LECrim 2020 se ocupa de este aspecto en el artículo 482, denominado "contenido del informe". Destacaré sus diferentes aptdos. poniéndolos a continuación en relación con los elementos que, según mi opinión, deben estructurar un informe pericial. Por su parte, el artículo 483 recoge el contenido *especial* que debe tener el denominado informe pericial científico.
[1072] Asume este contenido como el correcto FONT SERRA, E., "El dictamen de peritos… ob. cit. pág. 117, para quien el dictamen "*deberá comprender la descripción de lo que haya sido objeto del dictamen, la relación de operaciones periciales llevadas a cabo, el resultado de las mismas y, por último, las conclusiones que se formulen, las cuales no deberán ser categóricas, dado que la realidad objeto de dictamen pericial no siempre es susceptible de ser reducida a esquemas rígidos*".
[1073] El Anteproyecto LECrim 2020 dedica el artículo 479 a este aspecto, denominándolo "*Determinación del objeto del reconocimiento*", y que deberá ser fijado de forma terminante por el fiscal, señalando el plazo que tiene el experto para efectuar su informe. Luego lo reitera en el artículo 482.1.a) como primer elemento del informe.

Aunque sin duda un informe con los antedichos elementos puede ser perfectamente hábil para auxiliar al juez, la importancia de los dictámenes en ámbitos preprocesales (principalmente, en procedimientos administrativos), y en el seno ya de litigios, ha provocado que la jurisprudencia, doctrina, entidades normalizadoras[1074], e incluso instituciones de resolución de conflictos[1075], se hayan ocupado de perfilar la estructura y contenido que preferiblemente deben vertebrar estos instrumentos. Con base en las fuentes referidas, apuntaré a continuación los aspectos que considero deben componer el informe pericial[1076], utilizando en lo posible, como casuística ejemplificativa, el encargo de una pericial centrada en el análisis de un modelo de prevención penal:

a) Identificación del autor del dictamen y sustento de su condición de perito.

Además de la genérica identificación personal del sujeto que suscriba el dictamen, en este primer aptdo. se deben consignar los aspectos que le confieran la condición de perito[1077]. Aquí, por lo tanto, se relatarán los estudios con que cuente el experto[1078] (permitiendo determinar si ostenta la condición de titular), siendo relevante igualmente, como apunta ABEL LLUCH[1079], indicar su formación posterior acreditativa de estar actualizado en la materia.

[1074] UNE 197001. Criterios generales para la elaboración de informes periciales. El Curso de Peritos Expertos en Compliance (ASCOM) emplea esta norma como referencia para la fijación del contenido del informe de compliance (https://www.asociacioncompliance.com/registro-de-peritos-expertos-en-compliance/ última visita 19/10/2020).
[1075] Pueden destacarse las Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional, en cuyo artículo 5.2 se establece el contenido del informe pericial; o, con idéntica composición el Protocolo CIArb (artículo 4).
[1076] En realidad, como afirma FLORES PRADA, I., "La prueba pericial… ob. cit. pág. 129, los informes periciales tienen dos grandes fases: análisis, que comprende "*el conjunto de operaciones destinadas al reconocimiento del objeto de la pericia*", y conclusiones (pág. 130) "*que han de describir las operaciones realizadas y las conclusiones alcanzadas tras el examen correspondiente*".
[1077] FLORES PRADA, I., "La prueba pericial… ob. cit. págs. 375-376, apunta que este aspecto cumple una doble función: determina la admisibilidad del perito, pues solo caben como tal los emitidos por expertos y, además, influye en la credibilidad o fuerza de convicción del informe.
[1078] En la misma línea, el Anteproyecto LECrim 2020 exige, en la letra b) del artículo 482.1, que se indicará "*La titulación y experiencia profesional del perito y de todas las personas que hayan participado en la realización de la pericia. En su caso, se especificará la concreta intervención de cada uno, así como si las operaciones que llevó a cabo las realizó bajo la supervisión del perito*".
[1079] ABEL LLUCH, X. "Criterios orientadores de la valoración de la prueba pericial", en PICÓ I JUNOY (Dir.), MIRANDA VÁZQUEZ, C., (Coord.), *Peritaje y prueba pericial*, Barcelona: Bosch, págs. 211-248, pág. 219.

Si dentro de la rama del saber en la que está adscrito (véase, medicina) cuenta con una determinada especialización (por ejemplo, traumatólogo), será oportuno señalarlo en el dictamen, ya que la jurisprudencia confiere mayor peso a los efectuados por especialistas[1080].

Se establecerá en este epígrafe igualmente si el perito forma parte de alguna asociación o colegio profesional relacionado con el objeto de la pericia, como elemento que redunda en su preparación para la emisión del dictamen. Así, respecto las periciales relacionadas con el *compliance*, la participación del perito en organizaciones como ASCOM, CUMPLEN, o *World Compliance Association*, será un factor de calidad.

Por último, en línea con lo afirmado por ABEL LLUCH[1081], el perito debe relatar su experiencia no forense, en la práctica diaria de la materia dictaminada (*verbigracia*, consignando si interviene habitualmente en la elaboración de modelos de prevención penal) o la forense, con la emisión de dictámenes con objetos similares.

b) Declaración de tachas.

En este aptdo., el perito señalará si se encuentra incurso en las causas de tacha contempladas por el artículo 343 LEC.

c) Juramento o promesa de decir verdad.

El perito deberá prestar el juramento previsto en el artículo 474 LECrim. La fórmula más empleada en la *praxis* es la establecida en el artículo 335.2 LEC: "[el perito] *ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito*".

[1080] SAP de Barcelona (Sección 12ª), núm. 85/2015 de 18 de febrero de 2015 (F.D. 2º), otorga más validez a un psiquiatra que a un psicólogo en la determinación del trastorno delirante de una mujer, que afectaba a sus facultades para la guardia y custodia de menores. FLORES PRADA, I., "La prueba pericial… ob. cit. pág. 397, apunta que, dentro de la condición de especialista, debe poder graduarse el prestigio profesional del emisor, relacionado con el "*grado facultativo o académico alcanzado dentro de cada una de ellas* [las especialidades, se refiere]", de tal forma que, como indica el autor, se otorgaría primacía al dictamen emitido por el director de un servicio médico de un hospital, que el realizado por un médico adjunto.

[1081] ABEL LLUCH, X. "Criterios orientadores de la valoración… ob. cit. pág. 219.

d) Identificación del solicitante del informe.

Se establecerá en este epígrafe la concreta persona que ha efectuado el encargo, es decir, si la petición proviene del juzgado o de alguno de los intervinientes en la controversia.

e) Objeto del informe.

El experto señalará las cuestiones sobre las que se ha pedido su opinión[1082] (artículo 475 LECrim[1083]), sin que quepa que el dictamen se extienda a aspectos no sometidos a su consideración, so pena de no poder ser valorados por el tribunal[1084]. Nótese que, por lo que respecta a las periciales de *compliance*, el alcance del encargo realizado al perito puede ser, desde el más amplio referido, genéricamente, a la evaluación del modelo de organización y gestión penal como un todo, hasta al centrado en aspectos más concretos, como, por ejemplo, la corrección del diseño del canal de denuncias, por lo que el perito debe dejar claro los concretos aspectos sobre los que dictamina[1085].

f) Consideraciones preliminares.

En línea con lo consagrado por la UNE 197001. Criterios generales para la elaboración de informes periciales, se fijarán "*los datos de partida y actuaciones necesarias para la comprensión de la investigación llevada a cabo"*[1086]. De este modo el perito deberá relatar los elementos contextuales del litigio, o de la propia elaboración del informe, que resultan determinantes para conocer las premisas en las que se basa para el desarrollo de su opinión[1087]. Al respecto, y como indudable criterio de calidad del dictamen, señala FLORES PRADA que "*el mérito probatorio de la pericia*

[1082] Como pone de relieve FLORES PRADA, I., "La prueba pericial… ob. cit. pág. 129, "*la actividad pericial es siempre una actividad rogada*".
[1083] El artículo 479.1 Anteproyecto LECrim 2020 indica que "*El fiscal determinará el objeto del dictamen, así como los instrumentos, efectos y muestras que han de entregarse al perito"*.
[1084] La STS núm. 435/2020 de 9 septiembre (F.D. 1º) señalaba: "*El rechazo del Presidente a que el perito propuesto por la defensa pudiera informar sobre el perfil criminal del agresor, respondió a que la prueba pericial se había fijado para informar sobre una cuestión técnica distinta, concretamente sobre la credibilidad del relato de la denunciante*."
[1085] Sobre los aspectos que pueden ser objeto del informe pericial de *compliance*, se pronuncia MAGRO SERVET, V., "Protocolo de requisitos básicos de la prueba pericial de compliance", *LA LEY compliance penal*, Nº 5, Sección Actualidad profesional, Segundo trimestre de 2021.
[1086] Pág. 7.
[1087] El Anteproyecto LECrim 2020 requiere, en la letra c) del artículo 482.1 "*La identificación detallada de todos los datos e informaciones tomados en consideración para elaborar el dictamen*".

depende no tanto de que el perito haya contado con los datos mínimos, sino con el mayor número de datos posibles que permitan un análisis completo y exhaustivo"[1088].

Estos datos de base deben tener congruencia con lo que se consideren hechos probados en el procedimiento judicial, ya sea por no ser discutidos por las partes o porque así se recojan en la resolución del proceso (dato, por supuesto, que en el momento de elaborar el dictamen no puede conocer el perito). De esta forma, las conclusiones alcanzadas por el experto pueden perder peso en el acervo probatorio si no resultan acordes a los elementos fácticos que se consagren como ciertos en la sentencia[1089].

Se tendrán que referir también en este aptdo., según mi criterio, las cuestiones relativas al acceso que haya tenido el perito objeto de la pericia [1090]. Por lo que respecta a las periciales relacionadas con el *compliance*, que aquí me ocupan, este aptdo. deberá recoger las actuaciones realizadas por el experto para conocer el funcionamiento de la entidad, como el examen de los documentos, entrevistas con personas del entorno de la corporación, verificaciones realizadas ante autoridades, así como cualquier aspecto que denote la profundidad del estudio realizado, y la *cercanía* del experto con el concreto objeto del peritaje.

g) Metodología empleada.

[1088] FLORES PRADA, I., "La prueba pericial… ob. cit. pág. 403.
[1089] ABEL LLUCH, X. "Criterios orientadores de la valoración… ob. cit. pág. 227. En el mismo sentido, MATOS DE ARAUJO CHAVES, M., *El dictamen pericial: criterios de valoración y su motivación en la sentencia civil*, Tesis Doctoral, Universidad de Burgos, 2012, págs. 76-78.
[1090] ABEL LLUCH, X. "Criterios orientadores de la valoración… ob. cit. pág. 229 opina, en cambio, que este aspecto sería parte de la metodología del informe.

El experto deberá explicitar la metodología empleada[1091], permitiendo de ese modo a un tercero ajeno a la pericia *desandar el camino*[1092] que le ha llevado a extraer los resultados de las operaciones periciales efectuadas[1093].

En palabras de MATOS DE ARAUJO CHAVES: "*El perito debe indicar el método aplicado para elaborar su dictamen y describir todas las operaciones periciales realizadas, como son: el objeto o fenómeno en observación; cómo ha llegado a las particularidades del objeto o fenómeno observado; la hipótesis planteada de acuerdo con las normas del método; la comprobación de la hipótesis por experimentación, cuando sea posible; la refutación de la antítesis; por último, las conclusiones"*[1094].

Además, si para realizar la pericia ha sido necesario emplear medios técnicos, debe indicarse en el informe[1095].

h) Desarrollo del informe. Operaciones periciales.

De conformidad con lo indicado por la UNE 197001, se determinarán todos los aspectos que se han tenido en cuenta para la elaboración del dictamen, describiéndolos y señalando las afirmaciones que, según la ciencia empleada por el perito, luego servirán de base para sus

[1091] FLORES PRADA, I., "La prueba pericial… ob. cit. pág. 398, señala que "*el dictamen pericial habrá de ser minuciosamente descriptivo en cuanto al procedimiento seguido para la apreciación y en análisis del cuerpo u objeto material de la pericia*." Es decir, como señala más adelante el autor (pág. 399) "*en la pericia tan importante es la conclusión o resultado como el camino que se ha seguido para llegar hasta él*." Igualmente, dice la UNE 197001, pág. 7, que se indicará la metodología empleada.

[1092] En palabras de RAMÍREZ ORTIZ, J.L., "Un cambio de paradigma probatorio… ob. cit. pág. 10, en relación a la regulación sobre el informe pericial en el Anteproyecto LECrim 2020, en el nuevo texto se buscar potenciar "*la capacidad del juzgador para identificar las premisas utilizadas por el perito y las inferencias que realiza sobre la base de aquéllas, pues el experto ha de explicitarlas en su dictamen y las partes pueden denunciar su ausencia denunciando la infracción legal y, con ello, reforzar la capacidad del juez para emitir un juicio crítico sobre la pericia, gracias a las virtualidades epistémicas del debate contradictorio, mejor definido en el Alecrim que en la Lecrim, debate que pivotará sobre la fiabilidad de los procedimientos y técnicas utilizados por el perito por establecerlo la propia ley*."

[1093] Para FONT SERRA, E., "El dictamen de peritos… ob. cit. pág. 195, el tribunal debe estar en condiciones de ponderar "*las operaciones periciales que se hayan llevado a cabo por los peritos que hayan intervenido en el proceso, los medios o instrumentos empleados y los datos que sustenten sus dictámenes*." En buena medida, este requisito se asemeja al contenido en el artículo 478.1.d) del Anteproyecto LECrim 2020: "*La descripción de los procedimientos y técnicas utilizados en la realización de la pericia, así como la de los fundamentos en que se basan*." e, incluso, podría señalarse aquí lo establecido en el artículo 478.1.e): "*Las publicaciones especializadas que avalen los procedimientos y técnicas empleados y los fundamentos en que se basan*".

[1094] MATOS DE ARAUJO CHAVES, M., "El dictamen pericial: criterios… ob. cit. pág. 84.

[1095] MATOS DE ARAUJO CHAVES, M., "El dictamen pericial: criterios… ob. cit. pág. 85.

conclusiones. Las aseveraciones efectuadas por el experto deberán estar en línea con el "*conocimiento científico actualizado y contrastado sobre la materia objeto de peritaje"*[1096]. Por lo tanto, en este aptdo. adquieren especial importancia los conocimientos que adornan al perito para ostentar esa condición, que se irán aplicando al concreto objeto de análisis mediante la realización de lo que la LEC denomina en el artículo 345 operaciones periciales.

Si las afirmaciones efectuadas se apoyan en documentos que ya obran en el procedimiento, corresponderá referirlos a lo largo del cuerpo del informe. De lo contrario, se deberán acompañar como anexos del dictamen[1097]. En mi opinión, un buen soporte documental del informe es un aspecto crucial[1098].

i) Conclusiones.

Es el elemento central del informe pericial, dándose contestación a las cuestiones que se hayan planteado como objeto de la pericia. Para MAGRO SERVET "*deben ser claras y contundentes y que den respuesta a lo que constituye el objeto del proceso"*[1099]. En esta línea, ABEL LLUCH[1100] destaca la importancia de que las conclusiones sean detalladas y sólidas y su coherencia con las manifestaciones realizadas por el perito en el cuerpo del informe [1101].

[1096] ABEL LLUCH, X. "Criterios orientadores de la valoración… ob. cit. pág. 230. A este respecto, RICHARD GONZÁLEZ, M., "Problemas de la prueba pericial… ob. cit. pág. 269, cita a TARUFFO, M., "La ciencia en el proceso: problemas y prospectivas", en AA.VV. (Coord. BUSTAMANTE RUA, V.) *Derecho Probatorio contemporáneo prueba científica y técnicas forenses,* Universidad de Medellín, Medellín, 2012, pág. 40, según el cual el juez debe actuar como "*epistemólogo, es decir, como un sujeto que verifica la validez del método*." En línea similar, FLORES PRADA, I., "La prueba pericial… ob. cit. pág. 394, señala que la función del juez es controlar "*el grado de aceptabilidad, conforme al del conocimiento común, de los nuevos métodos científicos, o bien la racionalidad del procedimiento seguido por el perito*".

[1097] El artículo 336.2 LEC evidencia este aspecto, al señalar que los dictámenes irán "*acompañados, en su caso, de los demás documentos, instrumentos o materiales adecuados para exponer el parecer del perito sobre lo que haya sido objeto de la pericia. Si no fuese posible o conveniente aportar estos materiales e instrumentos, el escrito de dictamen contendrá sobre ellos las indicaciones suficientes. Podrán, asimismo, acompañarse al dictamen los documentos que se estimen adecuados para su más acertada valoración*." Por su parte, el artículo 478.2) del Anteproyecto LECrim 2020 preceptúa: "*El perito relacionará detalladamente los antecedentes que haya tomado en consideración para la realización del dictamen y, de ser necesario, los incluirá en un anexo documental*".

[1098] MAGRO SERVET, V., "Las características de un buen informe pericial", *Práctica de Tribunales*, nº 135, noviembre-diciembre 2018, pág. 4, dice que se trata de una buena práctica en su emisión.

[1099] MAGRO SERVET, V., "Las características de un buen… ob. cit. pág. 6.

[1100] ABEL LLUCH, X. "Criterios orientadores de la valoración… ob. cit. págs. 236-237.

[1101] En similar sentido, el artículo 478.1.f) del Anteproyecto LECrim 2020 indica que las conclusiones "*habrán de expresarse de forma clara y comprensible*".

7.6 Pericial, y su distinción de otras figuras afines.

Dada la cada vez más frecuente confusión de la pericial con otras figuras afines, merece un aptdo. aparte su distinción.

7.6.1 El testigo – perito.

La figura de testigo – perito, desconocida por la LEC 1888[1102], aparece regulada en el artículo 370.4 LEC: "*Cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos*".

La condición de testigo – perito supone que confluyen en la misma persona las características propias de los testigos, por tener noticia directa de los hechos controvertidos y, además, de experto, ya que, como señala STEIN, la nota característica del testigo – perito (y con ello, su distinción del *simple* testigo, o del *simple* perito), está en que "*el conocimiento técnico le capacitaba ya en el momento de la percepción para una elaboración de ésta* [refiriéndose a la premisa mayor]"[1103].

PICÓ I JUNOY[1104] destaca los siguientes rasgos del testigo – perito:

- Su intervención en el proceso deriva, principalmente, de haber presenciado directamente los hechos. Ello comporta que su testimonio no pueda ser sustituido por otra persona, aunque ostentara los mismos conocimientos.

- El testigo – perito efectúa sus manifestaciones de forma oral, es decir, no cabe que plasme su opinión por escrito, vía dictamen.

[1102] Tampoco el Anteproyecto LECrim 2020 hace referencia expresa a los testigo - perito, aunque la figura se puede considerar implícitamente referida en el artículo 477.2. 9º.
[1103] STEIN, F. "El conocimiento privado del juez… ob. cit. págs. 81-82. Cabe recordar que para STEIN la diferencia sustancial entre el testigo y el perito reside en que el primero introduce la premisa menor sobre la que luego el experto dictaminará.
[1104] PICÓ I JUNOY, J., "El derecho a la prueba… ob. cit. págs. 53-54.

- La valoración de su testimonio se rige por lo establecido en el artículo 376 LEC para los testigos.

- Puede ser tachado, pero no recusado.

Aunque son innumerables los supuestos en que puede hablarse de testigos – peritos, la jurisprudencia ha encuadrado en este concepto la llamada "inteligencia policial" (SAN núm. 65/2007 de 31 octubre); médicos que atendieron a la víctima antes de su fallecimiento (STS núm. 802/2010 de 17 septiembre); o funcionarios de la Hacienda Pública (SAP de Madrid, Sección 3ª, núm. 260/2012 de 10 mayo).

En sede de responsabilidad penal de las personas jurídicas, NEIRA PENA[1105] descarta que pueda intervenir en el proceso como testigo – perito el interventor designado por el juzgado instructor, según lo establecido en el artículo 33.7.g) CP pues, afirma la autora, ello vulneraría diversos derechos fundamentales de la persona jurídica, como la inviolabilidad del domicilio y el derecho a no incriminarse. En cambio, NEIRA PENA considera que sí que podría ostentar esta calificación el *compliance officer* o, incluso, otros profesionales de la persona jurídica que de un modo u otro hayan intervenido en la implantación del modelo de prevención penal, como pudiera ser, por ejemplo, los responsables financieros o administrativos de la entidad.

7.6.2 Pericial y documental.

Como consecuencia del creciente empleo de determinada tipología de pericias ha aumentado más, si cabe, la confusión que, en algunos supuestos, se produce entre la pericial y la documental.

A este respecto, ETXEBERRIA GURIDI[1106], refiere la proximidad entre pericial y documental, multiplicada, según dice, por el distanciamiento entre lo regulado por la LECrim y la práctica forense[1107]. No obstante, para este autor el principal aspecto que ahonda en esta difícil distinción es la imposibilidad manifiesta de que determinadas pericias sean ratificadas en presencia judicial,

[1105] NEIRA PENA, A.M, "La persona jurídica como parte pasiva… ob. cit. pág. 786.
[1106] ETXEBERRIA GURIDI, J.F, "Prueba pericial… ob. cit. pág. 657.
[1107] El autor pone de ejemplo el artículo 363 párrafo primero LECrim, que refiere la excepcionalidad de los análisis químicos para la investigación judicial (excepcionalidad que, actualmente, se ha convertido en absoluta habitualidad), y que, en el siguiente párrafo del mismo precepto, regula los análisis de ADN.

lo que sucede principalmente con los dictámenes sobre las sustancias estupefacientes, realizadas por organismos oficiales sin la capacidad suficiente para efectuar informes y, además, tener que acudir a explicarlos en sede judicial. Esta evidencia es la que ha provocado que, en virtud de lo establecido en el artículo 788.2, segundo párrafo LECrim, en el ámbito del procedimiento abreviado tengan la condición de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes, cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados[1108].

La cada vez mayor cercanía entre pericial y documental se observa igualmente en la posibilidad de acceso a la casación[1109] de las sentencias que se pronuncien en sentido contrario al de los documentos literosuficientes que obren en autos, concepto en el que, de manera excepcional[1110] se han encuadrado los informes periciales.

7.7 Periciales jurídicas.

7.7.1 Estado de la cuestión.

El rechazo a las denominadas *periciales jurídicas* resulta, a simple vista, consecuencia ineludible de una de las notas características de la pericial: si el cometido del experto es aportar conocimientos ajenos a los que debe ostentar el tribunal, la aceptación de este tipo de peritajes podría implicar la usurpación de las atribuciones jurisdiccionales. Por lo tanto, consuetudinariamente, el axioma *iura*

[1108] Algo similar establece el Anteproyecto LECrim 2020, cuyo artículo 484 señala que los informes emitidos por laboratorios oficiales homologados no requerirán de ratificación.
[1109] Por la vía establecida en el aptdo. 2º del artículo 849 LECrim que regula la interposición de casación "*Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios*".
[1110] La STS núm. 259/2016 de 1 abril (F.D. 5º) indica: "*Los informes periciales en cuanto pruebas personales, no integran naturaleza de documento literosuficiciente a estos efectos; aunque la jurisprudencia de forma excepcional ha admitido como tal el informe pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del aptdo. fáctico de una sentencia impugnada en casación cuando el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen*".

novit curia[1111] se ha erigido en el principal argumento para rechazar la admisibilidad de estos dictámenes[1112].

ASENCIO MELLADO, tras reconocer que efectivamente los dictámenes jurídicos tienen similitudes con la pericial (se realizan por expertos en la concreta materia objeto del informe), niega que puedan ser calificados de informes periciales pues, afirma, no tienen por finalidad acreditar hechos, de tal forma que no servirían para cumplir el objetivo que deben colmar las pruebas según el artículo 281 LEC[1113]. Para el autor, con apoyo en lo aseverado por el ATS (Sala 1ª) de 2 de febrero de 2005, los dictámenes referidos a aspectos jurídicos tendrían como naturaleza jurídica la de "meras" alegaciones de la parte que los incorpore al proceso, en similar sentido que los fundamentos de derecho aducidos en sus escritos rectores[1114], pero no serían una pericial. MAGRO SERVET también rechazaba las periciales jurídicas hace lustros[1115], si bien, en trabajos más recientes, expresamente referidos a las periciales sobre modelos de prevención penal, el magistrado utiliza la denominación de "prueba pericial en *compliance"* pues, como apunta con

[1111] Curiosamente, como señalan HENRÍQUEZ SALIDO, M.C., [et al.] "El principio procesal iura novit curia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law*, núm. 64, 2015, págs. 1-15, pág. 3: "*El principio no es romano, sino medieval, pero tiene su fundamento en Roma, pues, cuando el juez desconocía el derecho –lo cual era frecuente, por ser este un particular– acudía a los jurisprudentes o al propio emperador [...] (domingo, 2006: 244)".* Es decir, el juez acudía a terceros expertos que conocieran la norma a aplicar, o aclararan su interpretación, como defiendo en este trabajo.

[1112] En este sentido, la STS núm. 700/2016 de 9 septiembre señala (F.D. 2º): "*En efecto, cuando de lo que se trata es de determinar si lo pactado en el año 2010 implicó o no una mejora retributiva respecto de los contratos de 4 de enero de 1999 y de 13 de enero de 2005, lo que se pide del órgano jurisdiccional es su valoración acerca de un fenómeno estrictamente jurídico, que no es otro que la novación contractual. El Tribunal a quo incurre en el extendido error de valerse de peritajes jurídicos para resolver aquello que tenía que haber resuelto por sí solo. El análisis comparativo de dos o tres modelos contractuales que se suceden en el tiempo no es nada distinto a un análisis estrictamente jurídico. No debería exigir el apoyo de peritos. La prueba pericial -cfr. art. 456 LECrim - resulta procedente cuando para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el proceso, fueran necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos. Y, desde luego, el contraste entre los distintos negocios jurídicos otorgados por los recurrentes debería ser apreciado por quien ha de interpretar si aquéllos implicaron o no una mejora sustancial, pactada ante la incertidumbre que ofrecía el inmediato futuro*".

En esta línea de rechazar las periciales jurídicas, el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, fechado a 7 de julio de 2021 ha instado (pág. 100) que "*se añada un nuevo apartado al art. 635 ALECrim, al objeto de prohibir de forma expresa la admisibilidad de aquellas pericias cuyo objeto verse sobre la interpretación y aplicación del derecho*".

[1113] ASENCIO MELLADO, J.M., "Los dictámenes elaborados por juristas de prestigio. Su naturaleza jurídica", *Práctica de Tribunales*, Nº 43, Sección Estudios, noviembre 2007, págs. 6-7.

[1114] ASENCIO MELLADO, J.M., "Los dictámenes elaborados … ob. cit. pág. 11.

[1115] MAGRO SERVET, V., "¿Cómo configurar técnicamente la aportación al proceso civil de los dictámenes jurídicos?", *Práctica de Tribunales*, nº 43, Sección Práctica Procesal, noviembre 2007, propugnando (pág. 5) como propuesta de *lege ferenda* "*crear legalmente la figura de los escritos que actúan como complemento de las alegaciones*".

acierto, además de conocimientos jurídicos, tales informes requerirán de un enfoque profesional[1116] para la determinación de hechos relevantes en la valoración del modelo de organización y gestión penal instaurado.

Por lo tanto, atendiendo a que los dictámenes a los que haré especial referencia en este trabajo[1117], aunque con indudable contenido fáctico, tratarán igualmente aspectos jurídicos, adopto la discutida expresión de "pericial jurídica", pasando a explicar a continuación por qué considero que su admisibilidad debe ser reevaluada y adaptada a la realidad de nuestro tiempo.

7.7.2 Justificación del cambio de paradigma.

Dos son los motivos que justifican – ya lo adelanto – que, en mi opinión, ahora sí que quepan determinadas periciales comprensivas de aspectos jurídicos, al menos en el ámbito de los procesos criminales. Aunque ambos argumentos estén íntimamente relacionados, se formulan por separado para facilitar su análisis:

7.7.2.1 Evolución del hecho jurídico.

El primer elemento que sustenta lo que he calificado como cambio de paradigma, es la creciente tecnificación del hecho jurídico que se enuncia como presupuesto fáctico para la aplicación de la norma. La formulación mediante términos complejos – un novedoso modo de legislar – dificulta la determinación de los supuestos normativamente contemplados y que, en el Derecho Penal, se prevén como conductas castigadas.

La relación de los hechos, *a secas*, con las consecuencias que les anuda el ordenamiento, genera lo que tradicionalmente se ha calificado como hechos jurídicos. ALBALADEJO GARCÍA[1118] los define como "*todo acontecimiento o estado – en general todo suceso o falta del mismo (ya que también hay hechos negativos) – al que por su sola realización, o juntamente con otra, liga el Derecho objetivo la producción de un efecto, que es efecto jurídico precisamente en cuanto*

[1116] MAGRO SERVET, V., "Viabilidad de la pericial… ob. cit. pág. 6.
[1117] Las certificaciones sobre los modelos de prevención penal, según la NORMA UNE 19601; las periciales estables relativas al *compliance program* acordadas ya en el seno de procesos frente a personas jurídicas; y, las periciales corporativas efectuadas por entes con especiales competencias en relación con el ilícito enjuiciado.
[1118] ALBALADEJO GARCÍA, M. "El hecho jurídico", *Revista de la Facultad de Derecho*, III (73), Universidad de Oviedo, 1955, págs. 346-381, pág. 347.

dispuesto por ese Derecho objetivo." Con similar tenor, ROSS[1119] los caracteriza como aquellos que se encuentra "*jurídicamente condicionados, lo que significa que están definidos en relación con el Derecho*".

De este modo, la aplicación de la norma en el concreto proceso requiere, primero, determinar cuáles son los hechos relevantes que deben ser atendidos, sobre los que versará la actividad probatoria y, una vez delimitados de tal forma que sean la enunciación de lo ocurrido – el hecho histórico – se establecerá si se corresponden con el hecho jurídicamente previsto.

Pues bien, ese proceso de fijación del hecho jurídico, que en el CP se concreta en la conducta prohibida a la que se anuda la pena, ha sufrido una innegable transformación, sobre todo en el marco de los denominados delitos económicos, dificultando la determinación de los comportamientos que se prevén como antijurídicos. Es fácil encontrar ejemplos de lo antedicho tanto en la parte general como en la especial de nuestro Código Sustantivo, y muy concretamente en lo relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Así, aunque con la reforma del artículo 31 bis CP operada en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la expresión "*debido control*" perdió "peso" en la literalidad del precepto, se trata de la exigencia insoslayable a las personas jurídicas en la evitación de ilícitos, pero ¿qué es en realidad el *debido control*? ¿qué actos atribuibles a la persona jurídica – no a los sujetos que la componen – puede resultar constitutivos de la "*diligencia debida"*? Aunque por ejemplo la "diligencia de un ordenado empresario", o de "un buen padre de familia", son cuestiones jurídicas habitualmente tratadas por la doctrina y los tribunales, no cualquier sujeto, aunque tenga conocimientos jurídicos, estará en condiciones de definir con el rigor que requiere la aplicación del CP en qué se concreta este deber. Por ello, salvo que el juez tenga formación especializada en materia de riesgos empresariales y los métodos para su evitación (e, incluso, las concreciones de ese debido control en el sector de actividad en que ejerza su actividad la empresa), las habilidades del tribunal en la investigación o enjuiciamiento pueden verse *mermadas* por las dificultades en la comprensión o determinación de un elemento nuclear de la norma. Otro tanto podríamos decir de la existencia de "*modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idónea*s" que, aunque concepto jurídico, se puede atomizar en una serie de hechos – extraíbles

[1119] ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia,* Buenos Aires: Eudeba, 1963, pág. 211.

principalmente del comportamiento de los rectores societarios y los trabajadores de la empresa – para cuya apreciación es preciso estar familiarizado con las mejores prácticas en la aprobación e implantación de modelos de prevención penal.

Por poner otro ejemplo, ya en la parte especial del CP, y dentro de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (artículo 319.2 CP), una de las conductas típicas previstas se refiere a la ejecución de "*obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable*". La determinación de qué es autorizable, y urbanizable[1120], resulta vital para una correcta delineación del hecho jurídico y para la imputación de la conducta delictiva a un sujeto determinado.

Por lo tanto, la fijación del "*hecho jurídico* [que] *en estado puro es el que viene descrito en la norma"*[1121] es cada vez con mayor frecuencia, como apunta TARUFFO, "*una complicada operación que lleva a la construcción del caso, es decir, a la individualización del hecho que constituye el objeto específico de la decisión"*[1122].

En muchas ocasiones, ya se verá, la intervención de peritos que elaboren dictámenes jurídicos puede en efecto coadyuvar a la correcta resolución judicial del litigio planteado.

7.7.2.2 Expansión del Derecho Penal.

Buena parte de la culpa en la compleja determinación del hecho jurídico, con expresiones tales como las referidas en el anterior aptdo., deriva del fenómeno acontecido en los últimos años *bautizado* como "*expansión del Derecho Penal*"[1123] al que, según CARRASCO JIMÉNEZ[1124], ya hacía referencia indirecta FERRAJOLI[1125] cuando hablaba de crecimiento anormal de los bienes jurídicos.

[1120] Este ejemplo me valdrá también para perfilar la denominada administritivación del Derecho Penal.
[1121] MUÑOZ SABATE, L., *Introducción a la probática*, Barcelona: Bosch, 2007, pág. 56.
[1122] TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Madrid: Trotta, 2002, pág. 99.
[1123] SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales*, Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2006.
[1124] CARRASCO JIMÉNEZ, E. "El concepto de "expansión" del Derecho Penal puesto en cuestionamiento. Su relación conflictiva con el concepto de "inflación" penal", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVII, 2017, págs. 39-86, pág. 42.
[1125] FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, Madrid: Trotta, 2004, pág. 473.

Según SILVA SÁNCHEZ, esta expansión supondría la "*introducción de nuevos tipos penales así como a una agravación de los ya existentes que cabe enclavar en el marco general de la restricción, o la "reinterpretación" de las garantías clásicas del Derecho Penal sustantivo y del Derecho procesal penal. Creación de nuevos "bienes jurídico-penales", ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía, no serían sino aspectos de esta tendencia general"*[1126].

El crecimiento de los límites del Derecho Penal ha afectado singularmente a los delitos económicos, apuntándose por algunos autores, incluso, que los ilícitos que se encuadran en esa categoría son consecuencia directa de la expansión del ordenamiento punitivo y su intención de abarcar las nuevas tipologías delictivas[1127]. De hecho, la más marcada manifestación que durante los últimos años ha tenido esta expansión es la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas[1128].

La hipertrofia de la regulación criminal ha provocado también que se haya adentrado en los denominados tipos de peligro (concreto o abstracto), castigando así el mero riesgo de lesión del bien jurídico[1129].

Lógicamente, esas conductas a las que *ahora* presta atención el Derecho Penal antes también eran merecedoras de reproche, si bien éste provenía de las normas administrativas, principalmente, o incluso del Derecho Mercantil. Por ello, es plausible que se hable de la *administrativización* y *mercantilización* del Derecho Penal.

a) Administrativización del Derecho Penal.

[1126] SILVA SÁNCHEZ, J.M., "La expansión del derecho… ob. cit. págs. 4-5.
[1127] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. "La inflación del Derecho Penal y del Derecho Administrativo", *Estudios penales y criminológicos,* nº. 6, 1981-1982, págs. 197-214, pág. 199, denuncia que los textos punitivos "*se van quedando rezagados con respecto a los profundos cambios experimentados por las relaciones sociales en la época actual"*.
[1128] Hay opiniones en contra de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas sea consecuencia de este fenómeno, pudiendo referir a BUSATO, P. C., "Tres tesis sobre la responsabilidad… ob. cit. págs. 54-60.
[1129] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pág. 196, señala que "*ello supone "una anticipación de la línea de intervención penal a un momento anterior al de la efectiva lesión y que, por tanto, se consuman con la concurrencia de un mero peligro para el bien jurídico, concebido como simple probabilidad de lesión*".

De acuerdo con lo señalado por SILVA SÁNCHEZ, como consecuencia de la conversión del Derecho Penal en instrumento de gestión punitiva de riesgos, se ha administrativizado[1130]. La principal concreción de este fenómeno, según MATELANES RODRÍGUEZ[1131], es que el Derecho Penal se configuraría como "*mero refuerzo de las funciones administrativas de control y gestión de la actividad económica*", erigiéndose en un sistema de "*represión ante el incumplimiento de la reglamentación administrativa*".

Esta tendencia legislativa, muy criticada[1132], tiene entre sus principales derivaciones la accesoriedad típica, provocando que "*el contenido material de la antijuridicidad se hace depender completamente de la violación de una actuación administrativa o de la inexistencia de una autorización del comportamiento que pasan a componer íntegramente el contenido del injusto"*[1133]. Se multiplica de esta forma la existencia de leyes penales en blanco[1134] en las que, si bien el núcleo de la conducta prohibida queda fijado en el Código Sustantivo, resulta ineludible acudir a las normas administrativas para terminar de completar en qué consiste exactamente el comportamiento castigado. La determinación del supuesto típico se produce así mediante una

[1130] SILVA SÁNCHEZ, J.M., "La expansión del derecho… ob. cit. págs. 123 y 127.

[1131] MATELLANES RODRÍGUEZ, N., "Derecho Penal económico y derecho administrativo sancionador" en CAMACHO VIZCAINO, A., (Dir.), *Tratado de Derecho Penal Económico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 109-139, pág. 121.

[1132] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., "Relaciones entre Derecho Penal y derecho administrativo sancionador ¿hacia una "administrativización" del Derecho Penal o una "penalización" del derecho administrativo sancionador?" en ARROYO ZAPATERO, L.A, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., BARBERO SANTOS, M. (Coords.), *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos: "in memorian"* Vol. 1, 2001, págs. 1417-1444, pág. 1423, llama la atención sobre que este proceso resquebraja principios básicos de ofensividad, culpabilidad, subsidiariedad y proporcionalidad en la intervención del Derecho Penal.

[1133] MATELLANES RODRÍGUEZ, N., "Derecho Penal económico… ob. cit. pág. 132.

[1134] Aunque doctrinalmente suelen ser tratadas como una "especie" normativa cada vez más extendida, RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Reflexiones sobre la naturaleza del Derecho Penal en relación con las cuestiones prejudiciales", *Estudios penales y criminológicos*, nº. 11, 1986-1987, págs. 371-395, pág. 389 apunta que "*los tipos penales incompletos, en blanco, con elementos normativos no penales, no pueden considerarse excepcionales en las leyes penales vigentes sino más bien "normales" o comunes, resultando precisamente excepcional aquel precepto que, caso de existir, tenga una independencia total en cuanto a su contenido respecto a normativas no penales, independencia que permitiría su interpretación sin relaciones sistemáticas*".

remisión[1135] a la no siempre sencilla normativa extrapenal de carácter administrativo que recoge, además, las pautas del cuidado objetivamente debido[1136].

Encontramos diversos ejemplos de la administrativización con relevancia directa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el delito contra la Hacienda Pública (artículo 305 CP), el delito medioambiental (artículo 325 CP), los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (artículo 319 CP), o los delitos contra los derechos de los trabajadores en la vertiente referida a la vulneración de las normas de prevención de riesgos (artículo 316 CP).

b) Mercantilización del Derecho Penal.

En menor medida, pero también como manifestación de la expansión del Derecho Penal, se ha *mercantilizado* castigando aquellos comportamientos en los que la respuesta dada por la normativa privada se ha mostrado insuficiente[1137].

[1135] MATELLANES RODRÍGUEZ, N., "Derecho Penal económico… ob. cit. pág. 114, señala: "*La relación de subordinación funcional entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo se visibiliza en la estructura de los tipos, mediante el recurso a técnicas de reenvío, conformando el rasgo de la "accesoriedad" en los tipos que, a su vez, provoca dificultades para el ejercicio de la garantía de legalidad que supone el principio non bis in idem*." Igualmente, RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Reflexiones sobre la naturaleza… ob. cit. pág. 382, "*La temática aquí abordada se refiere más bien a si el Derecho Penal puede existir con independencia de las demás ramas del Ordenamiento jurídico, es decir, si su contenido puede limitarse y sus normas aplicarse a los comportamientos a los casos particulares ignorándose las referencias normativas y jurisdiccionales relativas a otras disciplinas jurídicas. En este marco no hay más que confesar la secundariedad, auxiliariedad, instrumentalidad, ancilaridad, etc., etc., del Derecho Penal, no solo respecto a la Constitución (subordinación extensible a todas las disciplinas jurídicas) sino también a las demás ramas del Ordenamiento jurídico que, en determinados supuestos, cuentan con un plus de protección determinado en el Código Penal o en las leyes especiales*."

[1136] En este sentido, ROMEO CASABONA, C.M., *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Granada: Comares, 2005, pág. 111; o MATELLANES RODRÍGUEZ, N., "Derecho Penal económico… ob. cit. pág. 121, apunta que "*el Derecho Penal económico se ha encontrado "supeditado" a una realidad previa dibujada con bastante precisión por las normas extrapenales, encargadas de establecer las condiciones lícitas para el ejercicio de la actividad en este sector. Esto ha obligado a las normas penales a asumir un papel supletorio o complementario de las normas penales, que son las que prima facie dictan las reglas de comportamiento económico*".

[1137] BACIGALUPO ZAPATER, E., *Compliance y Derecho Penal*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2011, pág. 45, denuncia "*la fuerte tendencia que se observa a una progresiva criminalización de comportamientos mercantiles en nuestro Derecho Penal. Legislativamente este fenómeno presenta tipos penales de tipos imprecisos y ello genera el riesgo de criminalizar cualquier conducta que de una u otra manera choque con alguna recomendación de los Códigos de Buen Gobierno*." También en contra de esta corriente, RODRÍGUEZ CELADA, E., "La criminalización del fracaso empresarial. Análisis crítico de la reforma del Código Penal de 2015 en relación con el delito concursal", *Indret* 1/2017, pág. 14: "*Así, al penalizar conductas que no son más que meros ilícitos mercantiles, y de forma incluso más amplia que el propio ordenamiento mercantil, el Derecho Penal está invadiendo el terreno del Derecho privado y desvirtuando su finalidad*." Esta situación es el caldo de cultivo perfecto para el empleo espurio del proceso penal, como refiere ASENCIO MELLADO, J.M, *Prejudicialidad en el proceso penal y criminalización social*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pág. 20, que recuerda: "*De la misma forma, la amplitud de delitos de contenido económico, societarios especialmente, en los que la conducta penal y la mercantil carecen de diferencias cualitativas, son utilizados para el forzamiento de las relaciones privadas usando el proceso penal como instrumento de presión*."

Serían encuadrables aquí las conductas típicas que afectan directamente al orden socio – económico[1138] y al correcto funcionamiento de las estructuras mercantiles. Ejemplos típicos son la administración desleal (artículo 252 CP), la frustración de la ejecución (artículo 257), las insolvencias punibles (artículo 259 CP), la alteración de precios en concursos y subastas públicas (artículo 262), los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (Capítulo XI del Título XIII del CP), la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural (Capítulo XII del Título XIII del CP) y los delitos societarios (Capítulo XIII del Título XIV del CP).

Aunque estos ilícitos tienen, como digo, una respuesta en el ámbito privado (véase, por ejemplo, la impugnación de acuerdos societarios prevista en el artículo 204 LSC respecto a las decisiones de la junta general que se hayan tomado vulnerando el derecho de información, *precedente* del tipo previsto en el artículo 293 CP), en algunos supuestos, sobre todo los relacionados con el correcto funcionamiento del mercado y la protección a los consumidores, la reacción provenía del Derecho Administrativo – sancionador.

Por lo tanto, como sucediera respecto a los delitos heredados de las normas administrativas, la regulación mercantil de la que *beben* los tipos penales se erige en esencial para la fijación de los hechos procesales relevantes en el enjuiciamiento[1139]. Es decir, como señala FEIJOO SÁNCHEZ, la relación Derecho Mercantil – Derecho Penal es la de un ordenamiento primario (mercantil) y otro secundario (penal), que genera cierta relación de dependencia interpretativa[1140]. En particular, por lo afectante a este trabajo, el análisis del ordenamiento privado permite conocer de antemano las conductas que el Derecho Mercantil estima adecuadas, pues el Derecho Penal, como

[1138] Porque, como establece la exposición de motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo, lo que se sanciona en el grueso de los tipos penales creados en el ámbito socioeconómico son las "*actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que se producen en el contexto de una situación de crisis económica*".

[1139] BLANCO BUITRAGO, R., "La separación de los ilícitos civiles y los ilícitos penales en el ámbito concursal", *La Ley Penal*, nº 3, Sección Estudios, marzo 2004, pág. 8, "*la frontera entre los ilícitos civiles y los penales presenta puntos difusos en los que el Derecho Mercantil es concomitante al Derecho Penal*".

[1140] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Sociedades mercantiles en crisis y Derecho Penal. Sobre la función social y el fundamento del injusto del delito concursal (art. 260 CP)" *Anuario de Derecho Concursal* núm. 16/2009, pág. 2. No obstante, afirma el autor en cita que "*Ello no significa que el orden penal carezca de autonomía o independencia con respecto a otras ramas del ordenamiento jurídico, sino que tiene que tener en cuenta que el sistema jurídico ya ha adoptado antes de hacer entrar en juego a su última ratio determinadas decisiones básicas. Dichas decisiones deben ser tenidas en cuenta de acuerdo con las valoraciones propias del Derecho Penal en relación a sus funciones específicas, distintas desde luego a las que cumple el Derecho Concursal, si bien las valoraciones en el marco del Derecho Penal Concursal tienen que ser coherentes con las de la Ley Concursal y no resultar disfuncionales"*.

reglamento secundario, "*no puede castigar aquellos comportamientos que el ordenamiento mercantil entiende como correctos (riesgo permitido)"*[1141].

Tomando como ejemplo el precepto que preside lo que se ha calificado como "Derecho Penal concursal", el delito de insolvencia punible (artículo 261 CP) castiga las conductas dolosas (a diferencia del ordenamiento mercantil, que contempla comportamientos imprudentes) que hayan generado o agravado situaciones de insolvencia actual o inminente. Por ello, para el enjuiciamiento de este ilícito, el tribunal tendrá que examinar operaciones con patente similitud a las que el Juzgado de lo Mercantil de turno tiene que baremar para, en el marco de la sección sexta del concurso de acreedores, realizar la calificación de la insolvencia como fortuita o culpable (artículos 443 y 444 del Texto Refundido de la Ley Concursal). Por ejemplo, puede ser causa de la calificación del concurso como culpable y, sin concurre dolo, de condena por el delito de insolvencia punible, la existencia de irregularidades contables relevantes para comprender la situación de la Sociedad (artículo 443.5º del Texto Refundido de la Ley Concursal, y *correlativo* artículo 259.1.6º CP).

Resumiendo, la introducción de elementos propios del Derecho Administrativo y mercantil en los preceptos punitivos, junto con otros elementos ajenos al Derecho Penal hasta la fecha, provoca, como ahora se verá, que las antes proscritas periciales jurídicas deban tener cabida en el *nuevo* proceso penal.

7.7.3 Admisibilidad de periciales jurídicas.

La pregunta que surge atendiendo a lo relatado en anteriores epígrafes es la siguiente: ¿está dotado el tribunal penal de los conocimientos y herramientas suficientes para *apreciar*, con la exactitud que requiere la jurisdicción que nos ocupa, la condición, por ejemplo, de una construcción como no autorizable por haberse realizado en suelo no urbanizable (delito urbanístico) o la concurrencia de irregularidades contables relevantes que no permitan conocer la situación patrimonial de una sociedad en quiebra (delito de insolvencia punible)?

Sin poner en duda la capacidad de los órganos encargados de ejercer el *ius puniendi* estatal, el propio legislador ha estimado, desde tiempo pretéritos, que las particularidades intrínsecas al

[1141] FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Sociedades mercantiles… ob. cit. pág. 37.

ordenamiento administrativo y al mercantil requerían de magistrados con una formación específica que les otorgue la condición de especialistas[1142], de acuerdo con lo previsto en el artículo 311 LOPJ[1143]. Por lo tanto, es obvio, no se trata de simples jurisdicciones diferenciadas por motivos organizativos, sino que los jueces que acceden a estas tienen un plus de conocimientos que deben demostrar mediante las correspondientes pruebas selectivas.

Lo que digo es que, como consecuencia de la expansión del ordenamiento punitivo, los juzgados se están viendo obligados a valorar cuestiones jurídicas cargadas de subconceptos que pertenecen a otros ámbitos en los que el legislador ha considerado que es necesaria una formación jurídica específica que el juez penal no tiene por qué ostentar. Lo expone gráficamente ETXEBERRIA GURIDI[1144]: "*Resulta una fantasía, sin embargo, la creencia de que los jueces, por el mero hecho de serlo, cuentan con los conocimientos suficientes para entender y comprender la totalidad del ordenamiento jurídico. Por eso, se encuentran con frecuencia en la necesidad de reclamar el auxilio de expertos en determinadas materias (...)*". Este, en mi opinión, es el principal argumento que sustenta que con los matices y excepcionalidad que se dirá, sí que sean aceptables las periciales comprensivas (entre otros elementos) de cuestiones jurídicas como método para facilitar la decisión del juzgador.

De este modo, la regla general sobre la no admisibilidad de las periciales de corte jurídico no ha podido eludir la creciente tecnificación de muchos de los supuestos que llegan a los tribunales, generando una tendencia a la admisión de estos peritajes de opinión, como un elemento más que contribuye al auxilio del juzgador. Esto se produce con la salvedad ineludible de que la presencia de un informe con componentes jurídicos no puede sustituir la apreciación en conciencia que realice el tribunal sobre el conjunto de pruebas practicadas, según lo establecido en el artículo 741 LECrim y que, ligado con ello, la valoración contenida en estos dictámenes no vincula al juzgador, sin perjuicio de lo cual, en mi opinión, se requerirá un plus de motivación para apartarse de las conclusiones del experto.

[1142] Dice al respecto ASENCIO MELLADO, J.M., "Prejudicialidad en el proceso… ob. cit. pág. 52 que "*La especialización, pues, está presente en la noción misma de órdenes jurisdiccionales*".
[1143] Especialización en los órdenes contencioso-administrativo y social, y en materia mercantil y de violencia sobre la mujer.
[1144] ETXEBERRIA GURIDI, J.F, "Prueba pericial… ob. cit. pág. 665.

La STS núm. 941/2009 de 29 septiembre, referida a un delito de exacciones ilegales[1145] cometido por un Registrador de la Propiedad que cobraba aranceles indebidamente, estimó la admisibilidad de las periciales jurídicas (habla de "opiniones jurídicas") en materias de alta especialización o en las que resulte muy relevante conocer la costumbre en la aplicación de la concreta norma[1146]. De la meritada resolución pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1. La norma general es la inadmisibilidad de los peritajes jurídicos, por proyectarse sobre materias que, según la dicción del artículo 456 LECrim, no son objeto de pericia. A ello se une la obligación del tribunal de conocer el Derecho de aplicación.

2. Sin perjuicio de lo anterior, asume el Alto Tribunal la habitualidad del empleo de la opinión de expertos juristas.

3. En particular, el TS contempla la posibilidad de acudir a este tipo de peritajes cuando se trate de materias altamente especializadas, de particular dificultad o que requieran conocer cómo se aplican las normas dentro del sector de actividad en que se emplean de manera frecuente.

4. Entre la tipología de asuntos en los que tienen cabida las periciales jurídicas, señala el TS las cuestiones de naturaleza administrativa-tributaria que, incluso, como apunta, podrían dar lugar a una cuestión prejudicial administrativa.

[1145] Artículo 437 CP: "*La autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada, será castigado, sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado, con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años*".

[1146] El F.D. 6º de la resolución establece: "*nada impide que las partes del proceso puedan aludir citar o aportar al mismo opiniones jurídicas relevantes -como dice el Ministerio Fiscal-. No es inusual, en las sentencias judiciales, la cita de maestros del Derecho, como tampoco que los Tribunales conozcan las opiniones de los especialistas de la materia objeto de enjuiciamiento, cuando se trate de materias de alta especialización o de particular dificultad, o en las que pueda ser jurídicamente relevante conocer el modus operandi generalizado de los correspondientes operadores jurídicos a la hora de pronunciarse sobre la concurrencia en la conducta enjuiciada del elemento subjetivo del correspondiente tipo penal. Lo verdaderamente importante es que, a la vista de todos los elementos de juicio de que haya dispuesto el Tribunal, éste dé fundadamente la respuesta que estime procedente sobre la cuestión de que se trate. Llegados a este punto, debemos poner de manifiesto que la conducta enjuiciada en el presente caso contiene una cuestión prejudicial de naturaleza administrativa-tributaria, materia sujeta -como es notorio- a una fronda normativa que, con frecuencia, hace sumamente dificultoso, incluso para los especialistas, precisar la norma aplicable y su debida interpretación. No es menos importante destacar también que, para enjuiciar este tipo de conductas, es necesario conocer aspectos no estrictamente jurídicos, como puede ser el modo generalizado en que son interpretadas las normas jurídicas aplicables al caso"*.

5. La presencia en autos de informes periciales jurídicos no puede sustituir la valoración de la prueba practicada, competencia exclusiva del tribunal.

A la citada decisión se deben unir otras tantas que recuerdan que la regla general sobre la inadmisibilidad de las periciales jurídicas no puede interpretarse de forma "inmatizada", como señala la STS núm. 277/2015 de 3 junio[1147]: "*Que un informe pericial se deslice hacia consideraciones de tipo jurídico no lo invalida si el Tribunal hace su propia valoración autónoma*".

Con estas premisas, el ejemplo paradigmático en el empleo de periciales jurídicas son los delitos fiscales[1148], en cuya investigación y enjuiciamiento los inspectores de hacienda se convierten en la figura capital. Siendo la normativa tributaria, como todas, susceptible de interpretación, pero con la particularidad de su singular especialización, es harto frecuente que en los autos relativos a este ilícito concurran los informes de los inspectores de Hacienda con los de otros profesionales del Derecho, como catedráticos[1149] o, incluso, en no pocas ocasiones, con otros actuarios en situación de excedencia[1150]. El cometido principal de estos *otros* expertos que confluyen en el proceso consiste en plantear al tribunal que existen más lecturas de la norma fiscal que la defendida por la Administración Tributaria, eliminando así, o eso se pretende, la voluntad defraudadora que se instituye como núcleo del injusto. Ejemplo de estas discusiones, que en la mayoría de los supuestos terminan con la estimación de la postura defendida por los funcionarios públicos, son la SAP de León (Sección 2ª) núm. 31/2001 de 7 febrero, o la SAP de Málaga (Sección 2ª) núm. 161/2018 de 24 abril[1151], entre otras muchas.

[1147] F.D. 28º.

[1148] FALCON Y TELLA, R. "Los informes periciales en los procesos por delito contra la Hacienda Pública: ¿una pericia en Derecho?", *Revista Quincena Fiscal* núm. 3/1996.

[1149] Por ejemplo, se puede referir el AAP de Madrid (Sección 17ª) núm. 645/2009 de 17 junio.

[1150] SAP de Madrid (Sección 23ª) núm. 492/2020 de 3 noviembre. Sobre esta tipología de informes, FERNÁNDEZ ZUGAZABEITIA, A., "El valor probatorio de los dictámenes periciales de naturaleza tributaria", *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, nº 40, Sección Estudios, julio 2018.

[1151] "*Ciertamente en el supuesto de autos, junto con los informes del Actuario, y aportado por las defensas, se contó en el acto del juicio, con la Pericial emitida por D. Isidoro y D. Jacobo (Catedrático y Profesor Titular respectivamente, de la Universidad Carlos III de Madrid), así como con la Pericial emitida por D. Máximo (Licenciado en Derecho e integrante del Cuerpo especial de Inspectores Financieros y Tributarios del Estado). Pues bien, reconociendo la alta cualificación profesional de los indicados, habiéndose sometido a debate contradictorio los conocimientos técnicos aportados por los mismos en el acto de juicio, hemos de concluir, como realiza la Juzgadora de la Instancia, dotando de mayor prevalencia probatoria a los informes realizados por el Inspector de Hacienda, que a los emitidos por los Peritos aportados por las defensas. Y ello, por la imparcialidad que es predicable de los Inspectores de Hacienda, los cuales no son designados por ninguna de las partes*".

7.7.4 Periciales de compliance.

Dado el contexto en que ubico este epígrafe – periciales jurídicas – debo empezar aclarando que, en mi opinión, los dictámenes relativos a la corrección de los modelos de prevención penal, además de plenamente admisibles y, desde luego, sumamente útiles, no son en puridad una pericial jurídica. O quizá, mejor dicho: no son solo una pericial sobre aspectos jurídicos. Existen opiniones contrarias, siendo destacable la de NIETO MARTÍN[1152], para quien "*se trata de una prueba sobre una cuestión de derecho, como es el debido control, y que por lo tanto no resulta admisible ningún tipo de pericia en este punto de acuerdo con el principio iura novit curia*".

Además de que, según lo que he subrayado unas líneas más arriba, las periciales sobre aspectos jurídicos, pero altamente especializados, no están descartadas por la doctrina jurisprudencial, lo cierto es que la valoración experta plasmada en una pericial de *compliance*, aunque debe ser calificada como peritaje de opinión (al menos desde la perspectiva de la comparación con el peritaje científico, del que es siempre baluarte el análisis de ADN), supone la constatación también de elementos fácticos[1153], lo que requiere que el experto se imbuya en el funcionamiento societario, sin perjuicio de que esos datos de carácter objetivo deban ser valorados conforme a los criterios – jurídicos – asentados en el artículo 31 bis CP.

Con acierto, MAGRO SERVET descarta que la pericial de *compliance* sea solo jurídica pues (dice) "*aunque la cuestión pueda ser jurídica, este aspecto lo es solo con relación a las consecuencias que se desprenden del verdadero análisis que haga el perito experto en compliance, tras el examen del programa de cumplimiento normativo. Es decir, que el informe del perito experto en compliance no ofrece la exención de la responsabilidad en el informe de pericia, sino que, en base a su formación específica en compliance, y su preparación y formación, examina el programa, acude a la empresa e interroga a directivos y empleados, y ofrece su visión acerca de los requisitos que se deben exigir para que se cumplan los parámetros citados de eficacia e idoneidad. Y ello, porque el juez, para acordar esa exención de responsabilidad, o rechazarlo, y aplicar, en su caso,*

[1152] NIETO MARTÍN, A., "Fundamento y estructura… ob. cit. pág. 116.

[1153] Como breve adelanto de lo que luego apuntaré sobre la valoración de los modelos de prevención, será necesario constatar, por ejemplo, el contenido de la formación impartida y sus destinatarios; los procesos de diligencia debida efectuados con carácter previo a la contratación de un proveedor; la reacción corporativa ante incumplimientos previos al que sea objeto del procedimiento, ya sea de un trabajador o un proveedor; la suficiencia y efectivo empleo de los recursos financieros, y así un largo etcétera de hechos.

una mera atenuación si comprueba una disponibilidad de ponerlo en marcha de forma adecuada, debe tener una pericial que sea la que examine y valore, con ello, los requisitos del programa que la empresa ha exhibido"[1154].

En la misma línea, a juicio de NEIRA PENA[1155] "*la procedencia de las periciales económicas, y entre ellas las de compliance, se justifican por la necesidad de contar con conocimientos técnicos de los que los jueces y magistrados carecen, sin que sea imposible impedir que tales peritos, en el desarrollo de sus pericias usen e interpreten determinadas normas aplicables al caso*", añadiendo posteriormente la autora que "*la prueba pericial sobre compliance es adecuada y aún idónea para determinar la eficacia del modelo en orden a prevenir delitos de la naturaleza del cometido*".

Se suman a esta corriente favorable a la admisibilidad de las periciales en *compliance* TORRAS COLL a TORRAS COLL[1156], VILLEGAS GARCÍA y ENCINAR DEL POZO[1157], SERRANO ZARAGOZA[1158], LÓPEZ-VIOTA PADILLA[1159] y ORELLANA DE CASTRO[1160], entre otros.

La admisibilidad de periciales en *compliance* ha sido ya jurisprudencialmente aceptada. Así, la SAN núm. 13/2020 de 29 de septiembre de 2020 recoge[1161], otorgándole indudable peso, el dictamen desarrollado por el perito GÓMEZ-JARA DÍEZ respecto al modelo de prevención penal de DELOITTE, concluyendo la resolución, en base a esa opinión, que la empresa de auditoría contaba "*con múltiples herramientas en orden a comprobar que se ejecutaba debidamente el modelo de cumplimiento implantado en la organización, siendo el modelo de Compliance con el que contaba obediente con los requisitos establecidos en el Código Penal"*[1162].

[1154] MAGRO SERVET, V., "Viabilidad de la pericial… ob. cit. pág. 6.
[1155] NEIRA PENA, A.M., "La prueba pericial sobre la eficacia de los programas de compliance" en PICÓ I JUNOY, J. (Dir)., ANDINO LOPEZ, J.A., CERRATO GURI, E., (Coords.), *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, Barcelona: Bosch, 2020, págs. 585-594, pág. 591.
[1156] TORRAS COLL, J.M., "Aspectos procesales de la… ob. cit.
[1157] VILLEGAS GARCÍA, M.A., ENCINAR DEL POZO, M.A., "*Hacia una guía de valoración de los programas de compliance para el proceso penal*", *La Ley Penal*, Nº 142, Sección Estudios, enero-febrero 2020.
[1158] SERRANO ZARAGOZA, O., "Compliance y prueba… ob. cit. pág. 17.
[1159] LÓPEZ-VIOTA PADILLA, M., "Dos aspectos llamados a jugar un papel clave en el compliance: el juicio de idoneidad y la pericial", *Diario La Ley*, Nº 9758, Sección Doctrina, 21 de diciembre de 2020.
[1160] ORELLANA DE CASTRO, O., "La complejidad del peritaje en compliance", *La Ley compliance penal*, nº 3, cuarto trimestre de 2020.
[1161] F.D. 23º.
[1162] Pág. 426. Al respecto, conviene destacar el artículo escrito por algunos de los letrados que han intervenido en defensa de DELOITTE, CORTÉS LABADIA, J.P., SOLÍS BENJUMEA, I., "La pericial de sistemas de compliance:

Por poner otro ejemplo, en el proceso seguido frente al consejo de administración de DIA se empleó también una pericial en *compliance*. Así, indica el Auto de transformación en procedimiento abreviado de 26 de febrero de 2021 que durante el curso de la instrucción se aportó un informe pericial sobre el "Sistema de Compliance Penal de la compañía y del Grupo DIA",

En esta tendencia se enmarca igualmente la creación por parte de ASCOM del Registro de Peritos Expertos en c*ompliance*, que permitirá surtir a los tribunales de profesionales con la capacidad necesaria para emitir este tipo de pericias. Quizá, la mejor muestra de la importancia que pueden tomar estos dictámenes en la *praxis* es el nivel del profesorado que imparte actualmente los módulos necesarios para la obtención del título de perito en *compliance* por ASCOM[1163].

7.7.5 Alternativa a las periciales jurídicas. Cuestiones prejudiciales devolutivas.

Aunque un análisis mínimo de la figura de la prejudicialidad en el ámbito penal excedería con mucho los límites de este trabajo, debo consignar unas líneas que permitan esbozar el contexto actual de las cuestiones prejudiciales y dejar apuntado – quién sabe – un futurible incremento de su empleo como consecuencia de la creciente complejidad de las materias objeto del proceso criminal a la que me vengo refiriendo[1164].

---

particularidades del Caso Bankia", *Diario La Ley*, nº 9752, Sección Tribuna, 11 de diciembre de 2020, con amplia justificación jurisprudencial sobre las periciales jurídicas.

[1163] https://www.asociacioncompliance.com/registro-de-peritos-expertos-en-compliance/ (última visita 25/10/2020). Por destacar algunos, D. Francisco Caamaño DOMÍNGUEZ (ex - Ministro de Justicia), D. Ángel Juanes Peces (ex Vicepresidente del Tribunal Supremo), D. Vicente Magro Servet (magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo), D. Julián Sánchez Melgar (magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo), D. Eloy Velasco Nuñez (magistrado de la Audiencia Nacional) y Dª. Mª. Ángeles Villegas García (magistrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo).

[1164] Dice en este sentido ASENCIO MELLADO, J.M., "Prejudicialidad en el proceso… ob. cit. pág.18: "*no son las cuestiones prejudiciales, dada la ampliación del Derecho Penal, una cuestión meramente técnica que pueda resolverse atendiendo a los criterios que siempre han sido objeto de análisis cuando se ha abordado esta compleja materia. El cambio producido en el campo penal, la extensión del delito a fenómenos que no lo eran hace poco y la cada vez mayor criminalización de conductas sin una real y suficiente incidencia penal, han llevado a la proliferación excesiva de normas penales en blanco, a un intervencionismo estatal, en su faceta punitiva, en las relaciones privadas o públicas administrativas, lo que ha aumentado exponencialmente el número de cuestiones prejudiciales en el proceso penal, las ha hecho más complejas, ha introducido en éste una dificultad para el análisis de los tipos penales, ya que los tribunales de dicho orden carecen de la suficiente especialización y, de este modo, como se verá, se ha otorgado a la policía, paradójicamente, un papel del que carece en la ley*".

Como se deduce del artículo 3 LECrim, las cuestiones prejudiciales son hechos jurídicos[1165], dotados de sustantividad[1166] propia suficiente como para constituir un proceso autónomo, y que se encuentran íntimamente relacionadas con el objeto del procedimiento penal, de tal forma que no se puede resolver el mismo sin un pronunciamiento previo o coetáneo sobre la cuestión civil o administrativa[1167]. La anterior definición[1168] tiene similitudes a la apuntada por ASENCIO MELLADO[1169], que las califica como "*hechos jurídicamente relevantes de naturaleza no penal que integran el objeto de un proceso penal, pero que podrían constituirse en objeto autónomo de un proceso distinto e independiente*". De este modo, para ASENCIO MELLADO, una de las características principales es que esos hechos civiles o administrativos sean "*aptos para conformar un objeto autónomo de otro proceso, no penal"*[1170] pues, de lo contrario, se trataría de *puntos prejudiciales*, entendidos como "*aquellos conceptos no penales incluidos en las normas penales que contienen definiciones cuya función es determinar el contenido de otra norma"*[1171].

La clasificación habitual de las cuestiones prejudiciales distingue entre las devolutivas y las no devolutivas. Como señala VALBUENA GONZÁLEZ[1172], las cuestiones prejudiciales no devolutivas son aquellas "*surgidas en un proceso penal, cuya resolución compete al propio órgano que está conociendo del mismo*". Se resolverían, como dice el autor, sin efectos de cosa juzgada,

[1165] VALBUENA GONZÁLEZ, F., *Las cuestiones prejudiciales en el proceso penal*, Valladolid: Lex Nova, 2004, págs. 256-257, en cambio, las caracteriza como cuestiones fácticas, que como tales irán consignadas en los hechos probados de la resolución. El Anteproyecto LECrim 2020 resuelve la discusión (cuestiones fácticas Vs. cuestiones jurídicas) señalando en el aptdo. X de la exposición de motivos, referido a las cuestiones prejudiciales que "*el problema de fondo de las cuestiones prejudiciales devolutivas no tiene naturaleza fáctica, sino puramente normativa. Se proyecta sobre la interpretación y aplicación de las normas, no sobre la apreciación de los hechos que les sirven de soporte. Su virtualidad en el proceso penal estriba en la necesaria interpretación de preceptos no penales que determinan la concurrencia de un elemento normativo del tipo criminal. Por tanto, el riesgo que genera el pronunciamiento penal autónomo es el de una interpretación discrepante de las normas extrapenales que integran el tipo delictivo*".

[1166] VALBUENA GONZÁLEZ, F., "Las cuestiones prejudiciales… ob. cit. pág. 228, señala que su sustantividad deriva principalmente de su condición de antecedente lógico – jurídico respecto a la controversia principal.

[1167] El artículo 3 LECrim se refiere solo a las civiles y administrativas, pero, como indica VALBUENA GONZÁLEZ, F., "Las cuestiones prejudiciales… ob. cit. pág. 374, no cabe duda de que también tendrían cabida las laborales.

[1168] Podría destacarse igualmente la realizada por VALBUENA GONZÁLEZ, F., "Las cuestiones prejudiciales… ob. cit. pág. 259, que las caracteriza como "*antecedentes lógicos necesitados de resolución en el proceso, de naturaleza sustantiva y contenido heterogéneo, con autonomía para constituir el objeto de un pronunciamiento jurisdiccional diferenciado, que se presentan en la tarea del enjuiciamiento penal como una cuestión de hecho*".

[1169] ASENCIO MELLADO, J.M., "Prejudicialidad en el proceso… ob. cit. pág. 101.

[1170] ASENCIO MELLADO, J.M., "Prejudicialidad en el proceso… ob. cit. pág. 102. En el mismo sentido, VALBUENA GONZÁLEZ, F., "Las cuestiones prejudiciales… ob. cit. págs. 250-251.

[1171] ASENCIO MELLADO, J.M., "Prejudicialidad en el proceso… ob. cit. pág. 102. VALBUENA GONZÁLEZ, F., "Las cuestiones prejudiciales… ob. cit. pág. 253 atribuye la "autoría" del concepto punto prejudicial a MENESTRINA, F., *La pregiudiciale nel procecesso civile*, Milán, 1963, pág. 137 y ss.

[1172] VALBUENA GONZÁLEZ, F., "Las cuestiones prejudiciales… ob. cit. pág. 285.

con carácter *incidenter tantum*. Por su parte, las cuestiones prejudiciales devolutivas son aquellas "*cuyo conocimiento corresponde al órgano jurisdiccional competente ratione materiae, de manera que una vez surgidas en el proceso penal, éste se detiene a la espera de su definición a través del proceso correspondiente en vía jurisdiccional autónoma."*

Para DE LA OLIVA SANTOS[1173], la razón de ser de la prejudicialidad devolutiva estriba, por un lado, en la pretendida unidad del ordenamiento jurídico y, por otro, en la especialización de los tribunales. No obstante, añado, la devolutividad está reñida con la exigencia de un proceso sin dilaciones indebidas[1174], lo que genera esa *tolerancia* hacia los pronunciamientos por el órgano jurisdiccional no especializado. Por su parte, afirma VALBUENA GONZÁLEZ que la no devolutividad, además de en la necesaria celeridad en la resolución de los litigios, tiene su fundamento en que permite al tribunal "*conocer materias propias de un orden jurisdiccional distinto con el único fin de resolver el objeto principal del proceso que es de su estricta competencia"*[1175].

La LECrim señala en su artículo 3, como regla general[1176], que el tribunal penal[1177] decidirá sobre la duda civil o administrativa suscitada, si bien, se deberá remitir al tribunal que corresponda (artículo 4 LECrim) "*si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la*

[1173] DE LA OLIVA SANTOS., (et. al), "Derecho procesal penal… ob. cit. pág. 247.
[1174] GONZÁLEZ RUS, J.J., "Los conceptos jurídico-administrativos y las cuestiones prejudiciales administrativas en el ámbito penal" en ORTIZ BLASCO, J., MAHILLO GARCÍA, P. (Coords.), *La responsabilidad penal en la Administración Pública. Una imperfección normativa,* Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2010, págs. 93-152, pág. 96, describe la opción legislativa de la prejudicialidad no devolutiva como "*celeridad, antes que calidad*".
[1175] VALBUENA GONZÁLEZ, F., "Las cuestiones prejudiciales… ob. cit. pág. 368.
[1176] VALBUENA GONZÁLEZ, F., "Las cuestiones prejudiciales… ob. cit. pág. 332, afirma que este artículo recoge la regla general, y los siguientes una serie de excepciones. La redacción de este precepto ha sido tradicionalmente criticada pues, en realidad, no fija con la debida nitidez cuándo procede o no la devolutividad de la cuestión prejudicial. VALBUENA GONZÁLEZ, F., "Las cuestiones prejudiciales… ob. cit. pág. 333, resume otras críticas doctrinales al régimen legal contenido en la LECrim: "*ausencia de previsión en torno al trámite para la sustanciación de tales cuestiones prejudiciales, la inexistencia de referencia acerca de los sujetos legitimados para promoverlas o sobre la posibilidad de ser planteadas de oficio y, por último, la omisión sobre el momento temporal en que pueden promoverse*".
[1177] La preferencia del orden penal, según GIMENO SENDRA, V. "Cuestiones prejudiciales devolutivas y "non bis in idem" en el proceso penal", *Revista General de Derecho Procesal* nº1, 2003, págs. 2-4, descansa en criterios materiales, sustentados principalmente en la relevancia de los bienes jurídicos que se pueden ver afectados por el proceso; criterios orgánicos, pues en el momento de aprobación de la LECrim no existía la jurisdicción contencioso administrativa; y criterios procesales, al conceptuarse la jurisdicción penal como más apta para alcanzar la verdad material.

inocencia"[1178]. Por lo tanto, de acuerdo con los meritados preceptos, las cuestiones prejudiciales *periféricas* serían resueltas por el Tribunal penal (cuestiones prejudiciales no devolutivas), mientras que las *nucleares* se derivarían al Tribunal especializado (cuestiones prejudiciales devolutivas). Por el contrario, cuando tenga que resolver cuestiones civiles o administrativas, el juzgador tendrá que "atemperarse", dice el artículo 7 LECrim, a las reglas del derecho civil o administrativo[1179].

[1178] Como indica ASENCIO MELLADO, J.M., "Prejudicialidad en el proceso… ob. cit. pág. 9, esta afirmación del legislador es un "*término no muy acertado, pero que revela la intención de evitar un sobredimensionamiento de la jurisdicción penal cuando la materia le es ajena, esto es, correspondería conocer de ella a un tribunal no penal en un esquema ordinario e ideal del ordenamiento jurídico*." La expresión de "culpabilidad o inocencia" es interpretada por el autor en cita, en el sentido de indicar (págs.237 - 238) que procede la devolutividad cuando "*El delito, la existencia del mismo, la relevancia penal del hecho, ha de depender de la cuestión prejudicial, de su real coincidencia en el caso. Sin el hecho extrapenal no cabe hablar de actividad penal típica. El hecho no sería delictivo. No solo, pues, la cuestión prejudicial ha de ser devolutiva cuando exista un riesgo de contradicciones que afecte a la existencia o no del hecho natural o histórico, sino también cuando ese riesgo pueda incidir en la tipicidad del hecho*." Aclara GONZÁLEZ RUS, J.J., "Los conceptos jurídico… ob. cit. pág. 118, que "*Su sentido es el procesal, de resultar condenado o no, y no el penal de que concurren los elementos de la culpabilidad, entendida esta como elemento del concepto dogmático y legal de delito, como atribución subjetiva al autor del comportamiento antijurídico realizado*". Se muestra en contra la devolutividad por este motivo VALBUENA GONZÁLEZ, F., "Las cuestiones prejudiciales… ob. cit. pág. 423, quién señala que preferiblemente debe ser el juez penal quien resuelva estas cuestiones, sin perjuicio de que se arbitren cauces rescisorios para supuestos de contradicción entre lo resuelto por el órgano penal y la sentencia dictada por el juez competente.

[1179] RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Reflexiones sobre la naturaleza… ob. cit. pág. 385, indica que este precepto es consecuencia, primero, de la unidad del ordenamiento jurídico, y, además, del ya resaltado carácter secundario del Derecho Penal respecto al resto de ramas del ordenamiento. Se trata de una remisión únicamente a las cuestiones normativas de carácter material, es decir, no se aplican en el proceso penal, por ejemplo, las reglas probatorias del proceso civil. Igualmente, refiriendo la remisión solo a las normas sustantivas, se pronuncia VALBUENA GONZÁLEZ, F., "Las cuestiones prejudiciales… ob. cit. pág. 400.

No obstante, por mor del artículo 10 LOPJ[1180], según asume la doctrina[1181] y jurisprudencia mayoritaria[1182], habría quedado derogada la regulación contenida en la LECrim. La STS núm. 670/2006 de 21 junio[1183], justifica esta decisión legislativa en que, dada la configuración actual del Derecho Penal, con tipos referidos a elementos normativos extrapenales (la resolución pone de ejemplo los delitos ambientales, urbanísticos, societarios, fiscales, de prevaricación u otros contra la administración pública, insolvencias punibles, y contra la propiedad intelectual e industrial), se vaciaría de contenido el proceso si no se decidieran en su seno las cuestiones jurídicas relacionadas con el injusto enjuiciado.

La concurrencia de dudas interpretativas sobre la vigencia de la regulación contenida en la LECrim, y la inexistencia de una tendencia legislativa clara[1184] ponen de relieve, como afirma con

---

[1180] "*1. A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. 2. No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca*.".

[1181] No existe unanimidad sobre si en efecto el artículo 10 LOPJ derogó la LECrim. ASENCIO MELLADO, J.M., "Prejudicialidad en el proceso… ob. cit. pág. 225, hace un repaso sobre el debate doctrinal, señalando entre los autores que defienden la derogación a CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., DÍAZ MARTÍNEZ, P., (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del proceso penal: (Jurado, extradición pasiva, habeas corpus y asistencia jurídica gratuita),* Vol. I, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, págs. 81-82; y GONZÁLEZ MONTES SÁNCHEZ, J.L, *Instituciones de Derecho Procesal. Parte General*. *La jurisdicción y sus órganos,* Granada: Comares, 1990, pág. 174. Por su parte, mantienen la vigencia de la regulación de la LECRIM, FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina General del Derecho Procesal,* Barcelona, 1990, pág. 129; SÁNCHEZ DE LA PRADA, P.F., *Las cuestiones prejudiciales en el orden penal, civil, contencioso y social,* Granada: Comares, 1996, pág. 13 y, añado, VALBUENA GONZÁLEZ, F., "Las cuestiones prejudiciales… ob. cit. pág. 350.

[1182] STS núm. 1490/2001 de 24 julio. No obstante, como afirma ASENCIO MELLADO, J.M., "Prejudicialidad en el proceso… ob. cit. pág. 9: "*La jurisprudencia posterior ha matizado, sin embargo, esta determinación legal considerando vigente la Ley de Enjuiciamiento Criminal destacando, aunque a grandes rasgos y solo atendiendo a situaciones límite, los inconvenientes de un modelo que pone el acento en la decisión penal, que permite que cada orden jurisdiccional analice los hechos bajo sus propias normas y reglas de valoración de la prueba e incluso materiales a pesar de la expresa prescripción del art. 7 LECrim. Ha sostenido, así, la jurisprudencia que la devolutividad debe ser matizada cuando un mismo hecho pueda ser determinado de forma contradictoria, afirmando su existencia o inexistencia y, a la vez afirma, aunque mantiene que la cosa juzgada penal no produce efecto positivo alguno, que el art. 24,1 CE se opone a la inefectividad de las sentencias, lo que ha hecho de forma difusa y sin entrar, como era lógico, pues no es su función, a analizar el concepto mismo de la cosa juzgada y sus efectos*".

[1183] F.D. 7º.

[1184] Como muestra, las tres últimas propuestas de LECrim. El Anteproyecto LECrim 2011, dedicaba un aptdo. de la exposición de motivos a las cuestiones prejudiciales, señalándose por el prelegislador que el actual CP está plagado de normas en blanco, por lo que las cuestiones prejudiciales devolutivas vaciarían la tutela judicial penal. Por lo tanto, en consonancia con esta opción legislativa, establecía en el artículo 6, que "*A los solos efectos prejudiciales, los tribunales del orden jurisdiccional penal tendrán competencia para conocer y decidir las cuestiones civiles o administrativas que sean determinantes para resolver sobre la tipicidad de los hechos enjuiciados*". La propuesta de Código Procesal Penal de 2013 en el articulado le otorga mayor importancia, señalando el artículo 28, tras apuntar que es competencia del juez penal conocer las "*cuestiones civiles, laborales o administrativas cuya resolución resulte*

acierto ASENCIO MELLADO[1185], que las respuestas sobre la prejudicialidad son precipitadas, no otorgan la necesaria seguridad jurídica[1186], y chocan con una realidad judicial que camina en otro sentido[1187].

El problema fundamental, en mi opinión, reside en la respuesta que los tribunales penales le están dando a determinadas cuestiones propias de otros ordenamientos, y sobre las que en no pocas ocasiones se apoyan resoluciones condenatorias. Enunciándolo mediante una pregunta: ¿tiene sentido que una persona sea condenada por un ilícito en base a una interpretación de la normativa civil, administrativa, o laboral, contraria a la mayoritariamente aceptada en su concreta rama?.

---

necesaria, a efectos prejudiciales, para la aplicación de la Ley Penal" resalta, como ya hace el actual texto, que en todo caso la decisión carece de efectos de cosa juzgada. No obstante, y a diferencia de lo establecido por el anteproyecto de 2011, al menos contemplaba la posibilidad de que en supuestos excepcionales se plantee la prejudicialidad como cuestión devolutiva. Por su parte, el Anteproyecto LECrim 2020, *heredero* del de 2011, asume, en el aptdo. X de la exposición de motivos, el mismo argumento que en texto de 2011 (el "vaciamiento" de la tutela judicial penal, por la multitud de tipos penales en blanco), añadiendo además que "*regido el proceso penal por los principios de presunción de inocencia y libre valoración de la prueba, el riesgo de diversidad de apreciaciones fácticas no es un argumento razonable para sostener el sometimiento de la cuestión prejudicial a la previa decisión de un tribunal civil o contencioso-administrativo. Estos órganos jurisdiccionales están sujetos a un estándar de exigencia probatoria inferior al que rige para la jurisdicción penal*." En consonancia con ello, establece el artículo 27 que "*Las cuestiones prejudiciales serán resueltas en todo caso por el tribunal que conozca del proceso. A estos efectos, el tribunal penal tendrá competencia para decidir tanto las que deban ser valoradas exclusivamente con arreglo a las normas del Derecho Penal como todas aquellas cuestiones civiles, laborales o administrativas que sean determinantes para resolver sobre la tipicidad de los hechos enjuiciados. El tribunal podrá, no obstante, suspender el procedimiento cuando el hecho que haya de enjuiciar dependa del resultado de otro proceso penal que constituya su antecedente y cuya acumulación por conexión no sea posible*".

[1185] ASENCIO MELLADO, J.M., "Prejudicialidad en el proceso… ob. cit. pág. 5.

[1186] ASENCIO MELLADO, J.M., "Prejudicialidad en el proceso… ob. cit. pág. 14, indica que "*el concepto mismo de jurisdicción, caracterizado por la nota de la resolución de modo irrevocable, padece cuando la determinación de un elemento de la pretensión ejercitada se decide solo a los efectos de la represión, sin los efectos de la cosa juzgada hacia el exterior*." Insiste más adelante el autor en esta crítica (misma pág. 14) "*el concepto de objeto del proceso se ve expuesto a una desnaturalización difícil de explicar. Si la causa petendi de una pretensión viene constituida por hechos jurídicamente relevantes, es decir, por los hechos que conforman el tipo penal en su conjunto, resulta llamativo que un tribunal penal resuelva una porción de ese tipo de manera definitiva y otra, que lo integra, que condiciona la decisión, no alcance el efecto natural que resultaría de la resolución íntegra del objeto deducido, lo que sucede por las razones antes apuntadas. Porque, sin duda alguna, el elemento no penal conforma la pretensión penal, forma parte del tipo que, sin ese presupuesto previo, no constituiría un ilícito penal*." Si, como dicen el TC y el art. 954 LECrim, toda contradicción relevante puede dar lugar a la revocación de la sentencia penal, parece lógico deducir que lo resuelto sobre la base de una cuestión prejudicial no producirá los plenos efectos de la cosa juzgada hasta tanto no culmine el proceso no penal y se pronuncie una decisión que no entre en contradicción sustancial con la previa penal. Insistiendo en ello, dice más adelante el autor (pág. 73) que "*La inseguridad jurídica es una evidencia cierta que ha de remediar se mediante una actuación legislativa que analice la materia y ofrezca soluciones válidas y eficaces que eviten la contradicción entre decisiones judiciales cuyo objeto sea el mismo hecho*."

[1187] ASENCIO MELLADO, J.M., "Prejudicialidad en el proceso… ob. cit. pág. 23, refiriéndose con ello a la "*inflación de los tipos penales en blanco*".

Sirva de ejemplo[1188] el cálculo de la cuota tributaria defraudada que el artículo 305 CP atribuye al juez penal, con autoridad de cosa juzgada y que, como señala entre otros muchos PONT CLEMENTE[1189] "*comporta la preterición del Juez natural (contencioso-administrativo) en favor del penal y que ha hecho nacer, consiguientemente, una jurisprudencia tributaria de las salas de lo penal, sin ningún elemento de unidad con la verdadera jurisprudencia tributaria, con resultados harto pintorescos y preocupantes"*[1190]. Como se deriva de la anterior afirmación del catedrático de Derecho Financiero y Tributario, se ha asumido dócilmente que, en la disyuntiva entre la adecuación a la normativa de la respuesta jurisdiccional, y la celeridad procesal, prime esta última,

[1188] ASENCIO MELLADO, J.M., "Prejudicialidad en el proceso… ob. cit. pág. 35, señala como otro ejemplo el tráfico de influencias. Así, sobre la base de la STS núm. 624/2013 de 27 junio, apunta el autor: "*En definitiva, pues, resolución es un acto de contenido decisorio, que resuelve sobre el fondo de un asunto, con eficacia ejecutiva, con exclusión de los denominados actos de trámite, tales como informes, propuestas, etc., meramente preparatorios de aquella decisión final (…) Pues bien, a pesar de esta claridad, los tribunales penales, infringiendo derechamente y sin justificación alguna el ámbito que permite la interpretación de la ley y en clara oposición a la jurisprudencia contencioso administrativa, así como lo dispuesto en el art. 7 LECrim y, parece ser, otorgando al término resolución un carácter penal que difiere de su concepción penal y que debe tomarse en consideración por tratarse de una cuestión prejudicial, pretenden, deformando el sistema procesal y material, construir un concepto de resolución definitiva y de trámite puramente penal, lo que llevaría a que actos administrativos no susceptibles de control contencioso administrativo, es decir, actos administrativos que no son competencia de la jurisdicción penal, que carecería, pues, del presupuesto de la jurisdicción y que tampoco son cuestiones prejudiciales, fueran conocidos y calificados como delito con exclusividad*". GIMENO SENDRA, V., "Cuestiones prejudiciales… ob. cit. pág. 11, señala como tipos penales que necesariamente deberían provocar la devolutividad "*los delitos de adopción de acuerdos sociales "abusivos" o de infracción del derecho a la información o de voto de los arts. 291-293 (que, todo sea dicho de paso, han convertido al oficio de administrador en una profesión de alto riesgo), el delito de plagio del art. 270, el de usurpación de patente o de modelo de utilidad o marcas de los arts. 273 y ss., el de desvío de subvenciones públicas del art. 308.2, el delito de tráfico ilegal de mano de obra de los arts. 312 y 313.1, los delitos de construcciones no autorizadas o no autorizables en suelos protegidos o no urbanizables del art. 319, los delitos contra el patrimonio histórico del art. 321, los delitos ecológicos de los arts. 325 y s.s., los delitos contra la fauna y flora especialmente protegida de los arts. 332 y s.s., determinados delitos de riesgo y contra la salud pública, el delito de usurpación de funciones del art. 403 y el de tenencia de armas prohibidas o sin licencia de los arts. 563 y 564 C. P*".

[1189] PONT CLEMENTE, J.F., "El problema fundamental de la liquidación en el proceso penal tributario", *Revista Quincena Fiscal* núm. 11/2011, pág. 5.

[1190] También la doctrina penal ha denunciado la situación. Así, RODRÍGUEZ RAMOS, L., "La segunda revolución de la justicia penal" en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., (Coord.), *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín,* Tomo II*,* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2018, págs. 1125-1139, señala (pág. 1133) "*no es infrecuente que la sentencia penal resulte posteriormente desautorizada por otra del orden jurisdiccional correspondiente, que resuelva de modo distinto la cuestión prejudicial declarando indirectamente atípica la conducta*", añadiendo posteriormente (pág. 1134) que "*como consecuencia de haber sido el Derecho Penal una "realidad invasora" de otros sectores del ordenamiento jurídico, ha resultado a su vez ser una realidad invadida de elementos jurídico normativos y de remisiones globales por contener leyes penales en blanco, tendría que plantearse el legislador la necesidad y oportunidad de revitalizar las cuestiones prejudiciales absolutas – suspensivas y devolutivas – que evitarían en muchos casos la "huida secundaria al Derecho Penal", que consiste en la presentación de denuncias y querellas iniciadoras de procesos penales, por hechos atípicos al no cumplirse en los mismos la conditio sine qua non de existencia de un injusto civil, contencioso – administrativo o laboral, cambio de criterio que también influiría en el freno del exceso de litigiosidad penal que se trata en el siguiente epígrafe*".

aunque ello suponga condenar, por ejemplo, por un delito fiscal en base a una interpretación *contra lege.*

Por lo tanto, nuestro sistema jurisdiccional tiene ante sí dos grandes opciones[1191] para la resolución de cuestiones prejudiciales, en particular cuando tienen especial complejidad: la aceptación de periciales jurídicas que sirvan para orientar la decisión del tribunal[1192]; o el empleo de cuestiones prejudiciales devolutivas que permitan que los elementos nucleares del delito objeto del proceso sean decididas por los tribunales especializados[1193].

[1191] GONZÁLEZ RUS, J.J., "Los conceptos jurídico… ob. cit. pág. 115, apunta alternativas intermedias: "*la posibilidad de jueces especializados (adscritos a las audiencias o tribunales superiores de justicia), a los que se les reconocería competencia genérica para emitir resoluciones sobre las cuestiones relacionadas con su especialidad que les plantearan los jueces penales. No se trataría de resolver el asunto, cometido que únicamente puede corresponder al juez penal competente, sino de pronunciarse sobre la concreta cuestión suscitada por el órgano juzgador, que conservaría su capacidad para decidir, apoyado, sin embargo, en la resolución fundada de un juez especializado imparcial*."

[1192] GONZÁLEZ RUS, J.J., "Los conceptos jurídico… ob. cit. pág. 115, indica "*Finalmente, debe reconocerse que el aumento de la devolutividad serviría para frenar la preocupante expansión (que crece tanto como el propio Derecho Penal) de las pericias jurídicas (se las llame como se las llame) con las que se viene supliendo el desconocimiento del juez penal de las complejas cuestiones especializadas (fiscales, urbanísticas, medioambientales, etc.) que necesita decidir para resolver sobre el asunto, y que con tanta claridad y énfasis ha censurado Rodríguez Ramos. Lo paradójico de la oposición a la devolutividad es que acaba favoreciéndose que el asunto se resuelva, no ya por un juez, sino por un experto, más o menos imparcial (más bien menos que más), cuyo criterio acaba siendo, en un buen número de casos, el que decide el litigio*."

[1193] En esta línea va la propuesta de ASENCIO MELLADO, J.M., "Prejudicialidad en el proceso… ob. cit. págs. 22-23: "*Se trata de elevar a la categoría de régimen ordinario el de la devolutividad, de instaurar la prejudicialidad de la acción, es decir, la necesidad de acudir previamente a los tribunales competentes y de considerar la prejudicialidad no devolutiva la excepción*." En contra, GONZÁLEZ RUS, J.J., "Los conceptos jurídicos… ob. cit. pág. 116, tras apuntar que no resulta necesaria modificación alguna, defiende que "*el régimen dispuesto en los artículos 3 a 7 de la LECrim. ofrece posibilidades suficientes para poder asegurar una práctica judicial que satisfaga en buena medida las pretensiones planteadas. Para ello, estimo, bastaría con favorecer una interpretación, ni siquiera generosa, sino simplemente ajustada a la letra y el propósito del artículo 4 de la LECrim*".

CAPÍTULO 8. EVALUACIÓN PROCESAL DE LOS MODELOS DE PREVENCIÓN PENAL. LA POSIBLE INTERVENCIÓN DE LOS INFORMES PERICIALES DE *COMPLIANCE*.

8.1 Planteamiento.

Los ilícitos que constituyen el denominado Derecho Penal económico tienen entre sus notas características las especiales dificultades de persecución fruto del habitual empleo, para su comisión, de herramientas complejas (precisamente, en ocasiones, intrincadas estructuras societarias) que obstaculizan la imputación objetiva a los autores individuales. En el supuesto de los procesos penales seguidos frente a personas jurídicas, los obstáculos se multiplican, toda vez que, al necesario discernimiento de las responsabilidades individuales, se añadirá, como objeto del procedimiento, la determinación de si el delito ha sido posible por un defecto organizativo de la entidad y, además, como posible causa de exención de responsabilidad del sujeto colectivo, la idoneidad y eficacia del modelo de prevención penal instaurado.

Siendo indiscutido que los parámetros que asienta el CP sobre los programas de *compliance* están lejos de aportar la necesaria seguridad jurídica para su elaboración y evaluación en sede judicial, dedicaré este capítulo a apuntar los principales textos surgidos en España y en nuestro entorno, que han pautado el contenido de los modelos de organización y gestión penal y que, en algunos casos, se han ocupado expresamente de determinar cómo se deben examinar estos instrumentos. En base a los mismos, decantaré las fases de la evaluación procesal de los programas de *compliance*, y qué aspectos deben ser atendidos.

Igualmente, detallaré en este capítulo en qué cuestiones de la apreciación de los modelos de prevención penal puede resultar relevante la intervención de peritos que, mediante sus informes periciales de *compliance*, coadyuven al tribunal en la decisión relativa a si el sistema preventivo-penal de la entidad está correctamente diseñado, implantado, y tiene eficacia práctica en la realidad diaria de la sociedad.

8.2 Dificultades de persecución penal en la delincuencia empresarial: la importancia de las periciales.

Como apuntaba *ut supra*, uno de los elementos configuradores del Derecho Penal económico es la dificultad para la persecución procesal de esta tipología delictual, afectante el entorno socioeconómico.

Entre los motivos que provocan esa traba, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ[1194] afirma que "*la realidad criminológica actual en materia de delincuencia económica revela una utilización masiva de la persona jurídica para llevar a cabo las infracciones delictivas o para facilitar su ejecución*" de ahí que, como recuerda FERNÁNDEZ TERUELO[1195], la decisión legislativa de implantar la responsabilidad penal de los sujetos colectivo tiene entre otros fundamentos "*el uso y abuso del instrumento societario (la empresa) y de sus múltiples mecanismos en la ejecución de la actividad delictiva es hoy el elemento esencial desde el punto de vista criminológico pero, sobre todo, jurídico; es en definitiva lo que le dota de verdadera autonomía y por ello lo que le justifica un tratamiento autónomo*".

TIEDEMANN, *padre* del Derecho Penal económico, cuyos argumentos son sintetizados por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ [1196] expone la problemática señalando los siguientes obstáculos en su enjuiciamiento: "*la gran complejidad que presentan los hechos objeto de investigación judicial, las dificultades tanto jurídicas como económicas de la materia, la ausencia de especialistas apropiados para hacer frente a dicha complejidad y a dichas dificultades y, en fin, la insuficiente*

[1194] MARTÍNEZ - BUJÁN PÉREZ, C., "Derecho Penal económico… ob. cit. pág. 557.
[1195] FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Instituciones de Derecho Penal económico de la empresa,* Valladolid: Lex Nova, 2013, pág. 25.
[1196] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Derecho Penal económico… ob. cit. pág. 117, citando las obras de TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho Penal económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona: PPU, 1993, págs. 28-31, y *Manual de Derecho Penal económico. Parte General y Especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pág. 91-99. TIEDEMANN, K., "Manual de Derecho… ob. cit. pág. 91-99, resume las soluciones propuestas por el legislador alemán que no son (algunas) desconocidas para nuestro ordenamiento: especialización de la jurisdicción penal en delitos de índole económica, mediante la creación de salas penales económicas; fiscalías especializadas en delitos económicos, auxiliadas por peritos contables; cambios normativos, como el aumento de las competencias de fiscalía en las diligencias previas; ampliación de los plazos de prescripción respecto a ciertos delitos; o la restricción del principio de inmediación en el juicio oral en cuanto a la prueba documental (como sucede con el artículo 726 LECrim).

asistencia judicial en las relaciones internacionales." Al anterior listado, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ añade la ya referida prejudicialidad suspensiva y devolutiva[1197].

Por su parte, ZUÑIGA RODRÍGUEZ[1198], relatando en qué se concretan los impedimentos más destacados en estos tipos delincuenciales, subraya el carácter transnacional de sus actividades; las connivencias, en ocasiones, entre "*criminalidad organizada, criminalidad de empresa, corrupción y terrorismo*"; "*la división del trabajo, la fragmentación de las decisiones y ejecución de los comportamientos, la jerarquización de la toma de decisiones*"; su carácter de "*organizaciones cerradas cuya información discurre hacia adentro, de carácter privado*"; y las "*las dificultades para reconocer con claridad las fronteras de lo lícito y lo ilícito"*[1199].

No obstante, de los indicados, el que mi opinión se erige en el estorbo de más peso es la complejidad de los hechos objeto de la investigación judicial[1200], para cuya apreciación y aplicación a la *litis* resulta necesario ostentar conocimientos que beben de normas ajenas al ordenamiento punitivo, como el Derecho Mercantil, Administrativo, o incluso de corte financiero[1201].

En este contexto, la referencia a la pericial como una herramienta casi imprescindible para la correcta investigación y enjuiciamiento es una constante entre los comentaristas.

[1197] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Derecho Penal económico… ob. cit. pág. 119.

[1198] ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., "¿Cuál es la valoración jurídica de los compliance en la teoría de la responsabilidad penal de las personas jurídicas?" en DEMETRIO CRESPO, E., (Dir.), DE LA CUERDA MARTÍN M., GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (Coords.), *Derecho Penal económico y teoría del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, págs. 503-536, págs. 507-512.

[1199] Señala la autora en cita como ejemplos (pág. 512): "*una contabilidad creativa respecto de un fraude fiscal, un tráfico de influencias con el lobbysmo, una administración desleal y los conflictos de intereses, entre otros*."

[1200] TIEDEMANN, K., "Lecciones de Derecho… ob. cit. pág. 28. Esta complejidad fáctica es la que llevó a que PEDRAZ PENALVA, E., PÉREZ GIL, J., CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., "Aspectos procesales… ob. cit. pág. 21, recomendaran modificar el artículo 4 LOTJ para eliminar su competencia en lo relativo al enjuiciamiento de las personas jurídicas, dada su "*complejidad inherente*".

[1201] En palabras de JIMÉNEZ VILLAREJO, C, "La prueba pericial en los delitos económicos (con particular referencia a la intervención de los Inspectores de Finanzas del Estado)", *Jueces para la Democracia Información y Debate* nº 31, 1998, pág. 59, este tipo de delitos exige "*el conocimiento de la actividad empresarial, la crisis de la misma, su relación con la Hacienda Pública, la institución de la competencia y, necesariamente, los instrumentos de su actividad, como la contabilidad, el balance, etc"*.

SOLAZ SOLAZ[1202] destaca la importancia del informe pericial en los delitos económicos, afirmando que permiten suplir la falta de conocimientos técnicos del tribunal sobre contabilidad, los entresijos societarios, y la denominada ingeniería financiera. El autor, tras citar algunos ejemplos en que esa intervención experta ha resultado esencial (el denominado caso FILESA[1203], o el caso PSV[1204]), sintetiza los dos aspectos por los que considera relevante el auxilio de expertos: "*a) los rasgos esenciales de estos delitos económicos, pues con independencia de la plena autonomía del Derecho Penal de la empresa, es una evidencia su relación, no tanto con la economía como con el Derecho Mercantil y Administrativo, constituyendo sin duda normas penales en blanco. (…) Y b) Los sujetos de los delitos económicos, en cuanto cometidos a través de sociedades u organizaciones criminales, que constituyen una proliferación de personas jurídicas entrelazadas que se erigen en "burladero óptimo para evita la acometida del Derecho Penal y eludir la responsabilidad criminal" (Jose Mª Mena)*." En relación con la referida opacidad de las estructuras societarias, señala JIMÉNEZ VILLAREJO también, como justificación de la necesidad de contar con peritos la "*multiplicidad de personas; rangos de responsabilidades y actividad, voluntad colectiva que transciende cada hecho, operación o sociedad concretos; autores materiales de las conductas individualizadas tipificables, generalmente con muy difícil prueba sobre la vinculación con el conjunto de la voluntad y actividad criminal y con sus líderes y responsables"*[1205].

Si bien es evidente, como se infiere de las anteriores referencias doctrinales, que existe un indudable paralelismo entre criminalidad económica y empresarial, en los delitos en que aparezca una persona jurídica como sujeto pasivo del proceso (y no meramente como instrumento delictivo) las incógnitas crecen. A los escollos ya referidos, se unirá la necesaria determinación procesal de si el ilícito ha sido posible por un defecto organizativo de la entidad (*carga de la acusación*) y, además, en el supuesto de que se haya instaurado un modelo de prevención penal en la persona jurídica, será preciso evaluar si el mismo reúne los presupuestos necesarios para exonerar de responsabilidad penal a la corporación (*carga de la defensa*).

[1202] SOLAZ SOLAZ, E., "La investigación de las defraudaciones" en SOLAZ SOLAZ, E. (Dir.), *La instrucción de los delitos económicos y contra la Hacienda Pública*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005, págs. 435-527, págs. 519-520.
[1203] STS núm. 1/1997 de 28 de octubre.
[1204] STS núm. 1212/2003 de 9 octubre.
[1205] JIMÉNEZ VILLAREJO, C., "La prueba pericial… ob. cit. pág. 61.

Por lo tanto, y a ello dedicaré en buena medida el resto de esta tesis, la intervención de peritos que auxilien al Juzgador en aspectos relacionados con el *compliance* se antoja crucial[1206], pudiendo indicar como esbozo los siguientes motivos:

i. Las dificultades para localizar al autor individual que haya cometido el delito presupuesto como consecuencia de la división y descentralización del proceso productivo y de toma de decisiones en las empresas[1207]. Aunque la instauración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene entre otras finalidades salvar dicho obstáculo (artículo 31 ter CP), ello no quiere decir que se haya eliminado de entre los fines de la instrucción (artículo 299 LECrim) y del propio enjuiciamiento la averiguación de la autoría individual. Por lo tanto, el instructor y el Ministerio Fiscal deberán desplegar todos los esfuerzos para esa concreción de la persona física autora[1208], para lo que será precisa la indagación en el seno de estructuras societarias complejas. Además, la identificación de la persona física que haya cometido el delito presupuesto permitirá delimitar con mayor certeza en qué ha consistido el defecto organizativo atribuible al sujeto colectivo. En otras ocasiones, aunque sin duda de manera más excepcional, será a la propia persona jurídica a la que le interese, desde el punto de vista de su defensa, la identificación del sujeto responsable, lo que se producirá por tres razones. En primer término, ello habilitará a la persona jurídica a optar por la aplicación de la circunstancia atenuante prevista en el artículo 31 quater b) CP, colaborando decisivamente en el esclarecimiento de las responsabilidades penales. En segundo lugar, la capacidad de la entidad para determinar qué persona ha cometido el

[1206] Así lo asume, entre otros, el magistrado del Tribunal Supremo MAGRO SERVET, V., "Viabilidad de la pericial… ob. cit.

[1207] Señala NEIRA PENA, A. M., "La defensa penal de la persona jurídica… ob. cit. pág. 235-236: "*la complejidad organizativa de algunas entidades, que puede hacer necesario, para delimitar las responsabilidades en su seno, una previa determinación de su estructura de control, de su forma de organización y de su sistema de delegaciones, elemento que podrían resultar relevantes a la hora de asignar responsabilidades individuales entre los miembros de la organización"*.

[1208] Se trata de un objetivo siempre buscado en materia de *compliance*. Al respecto, indica el aptdo. 9-28.210 de los *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* que, debido a que una empresa solo puede actuar mediante los individuos que la componen, la imposición de responsabilidades penales a estos puede resultar más disuasorio en la evitación de ilícitos corporativos que el propio castigo a la persona jurídica enjuiciada. A la anterior ventaja, de carácter penal (preventivo-especial), se le unen tres procesales, señaladas por los *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* (aptdo. 9-28.010, párrafo tercero): primero, la determinación de las responsabilidades individuales es la manera más eficaz de determinar los hechos ocurridos, y el alcance de la conducta ilícita dentro de la empresa; segundo, dirigir la imputación a una concreta persona física permite que otros sujetos de la entidad que puedan tener conocimiento sobre los hechos puedan colaborar; y tercero, se aumentan las posibilidades de lograr condenas contra individuos particulares, con las ventajas preventivas ya referidas.

ilícito, incluso aunque ello se produzca una vez incoado el proceso, denota la existencia de correctas pautas de control y trazabilidad de las decisiones empresariales, signo de una adecuada cultura de cumplimiento en la corporación[1209]. Como tercer motivo, pudiera ser que el delito base haya sido cometido por una persona recién llegada a la sociedad, sin tiempo para empaparse de los rasgos definidores de la cultura empresarial de cumplimiento, o en el seno de una entidad recién absorbida por la persona jurídica investigada. En ambos supuestos, podría operar una especie de causa de exoneración de responsabilidad en favor del ente si acredita que, en el proceso de selección de la persona, o en la operación de *M&A* siguió las pautas exigibles de diligencia debida.

ii. La ingente cantidad de documentos y evidencias que resulta necesario analizar[1210] entorpece enormemente la instrucción. Más si cabe dentro de los encorsetados plazos establecidos por la LECrim durante los años 2015-2020. No en vano, el artículo 324[1211] consideraba las investigaciones como complejas cuando "*precise de la revisión de la gestión de personas jurídico-privadas o públicas*." El ejercicio legítimo por la persona jurídica de su derecho a no incriminarse, omitiendo la aportación de documentación interna que pudiera resultar perjudicial para sus intereses, entorpece aún más la indagación. Las diligencias de entrada y registro, en fases muy tempranas de la investigación, se convertirán, por lo tanto, en el método habitual para "salvar" la coraza en que se puede convertir la empresa investigada desde el mismo momento en que reciba la imputación formal. Precisamente por estos motivos, el legislador ha pretendido fomentar la ya explicitada privatización del proceso penal, es decir, las investigaciones internas, impulsadas por la propia entidad en cuyo ámbito de actividad se ha cometido el ilícito. De

[1209] Así lo establece el aptdo. 9-28.700 de los *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, señalando que la dificultad de determinar qué sucedió, dónde se pueden obtener pruebas de ello, y qué individuos promovieron o permitieron la conducta punible, puede ser interpretada negativamente para la corporación.

[1210] Afirma NEIRA PENA, A. M., "La defensa penal de la persona jurídica… ob. cit. pág. 235: "*se requerirá el auxilio de peritos, auditores o contables, para determinar cuestiones relativas a la disciplina contable, a la correcta metodología de recopilación e informatización de datos o a las condiciones económico – patrimoniales reales del ente, que no siempre se deducen de forma fácil y directa de la prueba documental"*.

[1211] Redacción ya superada por mor de la Ley 2/2020, de 27 de julio. También el Anteproyecto LECrim 2020 contempla en el artículo 574 una duración máxima, general, de doce meses, que se extiende a dieciocho cuando se trate de investigaciones de la fiscalía de la Audiencia Nacional o de las fiscalías especiales, regulándose un procedimiento específico, vía incidente, para que el juez de garantías fije el plazo máximo de duración de la investigación que provocará que las diligencias que se practiquen tras su terminación sean nulas. Sobre la nulidad de las diligencias practicadas fuera del plazo de instrucción se ha pronunciado la STS núm. 455/2021 de 27 de mayo.

este modo, la participación de un experto en *compliance* de forma estable durante la indagación, que centre los concretos aspectos que son necesarios para la investigación y enjuiciamiento de la persona jurídica, sugiriendo alternativas cuando la persona jurídica no colabore, redundará en pro de la eficiencia procesal.

iii. Los modelos de prevención penal se instituyen como reglas técnicas en la prevención de delitos, que deben estar adaptadas a las concretas circunstancias de la empresa y el sector en que la misma se ubique. Al respecto, GALLEGO SOLER define los programas de *compliance* como *"un conjunto de deberes de actuación, y reglas técnicas que tienen que reflejar el "estado de la ciencia" en relación con la diligencia debida de una persona perjudicada determinada en aras a la evitación de la lesión de bienes jurídico – penales que se encuentren en su esfera (interna y externa). Esas reglas técnicas y deberes de actuación se dirigen a la organización, y tienen como finalidad el control de los riesgos organizativos y de las actividades que se desarrollen*"[1212]. En la misma línea, ARTAZA VARELA apunta que "*El conjunto de reglas técnicas o procedimientos asociados a la gestión del riesgo penal de las empresas y, por ende, que conforman lo que se ha denominado como Programas de Cumplimiento, no son más que lo que en Derecho Penal se ha estudiado bajo la denominación de reglas técnicas, vinculadas en este caso a la gestión de las organizaciones empresariales de cierta complejidad y que, por lo general, desarrollan actividades de cierto riesgo"*[1213]. Por lo anterior, la correcta evaluación del *compliance program*, determinando si está adaptado a las mejores prácticas en prevención de delitos requiere conocimientos especializados que en principio no tienen por qué ostentar los jueces penales.

iv. En la elaboración de modelos de prevención penal tendrá mucho peso el empleo normas con origen en el sector administrativo y estándares que necesariamente manejarán los peritos de *compliance*. La importancia de estas prescripciones en la elaboración y

[1212] GALLEGO SOLER, J.A., "Criminal Compliance y proceso penal: reflexiones iniciales" en MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M., GÓMEZ MARTÍN, V., (Dirs), HORTAL IBARRA, J.C., VALIENTE IVÁÑEZ, V. (Coords.), *Responsabilidad de la empresa y compliance programas de prevención, detección y reacción penal,* Madrid: Edisofer, 2014, págs. 195-271, pág. 216.
[1213] ARTAZA VARELA, O., *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites*, Madrid: Marcial Pons, 2013, pág. 157.

evaluación de los modelos de prevención penal es destacada por NIETO MARTÍN[1214]. Para el autor, hay dos factores que imponen al juez tener en cuenta estos estándares. Primero, porque contravendría el principio de *ultima ratio* que aquello considerado suficiente en un ámbito profesional, sea tildado de insuficiente por el proceso penal. En segundo término, no otorgar relevancia a los estándares establecidos sectorialmente "*privaría a los destinatarios de la norma de cualquier tipo de orientación."* Igualmente, LASCURAÍN SÁNCHEZ apunta que "*el estándar de la diligencia debida, la frontera de la prudencia referida al control de los comportamientos de administradores y empleados se irá confirmando bien a través de normas administrativas como ya sucede, por ejemplo, en materia de medio ambiente, o de blanqueo de capitales, o de seguridad de los trabajadores, bien a través de estándares establecidos por las empresas responsables del sector – una especie de lex artis empresarial – bien a través de las directrices abstractas de cómo debería organizarse una empresa media cuidadosa del sector de la actividad enjuiciada*"[1215].

Por estas causas, ya digo, entiendo inevitable la intervención de expertos en *compliance*, aunque su aportación, como ahora se verá, podrá tener distintas facetas.

8.3 Guía para la evaluación procesal de los modelos de prevención penal.

8.3.1 Introducción. Principales textos de referencia.

Los modelos de prevención penal son (*ya lo he dicho*) la clave de bóveda de la defensa corporativa. Consiguientemente, su evaluación ocupará buena parte de los procesos seguidos contra personas jurídicas[1216].

La cuestión a la que dedicaré este aptdo. estriba en determinar bajo qué baremo analizar la idoneidad y eficacia de los programas de *compliance*, partiendo de que como es unánimemente

[1214] NIETO MARTÍN, A., "Fundamento y estructura… ob. cit. pág. 114.
[1215] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A, "Compliance, debido control y unos refrescos" en ARROYO ZAPATERO, L., (Dir.), NIETO MARTÍN, A., (Dir.), *El Derecho Penal económico en la era del compliance*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2013, págs. 111-135, pág. 125.
[1216] Afirman VILLEGAS GARCÍA, M.A., ENCINAR DEL POZO, M.A., "Hacia una guía… ob. cit. pág. 2: "*En definitiva, la responsabilidad penal de la persona jurídica (una vez iniciado el proceso penal) dependerá, en gran medida, del juicio que merezca, en su caso, su programa de cumplimiento normativo*".

reconocido por la doctrina, las líneas maestras asentadas por el CP no confieren las suficientes pautas exegéticas[1217].

En esta coyuntura, y aunque como ahora diré sí que es posible – y desde luego, deseable[1218] – preestablecer qué aspectos deberán ser tenidos en cuenta para decidir si un modelo de prevención penal es apto, resultará primordial contar también con el auxilio de expertos en *compliance* que, sin sustituir la labor del juzgador, faciliten y orienten su función. Por esto, además de compilar los aspectos que deben ir siendo valorados para determinar si estamos ante una organización virtuosa, referiré en qué elementos puede redundar positivamente la intervención de un experto, sobre todo cuando la persona jurídica investigada o enjuiciada sea de grandes dimensiones[1219].

La elaboración de un catálogo de pautas para la evaluación del *compliance program* nace con el innegable óbice que supone la infinidad de casuísticas posibles. A ello se debe unir la concepción de la libre valoración de la prueba (artículo 741 LECrim), como uno de los principales bastiones de la independencia judicial[1220]. De esta forma el establecimiento de unas pautas previas puede percibirse como una vulneración de funciones jurisdiccionales.

Quizá por los antedichos motivos, las referencias en nuestro país sobre los modelos de prevención penal, amén lógicamente del CP, provienen de ámbitos extra legislativos. Vengo resaltando la

[1217] VILLEGAS GARCÍA, M.A., ENCINAR DEL POZO, M.A., "Hacia una guía… ob. cit. pág. 5, señalan que "*el precepto* [el artículo 31 bis] *más allá de permitirnos realizar esta primera aproximación sobre cómo entiende el legislador penal que debe ser un programa de cumplimiento normativo, es claramente insuficiente para concluir que, de manera efectiva, el modelo es eficaz y dinámico y ha desarrollado debidamente estas tres funciones: prevención, detección y sanción*".

[1218] VILLEGAS GARCÍA, M.A., ENCINAR DEL POZO, M.A., "Hacia una guía… ob. cit. págs. 5-6 aseveran que "*para alcanzar un auténtico juicio positivo sobre el programa, que nos permita, en su caso, eximir de responsabilidad a la entidad, será preciso un análisis detallado y concreto de su contenido y funcionamiento al tiempo de la comisión del delito. Para la ejecución de este análisis sería deseable el desarrollo de unas pautas o criterios evaluadores que le dotaran de transparencia y claridad. Estas cualidades del citado análisis son absolutamente necesarias para el correcto funcionamiento del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que, asimismo, se vería favorecido por una mayor seguridad jurídica*".

[1219] En este sentido, VILLEGAS GARCÍA, M.A., ENCINAR DEL POZO, M.A., "Hacia una guía… ob. cit. pág. 5, señalan que "*Es posible que, en ocasiones y, sobre todo, en el caso de grandes empresas, sea pertinente y necesario que se practique una prueba pericial sobre el funcionamiento y contenido del programa de cumplimiento normativo o sobre algún aspecto concreto del mismo en relación a la actividad ilícita que haya tenido lugar*".

[1220] Como puntualizan VILLEGAS GARCÍA, M.A., ENCINAR DEL POZO, M.A., "Hacia una guía… ob. cit. pág. 6, respecto a la fijación de unas pautas para la evaluación de los programas de cumplimiento: "*Es evidente que cada caso exigirá un tratamiento singularizado y que estas pautas o criterios no han de ser entendidos como unas reglas preestablecidas de valoración de prueba, que son incompatibles con nuestro sistema de libre apreciación de la prueba. Pero constituyen unas pautas de valoración para la evaluación que los jueces y tribunales deberán hacer de los programas de cumplimiento normativo*".

NORMA UNE 19601, estándar integral sobre los modelos de prevención penal, certificable por empresas de auditoria especializadas y que, sin duda, será patrón para nuestros tribunales cuando estos, de verdad[1221], tengan que evaluar la corrección de un modelo de organización y gestión implantado. Por su parte, la UNE-ISO 37001, aunque centrada en la prevención de la corrupción, recoge, principalmente en sus anexos, varias reglas que servirán para la valoración de los programas de *compliance*.

Igualmente, la Circular 1/2016 de la FGE dedicó un aptdo. específico, el 5.6, a establecer unos "*Criterios para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión*", si bien confesaba sus reparos a que resultara posible fijar baremos "*uniformes aplicables a los diferentes tipos de sociedades, su concreta organización, sus modelos de negocio, la naturaleza y extensión de sus transacciones, sus productos o servicios o sus clientes"*[1222]. La doctrina de fiscalía contiene nueve *normas* de indudable relevancia práctica, que facilitan la elaboración y apreciación de los modelos de prevención penal y, además, permiten *anticipar* cuál será la actuación del Ministerio Público ante una concreta casuística.

Resulta también destacable la Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia, publicada por la CNMC el 10 junio de 2020. La Guía nace con el objetivo de "*impulsar las políticas de cumplimiento en relación con las normas de defensa de la competencia. Mediante la publicación de esta guía se pretende coadyuvar en este ejercicio de las empresas, dando transparencia a los criterios básicos que la CNMC considera relevantes para que un determinado programa de cumplimiento sea eficaz*"[1223]. La Guía de la CNMC se estructura en tres grandes bloques. En el primero, referido a los criterios de evaluación de programas de cumplimiento eficaces, asienta los siete aspectos con que deberán contar: implicación de los órganos de administración y/o los principales directivos de la empresa; formación eficaz; existencia de un canal de denuncias; independencia y autonomía del responsable de diseño y

[1221] Refiere FORTUNY, M., "La nueva guía del DOJ para evaluar la eficacia de un programa de cumplimiento: un horizonte de legitimidad más allá del paper compliance", *La Ley compliance penal*, nº 2, tercer trimestre de 2020, págs. 1-2, que hasta el momento "*La experiencia judicial para determinar la eficacia de un MPD* [modelos de prevención de delitos] *es hasta ahora prácticamente nula*". De hecho probablemente la resolución más destacada en cuanto a la evaluación judicial de modelos de prevención penal es la ya referida SAN nº13/2020 de 29 de septiembre de 2020 que, en realidad, lo que hace principalmente es "validar" la pericial de *compliance* efectuada sobre el modelo de organización y gestión de delitos implantado por DELOITTE.
[1222] Pág. 51.
[1223] Pag. 4.

control de las políticas de cumplimiento; identificación de riesgos y diseño de protocolos o mecanismos de control; diseño del procedimiento interno para la gestión de denuncias y la gestión de la detección de infracciones; y diseño de un sistema disciplinario transparente y eficaz. En el segundo bloque, la CNMC establece las consecuencias que tendrá la implantación del programa de cumplimiento, diferenciando si tiene lugar *ex ante* o *ex post* respecto de la comisión de la infracción de la competencia[1224]. En tercer término, como anexo, compila una serie de preguntas como indicadores comúnmente aceptados para examinar la eficacia de un programa de cumplimiento.

Como último texto nacional a destacar, encontramos la Guía práctica de autodiagnóstico y *reporting* en cumplimiento normativo, buen gobierno corporativo y prevención de la corrupción elaborada por Transparencia Internacional España en 2017. Esta Guía, desde la perspectiva de la elaboración y evaluación de modelos de prevención penal, reporta tres grandes ventajas: (i) ayuda a la empresa a medir de forma general la calidad de su programa de cumplimiento normativo[1225]; (ii) facilita la elaboración de informes de *compliance* adecuados, mediante los que lograr una exhaustiva puesta de manifiesto de la situación actual de cumplimiento de cada organización, determinando un conjunto de indicadores medibles que ayudan a evaluar el logro de sus objetivos y a calcular el desempeño de gestión de sus sistemas y programas de cumplimiento, según exige la NORMA UNE 19601[1226] y; (iii) proporciona "*a las empresas el establecimiento de criterios para la mejora continua y verificación de sus programas de compliance (art. 31 bis 5.6 del Código Penal), ya que su cuantificación y clasificación en distintos niveles permitirán a la empresa valorar su desempeño, cuantificar su evolución y, sobre todo, mostrar y demostrar todos sus esfuerzos hacia una gestión responsable y transparente"*[1227].

[1224] En ambos supuestos, la CNMC solo confiere eficacia atenuadora de la responsabilidad, sin que sirva para eximir al ente, sin perjuicio, eso sí, de los supuestos en que la implantación vaya ligada a que, conforme establecen los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la empresa se acoja a un programa de clemencia.
[1225] En particular, la Guía cuenta con un cuestionario de preguntas que permite el autodiagnóstico de la situación general de cumplimiento normativo en la empresa, al que me referiré más adelante.
[1226] Aptdo. 9.1.6
[1227] Pág. 13.

Comenzando el repaso internacional, la gran referencia, sin duda[1228], es la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs,* de junio de 2020, elaborada por el *DOJ*[1229]. Basándose parcialmente en los *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, y las *U.S.S.G* (promulgadas por la *U.S.S.C*), tiene como objetivo facilitar a los fiscales la decisión sobre si el *compliance program* sometido a su valoración era efectivo en el momento de la comisión del ilícito objeto de enjuiciamiento, y si lo es al dictar una sentencia o decisión sobre el mismo[1230]. El texto se articula en tres preguntas[1231]: (i) ¿Está el programa de cumplimiento de la corporación bien diseñado?; (ii) ¿El programa ha sido aplicado seriamente y de buena fe? En otras palabras ¿el programa cuenta con recursos y ha sido empoderado adecuadamente para funcionar de forma efectiva? y (iii) ¿Funciona el programa de *compliance* de la empresa en la práctica?.

El Reino Unido, desarrolló la *Bribery Act 2010 Guidance*[1232] que, como su propia introducción reconoce, emplea como guión los seis principios rectores que establece *The Bribery Act*[1233]. Además, y en referencia concreta a la evaluación de los modelos de prevención penal, la SFO

[1228] Señala FORTUNY, M., "La nueva guía… ob. cit. pág. 3, "*En materia de criminal compliance el nivel de conocimiento y experiencia, así como la notoriedad y complejidad de los asuntos judicialmente tratados, convierten al DOJ y a la fiscalía federal americana en un referente para el estudio de las mejores prácticas, en particular aquellas relacionadas con asuntos penales judicializados*".

[1229] Sobre este texto, vid. GRUBMAN, S. R., TANNER, G. A. "The Department Of Justice's Evaluation Of Corporate Compliance Programs*". Criminal Justice, 33*(1), págs. 23-25, referida a la anterior versión de la guía, o FAGET, K., Y., SHALOM, A. "2020 update to the DOJ's evaluation of corporate compliance program guidance", *Journal of Health Care Compliance, 22*(5), 2020, págs. 17-22, ya en relación con el texto vigente.

[1230] Nótese en este sentido que en Estados Unidos son muy habituales los acuerdos de enjuiciamiento aplazado ("*Deferred Prosecution Agreements*", conocidos como DPA), y los acuerdos de no enjuiciamiento ("Non – Prosecution Agreements", denominados NPA), por lo que la decisión de fiscalía sobre la adopción de este tipo de decisiones, o las medidas de *compliance* a imponer a las empresas para la suscripción de los NPA, puede depender de la previa evaluación que efectúe Fiscalía de sus modelos de prevención penal. Al respecto, vid. GIMENO BEVIÁ, J., "El proceso penal de las… ob. cit. págs. 203-225.

[1231] A su vez, la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* se divide en 12 requisitos: evaluación de riesgos; políticas y procedimientos; entrenamiento y comunicaciones; estructura de presentación de informes confidenciales y proceso de investigación; administración de terceros; fusiones y adquisiciones; compromiso de la alta y media dirección de empresa; autonomía y recursos; incentivos y medidas disciplinarias; mejora continua, pruebas periódicas y revisión; investigación de las malas prácticas; análisis y reparación de cualquier mala práctica subyacente.

[1232] Analizando en profundidad este texto, SANTANA VEGA, D. M., "El delito corporativo de incumplimiento en la prevención de sobornos (Bribery Act 2010)", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015, núm. 17-15, págs. 1-32. Igualmente, vid. ROSE, C., "The UK Bribery Act 2010 and accompanying guidance: belated implementation of the oecd anti-bribery convention", *The International and Comparative Law Quarterly, 61*(2), 2012, págs. 485-499.

[1233] De hecho, la Guía cumple el mandato establecido en la sección 9 de la Ley, que requiere que el secretario de Estado publique una guía sobre los procedimientos que las organizaciones comerciales pueden implementar para evitar que las personas asociadas con ellas sobornen. Los seis principios son: procedimientos proporcionados; compromiso de alto nivel; evaluación de riesgos; debida diligencia; comunicación (incluida la formación); seguimiento y revisión.

elaboró el *Operational Handbook Evaluating a Compliance Programme*[1234] que igualmente parte, sin demasiada profundidad adicional, de los seis principios de *The Bribery Act 2010.*

En Francia, siguiendo el mandato establecido en el artículo 3.2 de *LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique,* se elaboraron por la Agencia Francesa Anticorrupción (AFA) las *Guidelines to help private and public sector entities prevent and detect corruption, influence peddling, extortion by public officials, unlawful taking of interest, misappropriation of public funds and favouritism*[1235] de 2017. El texto desarrolla los elementos que, según el artículo 18 de la conocida como Ley Sapin 2, deben contener los programas de cumplimiento normativo: (i) un código de conducta que defina los diferentes tipos de comportamiento prohibidos como susceptibles de constituir actos de corrupción o tráfico de influencia; (ii) un sistema de alerta interna diseñado para recopilar informes de los empleados relacionados con la existencia de conductas o situaciones contrarias al código de conducta de la corporación; (iii) un mapeo de riesgos en forma de documentación actualizada periódicamente para identificar, analizar y priorizar los riesgos de exposición de la corporación a solicitudes externas de corrupción; (iv) procedimientos para evaluar la situación de los clientes, proveedores e intermediarios en la cartografía de riesgos; (v) procedimientos contables, tanto internos como externos, para garantizar que los libros, registros y cuentas no se utilicen para ocultar actos de corrupción o tráfico de influencias; (vi) un sistema de capacitación para ejecutivos y personal con mayor riesgo de corrupción e influencia; y (vii) un régimen disciplinario para castigar a los empleados de la corporación por violaciones del código de conducta de la corporación. Si bien la Guía francesa no tiene carácter normativo, desarrolla con detalle los aspectos que deben componer el programa de *compliance*[1236].

Merece mención también la Guía Práctica *Buenas Prácticas de Investigación Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* de Chile. Aunque su objetivo principal es facilitar a los fiscales

[1234] *SFO Operational Handbook Evaluating a Compliance Programme*.
[1235] Desde ahora, *French Anti-Corruption Agency guidelines.* Sobre la lucha contra la corrupción en Francia, y las consecuencias de la Ley SAPIN II, vid. FERRARI, M., "Compliance law in the french context: new horizons for legislative policy", *International Comparative Jurisprudence, 5*(1), 2019, págs. 72-80.
[1236] Por ejemplo, respecto a lo que denomina "*procedimientos de control contable para prevenir y detectar la corrupción*", la Guía formula y contesta las siguientes cuestiones: 1. ¿Qué son los procedimientos de control contable?; 2. ¿Para qué sirven los controles contables?; 3. Relación entre controles contables y auditorías; 4. Cómo se realizan los controles contables (dividido a su vez en 4.1 Control de primer nivel, 4.2 Control de segundo nivel, 4.3 Control de tercer nivel); 5. Qué implican los controles contables.

de ese país pautas claras sobre cómo deben orientar las indagaciones seguidas frente a personas jurídicas, sugiriendo incluso las diligencias más relevantes que pueden instar, su aptdo. 6 compila lo que denomina "*Incumplimiento de las obligaciones de dirección y supervisión"*[1237], fijando los criterios para evaluar modelos de prevención penal[1238]. Esta evaluación, según la Guía chilena, se centra en cinco aspectos: análisis del encargado de prevención designado por la empresa; determinación y ponderación de riesgos que haya efectuado la entidad; medidas preventivas (de control de riesgos), que se hayan instaurado en la empresa; medidas reactivas; y cultura general de cumplimiento.

En respuestas doctrinales, sobresale el test del debido control elaborado por NIETO MARTÍN[1239]. Aunque con un contenido más amplio que el mero análisis de la idoneidad y eficacia de los modelos de prevención penal – en la práctica, sirve también para determinar la concurrencia del defecto organizativo –, el autor detalla las distintas fases de la evaluación de los modelos de prevención penal o, mejor dicho, de las medidas y controles que emanan de los mismos.

Por lo tanto, compilando las propuestas de los países de nuestro entorno, los textos normalizadores y la doctrina más autorizada, trataré de fijar los principales elementos sobre los que deberá pivotar el examen de los modelos de prevención penal, siempre desde la perspectiva procesal que implica, lógicamente, la supuesta comisión de un delito en el seno de la entidad. De este modo, nos adentraríamos a continuación en la *última* incógnita a despejar en el enjuiciamiento de una persona jurídica.

8.3.2 Fase 1. Diseño del modelo de prevención penal.

Durante este primer hito de la valoración del modelo de prevención penal, se analizará su idoneidad *ex ante*, examinando si, atendiendo al contexto organizativo de la entidad, el modelo de prevención

[1237] Págs. 18-37.
[1238] Concretamente, señala en la pág.18: "*El primer objetivo es determinar si una empresa ha diseñado e implementado un modelo, pues, como se anticipó, la investigación tendrá distintos objetivos en uno y en otro caso. La ausencia de todo modelo podría constituirse en un potente antecedente del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión. La presencia de un modelo exigirá, en cambio, que la investigación se oriente a determinar si éste es eficaz y ha sido implementado de manera efectiva".* Diseño, implementación y eficacia son los tres elementos sobre los que pivota la evaluación, coincidiendo así con lo establecido por la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs.*
[1239] NIETO MARTÍN, A., "Cumplimiento normativo, criminología y… ob. cit. págs. 84-89.

contiene las medidas de vigilancia y control precisas para prevenir delitos, según la *lex artis* del sector en que se ubique.

Un excelente punto de partida, que permite obtener una *cifra exacta* sobre el estado (al menos, *sobre el papel*) del cumplimiento normativo en la persona jurídica evaluada será el empleo del cuestionario de diagnóstico contenido en la Guía práctica de autodiagnóstico y *reporting* en cumplimiento normativo de Transparencia Internacional, que compila ochenta y cinco indicadores[1240] de cumplimiento normativo, y otros treinta y dos en relación con los programas de corrupción. En atención a las puntuaciones que arroja cada indicador, se obtiene un sumatorio final que, en virtud de lo establecido en la Guía, permite ubicar a la entidad en un nivel de *compliance* moderado, medio o máximo[1241].

La aportación de las periciales de *compliance* cuyo objeto sea *tasar* la corrección del diseño del modelo de prevención penal puede tener dos fuentes: mediante su certificación conforme a lo señalado por la NORMA UNE 19601; y la designación por el propio juzgado de un perito que, ya en el seno del proceso (la certificación conforme a la NORMA UNE 19601 probablemente sea anterior a su incoación), determine si el programa de *compliance* está adecuadamente proyectado.

8.3.2.1 Participación del órgano de administración en el diseño.

El primer elemento objeto de análisis, y que impregna al resto de hitos que trataré, es la participación del órgano de administración en la adopción y ejecución del modelo de organización y gestión penal. Se trata, según he referido, de una exigencia expresamente establecida en la condición 1ª del aptdo. 2 del artículo 31 bis CP, de tal forma que el alumbramiento del programa de *compliance* tiene que percibirse por un tercero ajeno a la sociedad como un acto *del* órgano de

[1240] La Guía tiene tres tipos de indicadores: imperativos, es decir, que provienen directamente de fuentes normativas vinculantes (por ejemplo, la Guía pregunta ¿Su compañía cuenta con un diagnóstico detallado de todos los riesgos reales o potenciales en cumplimiento normativo?); los voluntarios, que provienen de fuentes *soft law* (por ejemplo, con origen en el NORMA UNE 19601, la Guía pregunta: ¿Para la determinación de sus riesgos ex ante, su empresa realiza las entrevistas también a proveedores, distribuidores, agentes clientes y otras terceras partes?); y, finalmente, los recomendados, que provienen directamente de documentos y recomendaciones elaboradas por Transparencia Internacional (por ejemplo, la Guía pregunta: ¿Su sociedad cuenta con un cuestionario concreto y especializado para la elaboración de un mapa de riesgos para cada una de las terceras partes?).

[1241] Verbi gracia, el nivel máximo se obtendrá se si obtiene el cumplimiento del 100% de los indicadores imperativos con una puntuación mínima de 25 puntos, el 80% de los indicadores voluntarios con una puntuación mínima de 13.5 puntos, y el 60% de los recomendados con una puntuación mínima de 19 puntos.

administración[1242]. También los principales textos relativos a la prevención de ilícitos o la elaboración de programas de cumplimiento califican la intervención del órgano de administración como un requisito capital[1243].

Como es obvio, para que resulte posible hablar de un modelo de prevención penal bien proyectado no basta la "simple" participación de los directivos, sino que la misma debe ir correctamente dirigida, lo que se concreta en las siguientes cuestiones:

i. Intervención *visible* del órgano de administración en la elaboración del modelo de prevención penal, que denote inequívocamente la tolerancia cero de la entidad hacia conductas criminales. Además, tiene que constar por su parte un pronunciamiento expreso y escrito en ese sentido que, como indicaba en el aptdo. 3.2.3 de este trabajo, normalmente se contendrá en la política de *compliance*.

ii. Participación en la determinación del mapa de riesgos. Su singular perspectiva de la entidad, al situarse en la cúspide organizativa, y su condición de máximo conocedor del negocio corporativo, coloca al órgano de administración como el mejor posicionado para la determinación de los peligros penales intrínsecos a la actividad[1244].

iii. Elaboración de los reglamentos internos que le permitan arrogarse la toma de decisiones empresariales cuando tengan riesgo penal[1245]. De esta manera, la fijación de los protocolos

[1242] No basta, pues, la práctica extendida de que el órgano de administración delegue en un sujeto de la organización, en bloque, la elaboración del modelo de prevención penal, sin que ello signifique, lógicamente, que todo deba ser realizado por el órgano rector de la sociedad.

[1243] La *Bribery act 2010* destaca lo que denomina "*compromiso al más alto nivel*", y que por lo tanto se traslada igualmente a la *Bribery Act 2010 Guidance* (págs. 23-24) y al *SFO Operational Handbook Evaluating a Compliance Programme* (pág. 6); la *French Anti-Corruption Agency guidelines* (págs. 6-9), lo denomina "*Compromiso de la alta dirección para prevenir y detectar la corrupción*."; la NORMA UNE 19601, refiere el "liderazgo", al que le dedica el capítulo 5; la Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia de la CNMC, destaca la importancia de la implicación de los directivos bajo la rúbrica "Implicación de los órganos de administración y/o los principales directivos de la empresa" (pags. 8-9); y, por su parte, la Circular 1/2016 de la FGE, dentro del aptdo. 5.6 referido a la valoración de la eficacia de los modelos de organización y gestión (pág. 27), subraya que "*cualquier programa eficaz depende del inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección de la compañía*".

[1244] La intervención del órgano de gobierno en este aspecto viene referida, entre otros textos, por el *SFO Operational Handbook Evaluating a Compliance Programme*.

[1245] La *Bribery Act 2010 Guidance* se refiere también a este aspecto como indicio de la implicación del órgano de gobierno en la prevención de riesgos, señalando en el aptdo. 2.6 que debe participar en la toma de decisiones críticas y de alto perfil, cuando corresponda.

de formación de la voluntad societaria a los que se refiere el requisito segundo del aptdo. 5 del artículo 31 bis CP, debe emanar, precisamente, de quien tiene que emplearlos.

iv. Inserción de los controles transversales y específicos fijados para evitar conductas delictivas dentro de los procedimientos y procesos de la entidad. La ubicación del órgano de administración le permite coordinar con eficacia a los distintos departamentos que deben participar para asegurar la correcta prevención y detección de ilícitos.

v. Determinación del concreto perfil del *compliance officer*. Es responsabilidad del órgano de administración establecer con claridad las características técnicas y personales aptas para el desarrollo de las funciones de control. Los rectores societarios deben intervenir también en la elección del responsable de cumplimiento, como una muestra del compromiso del órgano de administración con el diseño e implantación del modelo[1246]. Un perfil poco preparado, o sin la *auctoritas* suficiente, puede denotar la voluntad societaria de establecer una persona fácilmente sorteable[1247]. Nótese, en este sentido, que un órgano de *compliance* que *ab initio* no sea apto para cumplir su función, provocaría desde su mismo nombramiento que la persona jurídica no pueda lograr la exoneración de responsabilidad pues muy probablemente el delito base haya sido posible por un ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control del *compliance officer*.

8.3.2.2 Previsibilidad del ilícito objeto de enjuiciamiento.

Atendiendo al concreto delito base objeto del proceso, se debe analizar si el mismo había sido contemplado dentro del mapa de riesgos de la entidad[1248] y, en caso negativo, si era previsible[1249].

[1246] De ahí que la NORMA UNE 19601, dentro de las funciones del órgano de gobierno (5.1.1.f), señale la obligación de establecer un órgano de *compliance* penal, dotado de poder autónomos de iniciativa y control, con el fin de que pueda desarrollar eficazmente su labor.

[1247] A este aspecto se refiere indirectamente el *SFO Operational Handbook Evaluating a Compliance Programme* (pág. 6), indicando entre las obligaciones del órgano de gobierno la selección y capacitación de altos directivos para dirigir el trabajo contra la corrupción.

[1248] Correlativamente (recuerdo) la previsión en el mapa de riesgos debe conllevar que el código ético de la entidad contenga una norma de conducta cuyo seguimiento hubiera permitido evitar o dificultar el ilícito.

[1249] El concepto previsibilidad en el ámbito penal suscita severos problemas de imputación objetiva. Para MIR PUIG, S., "Significado y alance de la imputación objetiva en Derecho Penal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº. 5, 2003, pág. 7, es correcto que se excluya la imputación objetiva tanto cuando no hay riesgo relevante como en los supuestos de riesgo permitido, si bien reconoce el autor que "*En realidad, casi todo lo que*

De esta forma, como subraya NIETO MARTÍN "*una empresa puede no tener controles para la prevención de un determinado delito cuando esta decisión es consecuencia de un análisis de riesgos correcto. En este caso la empresa carecerá de responsabilidad, pues su infracción no será previsible"*[1250].

Para la determinación del riesgo propio de la actividad empresarial, ya durante el curso de un proceso penal, es necesario examinar el negocio de la corporación desde una visión comercial, *desandando* el procedimiento mediante el cual la entidad ha identificado, evaluado y definido su perfil de peligro. En resumen, se debe valorar el acierto de los motivos por los que "*la empresa eligió implementar el programa de compliance de la manera en que lo hizo, por qué y cómo el programa de compliance de la empresa evolucionó en el tiempo"*[1251].

Como exige el requisito 6º del aptdo. 5 del artículo 31 bis CP, y resaltan también otros textos[1252], el análisis de los riesgos no es una foto fija, de tal forma que la evaluación tendrá que pronunciarse igualmente sobre si por el de contexto de la entidad, o por sus propias particularidades[1253], debió actualizarse el mapa de riesgos inicial para contemplar el delito enjuiciado. La ausencia de renovación cuando existían motivos fundados para efectuarla deberá ser tildada, sin duda, de defecto de diseño del *compliance program*, privándole así de eficacia exoneradora.

Partiendo de las anteriores generalidades, deben chequearse los siguientes aspectos[1254]:

---

consideramos producto casual de una conducta humana ha sucedido ya en casos anteriores de forma más o menos parecida, por lo que podríamos prever que volviera a ocurrir. Otra cosa es que partamos de que el Derecho Penal no debe extender la grave calificación de injusto penal a conductas que incluso una persona prudente y respetuosa del Derecho no dejaría de realizar por una remota posibilidad de que resultasen lesivas".

[1250] NIETO MARTÍN, A., "Cumplimiento normativo, criminología y… ob. cit. pág. 85.

[1251] *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* (pág. 2)

[1252] *Bribery Act 2010 Guidance* (pág. 26); UNE 19601 (aptdo. 6.2.4); *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* (pág. 4), *French Anti-Corruption Agency guidelines* (pág. 14); y la Guía Práctica *Buenas Prácticas de Investigación Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* de la Fiscalía chilena (pág. 29)

[1253] Según la NORMA UNE 19601, se debe producir la reevaluación del riego penal (aptdo. 6.2.4): de forma regular, según una frecuencia establecida por la entidad; cuando se produzcan cambios significativos de la estructura o de la actividad desarrollada; en supuestos de incumplimientos relacionados con el *compliance* penal; y cuando aparezca jurisprudencia o se produzcan cambios legislativos relevantes. Por su parte, la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* (pág. 4), destaca la importancia de lo que denomina "lecciones aprendidas", extraíbles de los incumplimientos que hayan sufrido empresas pertenecientes al mismo sector de actividad, o ubicadas en la misma zona geográfica.

[1254] En este aptdo., me baso sustancialmente en lo establecido por el aptdo. I.A de la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* (págs. 3-4).

i. Metodología seguida por la persona jurídica para la evaluación de sus riesgos penales.

ii. Información o métricas empleadas por la entidad para realizar la evaluación de riesgos.

iii. Influencia de la información recabada sobre los riesgos penales previsibles en el modelo de prevención finalmente diseñado.

iv. Adecuación de los recursos financieros empleados a los riesgos detectados. Desde este prisma, la asignación debe ser superior en los ilícitos con mayor probabilidad e impacto.

v. Actualización periódica del mapa de riesgos. En relación con este punto, se analizará la información empleada para la actualización, y si la misma ha provocado cambios en los procesos y procedimientos internos de la entidad.

8.3.2.3 Procesos y procedimientos para el tratamiento de los riesgos penales detectados.

La siguiente etapa del análisis se encaminará a juzgar si, atendiendo al riesgo penal que se ha producido, y a su previsibilidad, se han establecido procesos[1255] y procedimientos[1256] internos en la entidad destinados a la eliminación o minoración de peligros de similar naturaleza (artículo 31.bis.2. 2ª CP). Se trata aquí de examinar la idoneidad de las medidas establecidas, atendiendo las reglas técnicas del sector.

[1255] Los procesos se definen según la NORMA UNE 19601 (aptdo. 3.26) como "*conjunto de actividades interrelacionadas o que interactúan, que transforman elementos de entrada en elementos de salida*". Un ejemplo, fuertemente ligado al *compliance* penal, sería la contratación de proveedores.

[1256] Los procedimientos se conceptúan por la NORME UNE 19601 (aptdo. 3.25) como "*forma específica de llevar a cabo una actividad o proceso*." La *Bribery Act 2010 Guidance* también define los procedimientos, señalando (aptdo. 1.1, pág. 21) que el término se aplica tanto a las políticas que prohíben el soborno como a las medidas puestas en marcha para aplicarlas. Utilizando el ejemplo de la anterior nota al pie, en relación con el proceso de contratación de proveedores, la entidad debe contar con un procedimiento pautado para asegurar que los proveedores contratados, además de la calidad – precio de sus productos, tengan una adecuada cultura de cumplimiento de la legalidad. Normalmente, la verificación previa de estos aspectos, integrando al proveedor dentro del listado de los habituales de la entidad, se efectúa por un departamento distinto de que ha interesado su contratación.

Las comprobaciones realizadas en este punto deben ir destinadas, por lo tanto, a examinar si, en abstracto, los procedimientos y procesos establecidos dan contenido y confieren eficacia a las normas asumidas por la persona jurídica, pudiendo efectuar con este fin las siguientes verificaciones[1257]:

i. Participación de todos los departamentos afectados en el diseño de los procesos y procedimientos internos.

ii. Existencia de procesos y procedimientos internos para tratar todos los riesgos penales que se hayan identificado y, en particular, el que es objeto del litigio.

iii. Comunicación a los empleados de los procedimientos establecidos para minorar riesgos, de un modo que les resulte comprensible.

iv. Integración de los procedimientos y procesos en la operativa diaria de la sociedad[1258]. Para facilitar este aspecto, la Guía Práctica *Buenas Prácticas de Investigación de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* chilena[1259], o la *French Anti-Corruption Agency guidelines*[1260], recomiendan incluir las obligaciones derivadas del *compliance* en los contratos de trabajo de los sujetos afectados.

8.3.2.4 Controles establecidos, y su eficacia *ex ante*.

El objetivo último de la implantación de un modelo de prevención penal – la minoración o eliminación de los riesgos penales detectados – no se colma con la fijación de procedimientos y procesos internos, sino que resulta preciso, adicionalmente, implementar controles eficaces[1261]

[1257] Aptdo. I.B de la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* (págs. 4-5).
[1258] En este sentido, la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs*, en el aptdo. I, señala la importancia de que existan "*políticas y procedimientos – desde la asignación adecuada de responsabilidades, a programas de capacitación, hasta sistemas de incentivos y disciplina – que garanticen que el programa de compliance está bien integrado en las operaciones y fuerza laboral de la empresa*".
[1259] Pág. 33.
[1260] Pág. 9.
[1261] Así lo exige la NORMA UNE 19601 (aptdo. 8.1) y la Guía Práctica *Buenas Prácticas de Investigación Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* de la Fiscalía chilena (pág. 32). El propio CP, en la condición 2ª del aptdo. 2 del artículo 31 bis, distingue las medidas de los controles, sin que lógicamente se empleen como sinónimos.

mediante los que verificar su efectivo seguimiento. Atendiendo a su alcance, y en línea con lo señalado por NIETO MARTÍN[1262], se puede diferenciar entre controles transversales y específicos que, además, se distinguen también por las consecuencias de su incumplimiento: así, como apunta el autor, tienen mayor gravedad las fallas en los transversales, que denotarían un problema sistémico del programa de *compliance*. En cambio, si la grieta se manifiesta en un control específico, ello "*muestra un fallo de ejecución del programa o en el diseño de un aspecto en concreto"*[1263] lo que implicaría, dice, "*un menor defecto de organización"*.

a) Controles transversales.

Según NIETO MARTÍN, este tipo de controles no se deben analizar (*aún*, añado) atendiendo a las circunstancias que han coadyuvado en la comisión del concreto delito enjuiciado. De lo que se trata aquí es de comprobar si en la entidad se ha creado lo que se denomina entorno de control[1264].

Los controles que analizaré en esta letra a), a diferencia de lo que sucede con los específicos, objeto de la letra b), casi podrían ser comunes a cualquier entidad, con independencia de su concreto contexto organizativo.

La NORMA UNE 19601 (en ella me basaré principalmente en este punto) los clasifica en financieros y no financieros[1265].

[1262] NIETO MARTÍN, A., "Cumplimiento normativo, criminología y… ob. cit. págs. 86-88.
[1263] NIETO MARTÍN, A., "Cumplimiento normativo, criminología y… ob. cit. pág. 87.
[1264] Para NIETO MARTÍN, A., "Cumplimiento normativo, criminología y… ob. cit. pág. 86, en esta fase se debe "*comprobar si desde la dirección de la empresa han hecho esfuerzos serios y de manera continuada por crear una cultura de la legalidad y establecer controles apropiados y no tanto por ver qué ha pasado en el caso concreto*". En este sentido, la acreditación de la existencia de una pauta de control genera una presunción positiva en favor de la entidad pues, como recuerda la regla 406 de las *Federal Rules of Evidence* de los Estados Unidos, de ello se podrá deducir que en el supuesto enjuiciado también se siguió ese comportamiento acorde a la legalidad.
[1265] Cabe recordar que, como señalaba en el aptdo. 2.4.3.2.c) iii, la exigencia contenida en el requisito 3º del aptdo. 5 del artículo 31 bis CP supone una doble vertiente: la necesidad de que la persona jurídica destine recursos presupuestarios a la implantación y mantenimiento del programa de cumplimiento; y por otro lado al control de los recursos – ingresos y gastos – como medio para evitar conductas punibles. Los controles financieros que aquí indicaré inciden en el cumplimiento de este segundo aspecto.

Los financieros, dice la NORMA UNE 19601[1266] , son aquellos destinados a controlar los recursos económicos de la entidad. La NORMA UNE – ISO 37001 emplea una definición similar[1267] si bien, en el ANEXO A, profundiza en su caracterización, señalando que "*se refieren a los sistemas de gestión y procesos que implementa la organización para gestionar sus transacciones financieras correctamente y para registrar estas transacciones con precisión, de forma completa y de manera oportuna"*[1268]. La NORMA UNE – ISO 37001 señala en el citado ANEXO A los controles financieros más extendidos en la *praxis* empresarial[1269], por lo que la evaluación del modelo de prevención penal que se efectúe debe verificar si la persona jurídica cuenta con mecanismos como los siguientes, o análogos:

i. Separación de funciones en la aprobación y ejecución de los pagos, de tal manera que la misma persona no pueda iniciar y admitir un abono.

ii. Implementación de niveles de ascenso hacia un cargo con autoridad apropiada para la aprobación de pagos (para que las transacciones de mayor importe requieran la aprobación de la dirección al más alto nivel).

iii. Verificación de que el beneficiario de la designación y el trabajo o los servicios llevados a cabo ha sido aprobado por los mecanismos internos de la entidad.

iv. Doble firma para efectuar las aprobaciones de pagos.

v. Acompañamiento de la documentación acreditativa del servicio o producto recibido junto con las aprobaciones de pago.

[1266] Aptdo. 8.3.
[1267] Aptdo. 8.3. Por referir definiciones de otros textos, la *French Anti-Corruption Agency guidelines* (pág. 26), señalan que "*El control contable implica un conjunto de procedimientos permanentes, estructurados y documentados, establecidos por el equipo de alta dirección, para monitorear cómo una organización procesa su información financiera y para garantizar una administración financiera y de activos adecuada*".
[1268] Aptdo. A.11.
[1269] Las normas de referencia para la realización de controles financieros son las emanadas del *Committee of Sponsoring Organizations* (COSO).

vi. Restricción a supuestos tasados del uso de dinero en efectivo y la implementación de métodos de control de caja eficaces.

vii. Verificación de que las categorizaciones de pago y las descripciones en las cuentas sean claras y precisas.

viii. Revisión periódica de la gestión de las transacciones financieras de mayor importancia cuantitativa.

ix. Implementación de auditorías financieras independientes, modificando periódicamente a la mercantil encargada de su elaboración.

La *French Anti-Corruption Agency guidelines* apunta[1270] que para el correcto desenvolvimiento de los controles financieros de carácter interno (quedan fuera, por lo tanto, las auditorías externas indicadas en el anterior punto ix) deben organizarse las ya referidas "tres líneas de defensa": en el primer nivel, estarían las personas encargadas de efectuar los asientos diarios, y que deberán comprobar que los gastos e ingresos de la entidad estén sustentados en la correspondiente documentación soporte; en el segundo nivel, se verifica el correcto funcionamiento de la primera línea, mediante la realización de muestreos que determinen la "calidad" del sistema de contabilidad de la persona jurídica, originando con ello los correspondientes informes que determinen irregularidades y vías de mejora; y el tercer nivel, conocido como de auditoría interna, se centrará en chequear si los procedimientos de control contable están debidamente gobernados y cuentan con los recursos adecuados, en cómo se diseñan los controles realizados en el primer y segundo nivel y si se aplican correctamente, así como si los controles contables tienen en consideración el riesgo de corrupción.

Los controles no financieros se centran, según la NORMA UNE 19601[1271], en "*las compras, las operaciones, la comercialización y otros procesos*". Igual que sucediera con los financieros, la

[1270] Pág. 27-29.
[1271] Aptdo. 8.4

NORMA UNE – ISO 37001 trata estos controles más exhaustivamente, definiéndolos[1272] como "*los procesos que implementa la organización para ayudar a asegurar que los aspectos comerciales, los relativos a las compras, operaciones y otros aspectos no financieros, relacionados con sus actividades, se gestionan de forma apropiada*." Algunos de los controles no financieros más habituales[1273] extraíbles de la ISO 37301[1274], la NORMA UNE – ISO 37001[1275], y la práctica empresarial común, serían:

i. Uso de contratistas, subcontratistas, proveedores y consultores sometidos a un proceso de aprobación que haya seguido las exigencias de la diligencia debida.

ii. Evaluación de la necesidad y la legitimidad de que los servicios externos sean suministrados por un socio de negocios de la entidad, comprobación de su correcta ejecución, y verificación de la razonabilidad y proporcionalidad de los pagos atendiendo a los servicios realizados[1276].

iii. Adjudicación de contratos de los que sea destinataria la sociedad tras procesos justos y transparentes de licitación competitiva, en los que hayan participado, al menos, tres competidores.

[1272] Aptdo. A.12
[1273] Muchos de los elementos que iré indicando como objeto de análisis para la evaluación del modelo de prevención penal tienen también la consideración de control no financiero, como el canal de denuncias o la formación a los empleados.
[1274] Principalmente señalados entre los ejemplos contenidos en el aptdo. 8.2 "Establecimiento de controles y procedimientos".
[1275] Aptdo. A.11.
[1276] Como señala el aptdo. A.11.b.3 "*Esto es particularmente importante para evitar así el riesgo de que el socio de negocios utilice parte del pago realizado por la organización para pagar un soborno en nombre de o en beneficio de la organización. Por ejemplo, si un agente ha sido designado por la organización para ayudar a las ventas y se le va a pagar una comisión o un honorario contingente por la adjudicación de un contrato a la organización, la organización necesita estar razonablemente segura de que el pago de la comisión es razonable y proporcional al servicio legítimo que realmente llevo a cabo el agente, tomando en cuenta el riesgo que asume el agente en caso de que no se adjudique el contrato. Si se paga una comisión u honorario contingente desproporcionado, se incrementa el riesgo de que parte de él pueda utilizarse por el agente para inducir a un funcionario público o a un empleado del cliente de la organización a que adjudique el contrato a la organización. La organización también puede solicitar que su socio de negocio entregue documentación que demuestre que los servicios han sido suministrados*".

iv. Exigencia de firma mancomunada en la realización de actos u operaciones en nombre de la sociedad que tengan cierta envergadura cuantitativa o cualitativa, atendiendo al contexto organizativo[1277].

v. Segregación de roles y responsabilidades incompatibles. Por ejemplo, el solicitante de un servicio externo no debe ser la misma persona que decida a quién se adjudica su ejecución, o la oferta de prestación de servicios a un cliente no debe ser realizada por la persona que tuvo el trato comercial directo con el mismo.

vi. Supervisión por parte del más alto nivel de la dirección de las transacciones y decisiones que potencialmente tiene un riesgo penal alto.

vii. Implantación de protocolos de uso de herramientas informáticas, que suelen ir ligados a advertencias expresas a los empleados para eliminar la expectativa de privacidad sobre los medios tecnológicos facilitados por la empresa.

viii. Cumplimiento de la normativa de protección de datos.

ix. Restricción informática al acceso a determinados archivos.

x. Trazabilidad/registro de acceso a los diferentes elementos del sistema informático interno de la entidad.

xi. Cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

xii. Cláusulas de confidencialidad en los contratos con trabajadores y socios de negocio, que protegen el secreto empresarial propio y ajeno.

b) Controles específicos.

[1277] De este modo, puede que en una PYME el umbral se sitúe en torno a los 10.000 euros, pero ese importe, en una empresa multinacional, haría poco operativo el funcionamiento diario.

Comprobada la existencia de controles transversales, la siguiente etapa se deberá centrar en discernir si la persona jurídica ha incluido en su modelo de prevención penal controles específicos destinados a evitar ilícitos como el enjuiciado, o de similar naturaleza. La evaluación de este aspecto, siguiendo a NIETO MARTÍN dependerá en buena medida de los estándares del sector en que la entidad desarrolle su actividad, y de los relacionados con el propio ilícito[1278].

La determinación de los controles específicos exigibles en relación a cada delito, y atendiendo al campo de actividad de la entidad es, en mi opinión, uno de los principales talones de Aquiles de los *compliance programs* y, consiguientemente, será el aspecto más tenebroso en su evaluación.

En este sentido, la existencia de ilícitos comisibles por las personas jurídicas respecto a los que no está fijado, normativamente o mediante estándares sectoriales, cuáles son "*medidas de vigilancia y control idóneas"*[1279] y su grado de efectividad exigible, lleva a GALÁN MUÑOZ[1280] a hablar de "*sombras"* del sistema de *compliance* penal, pues como indica «*El problema entonces, una vez constatada la comisión del delito y que, por tanto, la medida establecida no lo había conseguido evitar, está en concretar qué grado de efectividad preventiva cumpliría con dicha exigencia. Es decir, está en determinar qué grado de eficacia preventiva debería haber tenido la medida implantada para que se pudiese considerar que redujo "significativamente" el riesgo de realización del delito cometido y, consecuentemente, había de determinar que la persona jurídica ya no pudiese responder por él*.» Tras aseverar GALÁN MUÑOZ que el cumplimiento de los parámetros normativos (pone de ejemplo concretamente las normas sobre la prevención del blanqueo) tiene que ser considerado cuando menos como una reducción significativa del riesgo, apunta con acierto que el anterior ejemplo "*no puede ocultar que también hay multitud de riesgos*

[1278] NIETO MARTÍN, A., "Cumplimiento normativo, criminología y… ob. cit. pág. 87, se refiere el autor a los "*Estándares y certificación: El cumplimiento normativo es una materia que paulatinamente se está estandarizando, tanto en lo que se refiere a su estructura general, como a las medidas específicas de control de cada delito. Incluso por sector de actividad, en materias como la corrupción, están apareciendo propuestas de medidas específicas de control. Muchos estándares llevan acompañados mecanismos de certificación, que tal como después se verá pueden tener cierto valor procesal, aunque no lógicamente llegar a constituir una presunción irrefutable de la idoneidad del sistema*". Serviría de ejemplo a lo señalado por el autor la Guía práctica de autodiagnóstico y *reporting* en cumplimiento normativo, buen gobierno corporativo y prevención de la corrupción elaborada por Transparencia Internacional, o la NORMA UNE-ISO 37001.

[1279] Inciso de la condición 1ª del aptdo. 2 del artículo 31 bis CP.

[1280] GALÁN MUÑOZ, A. "Compliance penal ante la corrupción: luces y sombras" en MATALLÍN EVANGELIO, A. (Dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, págs. 55-90, pág. 77.

de posibles delitos – entre los cuales se encuentran muchos de los riesgos de corrupción – que no tiene unos referentes tan claros y seguros a la hora de establecer el nivel de eficacia preventiva que nuestro ordenamiento exige que tengan las medidas implantadas en el seno de una persona jurídica para que se pueda entender que, al aplicarlas y mantenerlas, la entidad cumpliría con el deber preventivo que correspondía al colectivo que la integraba, con lo que su actividad estaría dentro del ámbito de lo generalmente permitido y, por tanto, ya no podría generarle ninguna responsabilidad penal por los delitos que sus dirigentes y sus subordinados pudiesen llegar a cometer. La incertidumbre e inseguridad a la que se enfrentan las entidades a la hora de decidir qué medidas establecer, en estos casos, es, por tanto, enorme"[1281].

En efecto, tomando como ejemplo el primer delito (*por orden de aparición* en el CP), atribuible a las personas jurídicas – el tráfico ilegal de órganos, previsto y penado en el artículo 156 bis – la pregunta inmediata que surgirá desde la misma instrucción será si la entidad, probablemente relacionada directa o indirectamente con el sector sanitario, ha adoptado todas las cautelas que de acuerdo a la normativa sectorial y la *lex artis ad hoc* en trasplante de órganos son exigibles desde el baremo de la diligencia debida.

En este tipo de supuestos tan complejos, es utópico pensar que, con una formación puramente jurídica, y sin el auxilio de peritos que puedan introducir en el proceso las máximas de experiencia sobre la disciplina, un tribunal pueda discernir si la entidad ha hecho *todo lo que estaba en su mano* o, por el contrario, ha incurrido en un defecto estructural que ha culminado con el delito presupuesto. No obstante, dada la *ultraespecialización* que será precisa en algunos ilícitos (el trasplante de órganos sirve de ilustrativo ejemplo), probablemente los profesionales mejor preparados para la elaboración de este tipo de pericias estén ligados de algún modo a determinadas academias, instituciones o corporaciones[1282] dedicadas a la materia, lo que daría cabida a las denominadas periciales corporativas, institucionales o académicas, previstas en el artículo 340.2 LEC, a las que dedicaré un epígrafe del capítulo 9 de esta tesis.

[1281] GALÁN MUÑOZ, A. "Compliance penal ante la corrupción… ob. cit. págs. 77-78.
[1282] Siguiendo con el ejemplo, respecto al delito de tráfico ilegal de órganos se podría contar con el auxilio de la Organización Nacional de Trasplantes.

8.3.2.5 Diligencia debida.

La necesaria adopción de procedimientos de diligencia debida es también una exigencia común en todos los textos relativos a la elaboración y evaluación de los modelos de prevención penal[1283]. Casi calcando la caracterización incluida en la *French Anti-Corruption Agency guidelines*[1284] este tipo de procesos tienen por fin la obtención de información y documentación exhaustiva de un tercero con el objeto de evaluar el riesgo penal que supone para la persona jurídica el inicio o continuación de relaciones contractuales con el mismo.

Los procesos de diligencia debida tienen una alta importancia en *compliance*. Como destaca la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs*[1285], los socios de negocio (*terceros*) son habitualmente empleados por las entidades para cometer ilícitos, al permitir minorar el riesgo de atribuir la conducta punible a la entidad.

Si bien las guías de otros países centran este aspecto en las relaciones de la sociedad con sujetos ajenos a la organización[1286], la NORMA UNE 19601 contiene una visión más amplia, incluyendo además la contratación del personal propio, principalmente en lo que respecta a posiciones especialmente expuestas a riesgos penales[1287]. Con esta doble proyección, la evaluación del diseño de los procesos de *due diligence* establecidos en la persona jurídica serán objeto del debate procesal cuando el delito presupuesto haya sido cometido por una tercera entidad especialmente relacionada con la persona jurídica (principalmente, socios de negocio), o cuando el ilícito sea imputable a un miembro del órgano de administración o alto directivo recién llegado a la entidad.

[1283] UNE 19601 (aptdos. 7.3.2, 8.2 y ANEXO B), *French Anti-Corruption Agency guidelines* (págs. 19-25), *Bribery Act 2010 Guidance* (principio 4 de la *Bribery Act*, págs. 27 y 28), y la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* (aptdo. I.E).

[1284] Pág. 19.

[1285] Pág. 7.

[1286] La mejor muestra es que la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* titula el epígrafe referido a este aspecto como *Third Party Management.*

[1287] La Circular 1/2016 de la FGE resalta igualmente este aspecto, señalando que (pág. 53) "*en los supuestos en los que el delito fue cometido por el sujeto en beneficio propio, con un beneficio solo indirecto para la persona jurídica, los Sres. Fiscales deberán valorar de manera especial que los modelos de organización y control de la compañía establezcan altos estándares éticos en la contratación y promoción de directivos y empleados y su aplicación en el caso concreto*".

Esos dos supuestos[1288] son precisamente los que según NIETO MARTÍN podrían provocar la exoneración de responsabilidad de la persona jurídica como consecuencia de la no exigibilidad del correcto funcionamiento del modelo de organización y gestión, operando de este modo como una especie de causa de exención "*en aquellos casos en que por diversas circunstancias a la empresa le ha sido imposible el desarrollo del programa de cumplimiento"*[1289]. Por lo tanto, si la entidad ha llevado a cabo un correcto proceso de diligencia debida para la contratación de un directivo, o para absorber a una tercera entidad, si, nada más comenzar la relación con la persona jurídica, el nuevo miembro de la organización, o la sociedad absorbida cometen un ilícito, la corporación podría quedar liberada de responsabilidad.

a) Diligencia debida con los miembros de la organización[1290] o dependientes de esta.

a.1. Diligencia debida común a todos los miembros de la organización.

Siguiendo en este punto a la NORMA UNE 19601[1291], se debe evaluar si, según lo establecido en el modelo de prevención penal:

i. Se facilita a todos los miembros de la entidad la política de *compliance* penal.

ii. Se requiere expresamente a todos los miembros que den cumplimiento a la política de *compliance*.

a.2. Diligencia debida en relación con la incorporación a posiciones especialmente expuestas.

[1288] Hay otros ejemplos que podrían determinar la no exigibilidad de medidas de control expresas, como pudiera ser un delito de malversación de caudales públicos (artículo 435 CP), cometido en el seno de la persona jurídica nada más entrar en vigor la reforma operada en virtud de la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional.
[1289] NIETO MARTÍN, A., "Cumplimiento normativo, criminología y… ob. cit. págs. 88-89.
[1290] Así la denomina el aptdo. 7.3.2 de la NORMA UNE 19601.
[1291] Aptdo. 7.3.2.1 de la NORMA UNE 19601.

En la incorporación a la persona jurídica de sujetos que, por las funciones a desempeñar, estén especialmente expuestos a riesgos penales[1292], la evaluación del diseño requerirá verificar si la entidad observa las siguientes cautelas[1293]:

i. Informar al candidato, durante la entrevista de trabajo, sobre la política de *compliance*, recabando su opinión al respecto.

ii. Verificación de la calificación del candidato.

iii. Obtención de referencias de puestos anteriores.

iv. Comprobación de que su postulación para el puesto no derive de alguna ventaja injustificada que haya otorgado previamente el candidato a la entidad[1294], o de que la oferta no tiene por fin ese tratamiento favorable en el futuro[1295].

v. Identificación de conflictos de interés del candidato por sus relaciones con la Administración o con funcionarios públicos.

a.3. Diligencia debida sobre entidades especialmente relacionadas.

Cuando la persona jurídica esté especialmente relacionada con terceras entidades (principalmente, relación matriz – filial), la NORMA UNE 19601[1296] establece las siguientes alternativas:

i. Adopción del modelo de prevención penal de la matriz por la filial o;

ii. Adopción de un modelo de prevención penal propio por la filial, pero alineado con el de la matriz.

[1292] Tienen esta consideración los miembros del órgano de administración y los altos directivos.
[1293] Aptdo. 2 del ANEXO B de la NORMA UNE 19601.
[1294] Véase el ejemplo de políticos relacionados con casos de corrupción ulteriormente contratados por entidades a las que favorecieron indebidamente durante el desempeño de su cargo público.
[1295] Por ejemplo, esto requiere especial atención en supuestos de contratación de personas relacionadas con cargos públicos.
[1296] Aptdo. 8.5.1.

b) Diligencia debida con socios de negocio.

La diligencia debida sobre socios de negocio se concreta en los siguientes aspectos:

i. Procedimientos de verificación interna de la existencia de justificación para la contratación de terceros. Debe estar acreditado que la sociedad no desarrolla ese servicio mediante sus medios propios.

ii. Evaluación sobre el riesgo penal intrínseco a la contratación con estas terceras entidades[1297], lo que se puede determinar del siguiente modo[1298]:

– envío de cuestionarios.

– búsqueda de información pública sobre el socio de negocio, principales accionistas y directivos.

– búsqueda del socio de negocio en listas de entidades sancionadas. En los supuestos en que durante este proceso se compruebe que el socio de negocio ha estado involucrado en una conducta ilícita, se deberá realizar una justificación adicional de los motivos[1299] que han provocado que, pese a ello, se haya entablado con este la relación,

[1297] Según la *French Anti-Corruption Agency guidelines* (pág. 21-23) los principales factores a tener en cuenta para la determinación del riesgo de contratar con una tercera entidad son: la titularidad de la empresa con la que se contrata (lo que en España conocemos como titularidad real, regulada en el artículo 4 de la Ley de prevención de blanqueo de capitales); riego país, siendo más peligroso contratar con entidades afincadas en países sujetos a sanciones financieras e internacionales, o en atención a estándares como los publicados por la ONG Transparencia Internacional; sector empresarial al que pertenezca la entidad contratada, pudiendo servir de guía el Índice de Fuentes de Soborno 2011, elaborado por la ONG Transparencia internacional, que ubicaba en los primeros puestos de corrupción la agricultura, industria ligera, sector aeroespacial civil, tecnología de la información, sector bancario y finanzas, y la silvicultura; preparación de la entidad contratada para desempeñar el servicio a contratar; integridad y reputación del sujeto contratado, estudiando si han sido objeto de alguna condena o sanción administrativa; verificación de la existencia de modelos de prevención implantados en la Sociedad; cooperación prestada en la determinación del riesgo; propósito de la relación, siendo por ejemplo más susceptibles de riesgo las contrataciones que tengan por objeto la participación de terceros para ayudar a la organización a obtener contratos; relación de la entidad tercera con funcionarios públicos; importancia económica de la relación; y precios establecidos como contraprestación, siendo más arriesgadas las comisiones ligadas a obtener contratos.

[1298] Aptdo. 1 del ANEXO B de la NORMA UNE 19601.

[1299] Por ejemplo, esto puede ocurrir en los supuestos en que el socio de negocio sea el único en disposición de proveer de un producto o servicio requerido para el desarrollo del objeto social de la entidad.

y los controles establecidos para asegurar que no comete ilícitos en el ejercicio de la actividad que le ha sido contratada.

– búsqueda en fuentes oficiales, judiciales, nacionales o internacionales.

– contratación de un tercero especializado.

iii. Análisis de la suficiencia de los controles implantados por los socios de negocio para la prevención de delitos en su seno.

iv. El proceso de diligencia debida se extiende igualmente, una vez iniciada la relación con el socio de negocio, a determinar si procede su continuación en el tiempo. En particular, según establece la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* [1300], la corrección o no del diseño puede deducirse de los siguientes aspectos:

– Implantación de controles para verificar que la actuación del socio de negocio es acorde con la política de *compliance* de la persona jurídica.

– Determinación de si la persona jurídica está en condiciones de examinar documentos del socio de negocio para verificar el cumplimiento de los estándares establecidos y, en caso afirmativo, si alguna vez se ha llevado a cabo tal revisión.

– Seguimiento de procesos de verificación interna para comprobar que los servicios pactados contractualmente se corresponden con los efectivamente prestados por el socio de negocio. En este sentido, resulta habitual que los pagos de conductas ilícitas vayan disfrazados en servicios de apariencia legal[1301].

[1300] Aptdo. I.E.
[1301] A este aspecto se refiere igualmente la NORMA UNE-ISO 37001, aptdo. A.11.b.2.

– Verificación de que los pagos realizados sean acordes al servicio supuestamente prestado[1302].

El proceso de diligencia debida me sirve de muestra sobre cómo se relacionan entre sí las distintas fases de la evaluación de un modelo de prevención penal. Así, la diligencia debida es, en sí misma, un procedimiento encuadrable entre los procesos y procedimientos para el tratamiento de riesgos penales, ya analizados en el aptdo. 8.3.2.3 de esta tesis, aunque por su importancia le he dedicado un punto específico. Los controles señalados en este aptdo. sobre los socios de negocio entrarían en la categoría de controles transversales y, por último, como destaca la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs*[1303], las *due diligences* deben tener ligadas acciones reales y consecuencias[1304], lo que tendría relevancia ya en la fase 3 de la evaluación del *compliance program*. Por ejemplo, si durante uno de los controles establecidos para determinar si se continúa o no la relación con un socio de negocio, se verifica una actuación riesgosa, provocando que la persona jurídica resuelva el contrato, ello denotaría la eficacia práctica del modelo de prevención penal.

8.3.2.6 Fusiones y adquisiciones.

Toda vez que, como establece el artículo 130.2 CP, la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, sino que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión, es imprescindible que con carácter previo a la formalización de estas operaciones de *M&A* se lleve a cabo un proceso de diligencia debida, de similares características al señalado en el punto previo para el inicio o continuación de relaciones con socios de negocio. Además, una vez efectuada la operación, la persona jurídica resultante debe inmediatamente

[1302] En el mismo sentido, NORMA UNE-ISO 37001, aptdo. A.11.b.3.
[1303] Pág. 8.
[1304] La *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* (pág. 8) concreta estas consecuencias prácticas en el seguimiento de las señales de alerta que se identifique, y el tratamiento que se le dé por la persona jurídica; en el mantenimiento de un registro de los terceros que no han superado los procedimientos de diligencia debida; y en el tratamiento de la situación ante incumplimientos relacionados con el *compliance* que se hayan detectado, lo que se concreta particularmente en si se han suspendido o rescindido las relaciones con este o, en caso contrario, si se ha reauditado el riesgo para establecer controles eficaces.

implantar los controles financieros y no financieros necesarios para mitigar o eliminar los riesgos penales que haya detectado durante la *due diligence*.

Según asume la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs*[1305], en los supuestos en que se haya producido un ilícito penal tras un proceso de fusión y adquisición, los aspectos del modelo de prevención penal que deberán auditarse son:

i. El proceso de diligencia debida en términos generales, determinando sus intervinientes.

ii. Comprobar si se pudo efectuar la *due diligence* antes de la formalización de la operación y, en caso contrario, los motivos que la impidieron.

iii. Participación del *compliance officer* en el procedimiento de diligencia debida.

iv. Verificación de si fueron detectadas malas prácticas durante el proceso de *due diligence*.

v. Medidas implantadas tras la operación para dar seguimiento y remediar las malas prácticas detectadas en la empresa fusionada o adquirida.

8.3.2.7 Canal de denuncias.

El canal de denuncias, como ya he referido *in extenso* en el aptdo. 3.3 del presente trabajo, es una herramienta capital para la prevención penal por lo que, consiguientemente, será evaluado[1306] tanto desde la perspectiva de su diseño, como en lo que respecta a su implantación y eficacia en la práctica corporativa diaria.

[1305] Aptdo. I.F.

[1306] Al respecto, señala la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* (pág. 6) que los fiscales deben comprobar si el proceso de tramitación de las denuncias incluye medidas proactivas para crear una atmósfera de trabajo sin temor a represalias por su interposición, así como si existen procesos apropiados para la presentación de denuncias y la protección de los denunciantes. Los fiscales también deben evaluar los procesos para la tramitación de las investigaciones de dichas denuncias y su seguimiento.

Para la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* [1307], su valoración, durante esta fase, se centrará en los siguientes elementos:

i. Comprobación de la existencia misma del canal de denuncias.

ii. Medidas tomadas por la persona jurídica para poner en conocimiento de sus miembros la existencia de un canal de denuncias.

iii. Verificación de la utilización efectiva del canal de denuncias.

iv. Análisis de los métodos empleados por la persona jurídica para decidir si inicia procedimientos de investigación a resultas de las denuncias recibidas.

v. Acceso del *compliance officer* a las investigaciones y reportes emanados del canal de denuncias.

vi. Controles establecidos por la entidad para asegurar que las investigaciones tengan el alcance necesario.

vii. Medidas adoptadas para garantizar que las investigaciones sean independientes, objetivas, adecuadamente realizadas y debidamente documentadas.

viii. Criterios internos para la determinación del sujeto encargado de liderar la investigación.

[1307] Aptdo. I.D.

8.3.3 Fase 2. Implantación efectiva del modelo de prevención penal. Dotación de recursos suficientes[1308]*.*

Un modelo de prevención penal bien diseñado puede resultar ineficaz si no se le dota de las herramientas necesarias para su implantación[1309]. Por lo tanto, esta fase se focalizará en evaluar la suficiencia de los medios humanos y materiales empleados a tal fin.

Para la verificación de este aspecto, en mi opinión, puede tener una contribución decisiva la realización de periciales estables de *compliance*, que permitan profundizar en la efectiva instauración del modelo de prevención penal. De este modo, amén de reuniones con sujetos relacionados con la organización (tarea difícilmente asumible por un instructor con abundante carga de trabajo, y sometido a plazos para ejecutarlo), el experto en *compliance* podrá guiar al juzgado en la determinación de los documentos que puede ser necesario recabar. A esta participación de los peritos dedicaré también un epígrafe en el capítulo 9.

8.3.3.1 Compromiso de la alta dirección[1310].

La implicación de los miembros de la alta y media dirección de la entidad en la implantación del *compliance program* es un indicio inequívoco: sin ese compromiso, resulta imposible que se inserte en la estructura corporativa. Del análisis de este elemento, se puede deducir si los miembros del órgano de administración han tomado medidas reales para la formación de una correcta cultura de cumplimiento y, además, es un presupuesto para que ésta impregne la actividad de los subordinados. La NORMA UNE 19601 atribuye a la alta dirección la labor de garantizar la implantación del modelo de prevención penal[1311], la integración de las exigencias del modelo de organización y gestión se integren en los procedimientos y procesos internos, y el aseguramiento de la existencia de recursos suficientes para su ejecución eficaz.

[1308] La dotación de recursos destinados al funcionamiento adecuado del *compliance program* es la segunda pregunta fundamental que realiza *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs*.
[1309] *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* (pág. 9).
[1310] Como señala la NORMA UNE 19601 (Aptdo. 3.2, en relación con el 3.22) sobre todo en las personas jurídicas con un tamaño mediano – grande, se puede distinguir entre el órgano de gobierno, que tiene la dirección y responsabilidad principal del manejo de la entidad e, inmediatamente por debajo de éstos, aparece la alta dirección, que informa y rinde cuentas al órgano de administración.
[1311] Aptdo. 5.1.3.a)

Con carácter general, la comprobación de este compromiso de los altos directivos requerirá indagar en el modo en que los mandos intermedios han participado para reforzar los estándares éticos establecidos en la entidad, y verificar cómo los altos directivos han dotado a los subordinados para alcanzarlos[1312]. La *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs*[1313] propone la comprobación de las siguientes cuestiones:

i. Acciones llevadas a cabo por la alta dirección para fomentar el cumplimiento de los requisitos de *compliance* emanados del modelo de prevención penal.

ii. Actuaciones o medidas puestas en marcha por la alta dirección para demostrar su compromiso con el *compliance*.

iii. Verificación de si la alta dirección ha tolerado o fomentado conductas riesgosas en la búsqueda de mayores ventajas económicas empresariales.

iv. Colaboración de la alta dirección con el *compliance officer*.

8.3.3.2 Recursos.

Conforme a lo establecido en el requisito 3º del aptdo. 5 del artículo 31 bis CP, se evaluará si la entidad tiene un modelo de gestión de recursos adecuado para prevenir los ilícitos contemplados en el mapa de riesgos.

Aunque el CP habla expresamente de recursos financieros, conviene traer de nuevo a colación lo señalado por la NORMA UNE 19601[1314], que añade los tecnológicos y humanos, así como el acceso a asesoramiento externo.

Respecto a la comprobación de la suficiencia de los recursos financieros, señala la Guía Práctica *Buenas Prácticas de Investigación Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* [1315] que "*Una alternativa para realizar esta determinación será recurrir a los presupuestos, si es que la empresa*

[1312] *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* (pág. 10).
[1313] Aptdo. II.A.
[1314] Aptdo. 7.1.
[1315] Pág. 23.

cuenta con ellos, o, alternativamente, reconstruir los gastos acreditables en que haya incurrido la empresa vinculados con la prevención de delitos (a vía meramente ejemplar: remuneración del equipo encargado de prevención; gastos en capacitación; gastos en diseño, implementación y certificación de un modelo; desembolsos de desplazamiento para estos fines). Además, debiera exigirse no solo la existencia real del presupuesto y de los medios materiales, sino también la ejecución presupuestaria que permita demostrar la operación real del modelo. Ese presupuesto, en un segundo momento, debe ser apreciado en relación a los dos factores que prevé la ley, a saber, el tamaño y la capacidad económica de la empresa. En términos generales, a mayor tamaño y capacidad económica de la empresa, mayor deberá ser el presupuesto destinado a la prevención de delitos".

Como ya se dijera en el capítulo 2, muy probablemente la determinación de la suficiencia de los recursos financieros destinados a la prevención requerirá de la intervención de peritos expertos en contabilidad.

8.3.3.3 Autonomía e independencia del *compliance officer*.

El siguiente hito dentro de esta segunda fase de la evaluación, centrada en la implantación del modelo, requerirá determinar si el *compliance officer* es, como exige la condición 2ª del aptdo. 2 del artículo 31 bis CP, un órgano de la entidad dotado de suficiente autonomía y control, en el sentido al que ya me he referido al ocuparme de esta figura[1316]. Es decir, como muestra de que el modelo de prevención penal ha pasado del papel a la realidad societaria, la persona jurídica deberá atestiguar que el *compliance officer* es, junto con el órgano de administración, su máxima autoridad en la prevención de riesgos penales y que, por ello, desarrolla su cometido sin sometimiento a presiones de la dirección y, a la vez, con cercanía a las actividades sociales en que se pueden materializar los riesgos[1317].

Para la comprobación se evaluarán los siguientes aspectos:

[1316] En el aptdo. 4.2.2 de esta tesis.
[1317] En palabras de la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* (pág. 11), los responsables del *compliance* deben contar con la suficiente jerarquía en la organización, recursos, y autonomía suficiente de la administración, pero, a la vez, trato directo con los rectores societarios.

i. Posición que ocupa el *compliance officer* en la estructura de la entidad[1318] (en particular, si depende de un departamento concreto, como el jurídico, o directamente del órgano de administración) y funciones que desempeña esa persona además de la de *compliance officer*. La Guía Práctica *Buenas Prácticas de Investigación Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* de la fiscalía chilena sugiere como un aspecto negativo de la valoración del *compliance officer*[1319] que desarrolle otros cometidos en la entidad diferentes a la de la prevención de los riesgos penales.

ii. Jerarquía o "peso" del *compliance officer* en la persona jurídica[1320]. Se analizarán aquí cuestiones como su nivel retributivo en comparación con otras posiciones similares, su potestad para tomar decisiones sin necesidad de contar con autorizaciones de otros miembros "similares" de la organización[1321] y, sobre todo, la relevancia que puedan tener sus opiniones en las decisiones estratégicas de la entidad que puedan tener un riesgo penal[1322] (véase, por ejemplo, la realización de una oferta de adquisición de una tercera entidad).

iii. Experiencia y *cualificación*[1323] del *compliance officer*. Se estudiará si el sujeto designado cuenta con la preparación necesaria para desempeñar el cargo y, además, los recursos facilitados por la entidad para que esos conocimientos estén constantemente actualizados.

[1318] A este aspecto se refiere la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* (pág. 11).
[1319] Pág. 22.
[1320] La *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* (pág. 11) denomina este aspecto "nivel y jerarquía".
[1321] A esto le otorga singular importancia la Guía Práctica *Buenas Prácticas de Investigación Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* de la Fiscalía chilena (pág. 22).
[1322] La Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia de la CNMC (págs. 10-11), indica que "*el responsable de cumplimiento debería poder asesorar con plena independencia en el proceso de toma de decisiones de los órganos de gobierno de la empresa en el ámbito de las cuestiones relacionadas con sus funciones*".
[1323] La *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* (pág. 12) refiere en realidad "*experiencia y calificación*".

iv. Dotación suficiente de recursos. Como una derivación de lo señalado en el aptdo. 8.3.3.2, se deberá evaluar si la persona jurídica ha dotado a la función de *compliance* de los recursos humanos y materiales necesarios para desempeñar su tarea.

v. Acceso pleno a la información corporativa[1324]. Se comprobará si el *compliance officer* ha sido investido internamente de la autoridad suficiente que le permita acceder a toda la información de la entidad necesaria para el correcto ejercicio de su cargo.

vi. Acceso del *compliance officer* al órgano de administración[1325]. Este aspecto se centrará en determinar la *cercanía* de la función de *compliance* con la dirección de la entidad, lo que permite apreciar si el órgano de cumplimiento tiene la relevancia suficiente como para reportar directamente al máximo órgano de administración. La proximidad del *compliance officer* con el órgano de administración facilita la correcta implantación de los controles pautados en el modelo de prevención penal[1326].

8.3.3.4 Formación y comunicaciones[1327].

Como exigencia común de los principales textos relativos a la elaboración o evaluación de los modelos de prevención penal[1328], la persona jurídica debe estar en condiciones de acreditar que ha

[1324] En buena medida, lo indicado en este numeral se corresponde con lo aseverado por la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* (pág. 12) en lo que denomina "recursos de información y acceso". En el mismo sentido, la Guía Práctica *Buenas Prácticas de Investigación Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* de la Fiscalía chilena señala (págs. 23-24) que "*debe contar con información indispensable que estará disponible en las otras áreas o gerencias de la empresa, siendo necesario, por ende, disponer del acceso a fuentes de información externas e internas*".

[1325] La *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* (pág. 12) denomina este aspecto "autonomía". La Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia de la CNMC indica (pág. 10): "*La facultad del responsable de cumplimiento de reportar directamente al órgano de administración cuestiones relacionadas con el seguimiento del programa de cumplimiento (por ejemplo, detección de infracciones y gestión de estas) constituye generalmente una evidencia significativa de su independencia*".

[1326] En esta línea, la Guía Práctica *Buenas Prácticas de Investigación Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* de la Fiscalía chilena (pág.25) señala "*Este acápite es gravitante para demostrar la seriedad y el efectivo funcionamiento del modelo de prevención, pues garantiza que la información y también los nuevos requerimientos de control, serán conocidos por los altos estamentos de la empresa*".

[1327] La *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs,* que denomina este aspecto "entrenamiento y comunicaciones", lo incluye dentro de la fase 1, referida al diseño.

[1328] Además de la ya referida *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs*, destacan su importancia la NORMA UNE 19601 (aptdo. 7.4), la Guía Práctica *Buenas Prácticas de Investigación Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* de la Fiscalía chilena (pág.34), la *French Anti-Corruption Agency guidelines* (pags.31-33), la *SFO Operational Handbook Evaluating a Compliance Programme* (págs. 7-8). Por su parte, la

impartido a sus miembros, y a terceros relacionados, la formación necesaria para que comprendan y actúen en plena sintonía con las normas internas establecidas.

Al efecto, se deben comprobar los siguientes aspectos:

i. Actividades formativas realizadas, que deben estar adaptadas atendiendo a las funciones desempeñadas por sus destinatarios[1329].

ii. Especificaciones de las formaciones dadas. Se analizarán aspectos como si la formación es presencial, u *online*, y los motivos para haber optado por una u otra opción; la adaptación del lenguaje y dificultad a las características de los destinatarios; y la realización de pruebas para verificar la comprensión de las actividades impartidas[1330].

iii. Disponibilidad de orientación[1331]. Se determinará si los miembros de la entidad tienen algún buzón o canal preestablecido que les permita consultar dudas relacionadas con el modelo de prevención o con los propios riesgos penales.

Bribery Act 2010 Guidance (aptdo. 3.6) apunta las deficiencias en la formación de los empleados como un factor de riesgo.

[1329] A este aspecto se refiere la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* (pág. 5) en lo que denomina "entrenamiento basado en riesgos". La Guía Práctica *Buenas Prácticas de Investigación Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* de la Fiscalía chilena (pág. 34) señala: "*la capacitación puede ser igualmente de dos grandes clases. Por un lado, una capacitación genérica dirigida a todos los miembros de la empresa, incluidos sus máximos ejecutivos, que se haga cargo del riesgo general de corrupción. Esta capacitación debiera ser más bien estándar y, en algunos casos, se realiza mediante cursos e-learning u otros medios masivos de difusión de conocimiento. Adicionalmente, la empresa debiera capacitar a las personas expuestas a las actividades de mayor riesgo, formación que será especializada y de intensidad (…) El fiscal debiera esperar de un buen modelo de prevención la existencia de un programa de capacitación que diferencie entre destinatarios generales y los especialmente expuestos, dirigido, en ocasiones, a representantes externos y contratistas. Además, debiera verificar el cumplimiento de ese programa y que en él se haya contado con materiales adecuados*." Por su parte, la *French Anti-Corruption Agency guidelines*, dentro del aptdo. denominado "capacitación en riesgo de corrupción" consigna (pág. 30) que las entidades deberán diseñar programas de capacitación separados, uno para gerentes y otros empleados que están más expuestos al riesgo de corrupción, y otro para otras categorías de empleados.

[1330] Este punto se correspondería con lo que la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* (pág. 5) denomina "Forma/Contenido/Efectividad del Entrenamiento.". Respecto al resultado de la formación, la *French Anti-Corruption Agency guidelines* señala (pág. 32) que las entidades deben desarrollar un conjunto de indicadores para realizar un seguimiento y medir la oferta de formación.

[1331] Así lo califica la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* (pág. 6).

iv. Contenido de la formación. Según pauta la NORMA UNE 19601[1332] debe comprender, al menos, las siguientes materias:

a) la política de *compliance* penal y el resto del modelo de prevención penal.

b) los procedimientos asociados con el modelo de prevención penal.

c) los riesgos penales, y los perjuicios para los empleados y la propia entidad que puede generar su materialización.

d) las circunstancias en las cuales, durante en el desempeño del trabajo, se puede materializar un riesgo penal y cómo reconocer dichas circunstancias.

e) cómo pueden los trabajadores ayudar a prevenir y detectar riesgos penales evitando su materialización y reconociendo los factores de riesgo principales.

f) la contribución de los empleados a la eficacia del sistema de gestión de *compliance* penal incluyendo los beneficios derivados de su mejora continua y de reportar posibles delitos o incumplimiento de las normas establecidas.

g) las implicaciones y consecuencias potenciales de los incumplimientos.

h) cómo y a quién deben reportar sus dudas y preocupaciones en esta materia.

v. Comunicaciones ante incumplimientos[1333]. En este hito se escrutará cómo la entidad ha puesto de manifiesto a sus directivos y empleados los incumplimientos detectados, imputables a otros miembros de la organización, y la respuesta dada a los mismos. Se

[1332] Aptdo. 7.4. La *French Anti-Corruption Agency guidelines,* de forma más resumida, concreta las materias (pág. 30) en los procesos y riesgos involucrados; qué controles deben realizarse para mitigar estos riesgos; cómo tratar una solicitud inapropiada; y qué sanciones disciplinarias enfrentarán si se involucran en prácticas incumplidoras.
[1333] La *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* (pág. 6) titula este aspecto "comunicación sobre conductas inapropiadas".

trata, en definitiva, de que este tipo de situación sirva de aprendizaje para los miembros de la corporación.

8.3.3.5 Integración operativa.

Las medidas relativas a la implantación, señaladas en los anteriores puntos – compromiso de la alta dirección, recursos, autonomía e independencia del *compliance officer*, y la formación y comunicaciones – tienen entre sus fines principales que los controles establecidos en el modelo de prevención penal se incorporen a la operativa diaria de la entidad. En palabras de la NORMA UNE 19601[1334], se deben "*integrar e implementar dentro de sus propios procesos de negocio los procesos, procedimientos y demás acciones propias del sistema de gestión de compliance penal*".

Por lo tanto, mediante comprobaciones aleatorias de distintos procesos internos de la corporación, se deberá evaluar si las medidas o controles establecidos se siguen en la entidad como *un paso más* dentro de la persona jurídica[1335].

8.3.4 Fase 3. Eficacia práctica del modelo de prevención penal.

La *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* presenta esta tercera fase con una pregunta muy gráfica: ¿funciona en la práctica el programa de *compliance* de la empresa?[1336].

En mi opinión, para un análisis cabal que permita discernir si el modelo de prevención penal incide en la realidad diaria de la persona jurídica, esta etapa se debe abordar desde un doble prisma: primero, analizando cómo ha influido en la prevención, detección o reacción corporativa ante incumplimientos distintos al que es objeto del procedimiento y, segundo, contrastando su funcionamiento en relación con el concreto hecho enjuiciado.

Como ya dijera respecto a la implantación del modelo de prevención penal, en la comprobación de los distintos aspectos en que se descompone esta fase puede tener una participación relevante

[1334] Pág. 21.
[1335] La NORMA UNE 19601 señala entre los aspectos que deben ser revisados por la alta dirección (aptdo. 9.4) la integración eficaz de los procedimientos y procesos de *compliance* en las prácticas operacionales y sistemas de la organización.
[1336] Se trata, en realidad, del aspecto clave de la evaluación de los modelos de prevención penal. En el mismo sentido, el *SFO Operational Handbook Evaluating a Compliance Programme* apunta, dentro del aptdo. sobre qué es un programa de cumplimiento, que el mismo debe ser eficaz y funcionar dentro de la organización.

un perito experto en *compliance* que, de forma estable, indague sobre la relevancia real del modelo de prevención penal en el desarrollo societario.

8.3.4.1 Eficacia en relación con otros incumplimientos distintos al enjuiciado.

a) Investigación de incumplimientos e irregularidades.

En primer término, se evaluará la respuesta que ha dado la persona jurídica ante otros incumplimientos previos. De esta forma, si la entidad no detectó el delito base objeto de autos, pero puede acreditar que en situaciones similares pretéritas sí que investigó y reaccionó ante los ilícitos producidos en su seno, se podría considerar que efectivamente se ha consolidado una verdadera cultura de cumplimiento de la legalidad[1337].

La evaluación, por ello, se debe centrar en los siguientes aspectos:

i. Analizar si la persona jurídica ha investigado todas las denuncias recibidas[1338] en el pasado, con especial consideración de las que se refieran a delitos de similar naturaleza que el enjuiciado.

ii. Verificar que las investigaciones realizadas han dispuesto de todos los recursos necesarios, y que se ha contado con la colaboración de las áreas afectadas de la entidad[1339].

iii. Comprobar que el órgano de *compliance* penal ha estado debidamente informado del transcurso y los resultados de las investigaciones internas[1340].

[1337] La Circular 1/2016 de la FGE (pauta octava del aptdo. 5.6) apunta: "*El comportamiento de la corporación en relación con anteriores conductas es relevante para deducir la voluntad de cumplimiento de la persona jurídica y en qué medida el delito representa un acontecimiento puntual y ajeno a su cultura ética o, por el contrario, evidencia la ausencia de tal cultura, desnudando el modelo de organización como un mero artificio exculpatorio. La compañía podrá acreditar que, aun fallido en el caso concreto, el modelo ha funcionado eficazmente en anteriores ocasiones La firmeza en la respuesta ante vulneraciones precedentes transmite igualmente a los empleados un mensaje claro de intolerancia ante conductas no éticas. Por el contrario, y a título de ejemplo, el mantenimiento en el cargo de un administrador o directivo que ha sido sometido a un procedimiento penal en el que la comisión del delito ha quedado acreditada, desdibuja un pretendido compromiso ético*".

[1338] Aptdo. 8.8 de la NORMA UNE 19601, primer inciso.

[1339] Aptdo. 8.8 de la NORMA UNE 19601, segundo inciso.

[1340] Aptdo. 8.8 de la NORMA UNE 19601, tercer inciso.

iv. Evaluar si durante la investigación se han respetado los derechos de denunciante y denunciado[1341].

b) Respuesta disciplinaria o contractual a los incumplimientos detectados.

Se deberá examinar la respuesta que haya dado la persona jurídica ante los incumplimientos detectados en situaciones pretéritas, como establece el requisito 5º del aptdo. 5 del artículo 31 bis CP. Se concreta principalmente en los siguientes elementos:

i. Respuesta disciplinaria rápida y proporcionada, adaptada a la gravedad de la conducta detectada[1342].

ii. Consistencia en el tratamiento de incumplimientos similares[1343]. Por lo tanto, la respuesta disciplinaria podrá ser tildada de ineficaz si se ha dado una solución diferente a supuestos idénticos, favoreciendo, por ejemplo, a la persona que se encuentre en una posición más alta en el organigrama.

iii. Posibles sanciones disciplinarias a los superiores jerárquicos de los sujetos directamente responsables. En determinados supuestos, la respuesta correcta de la entidad requerirá no solo castigar al sujeto que ha cometido directamente el ilícito, sino también al encargado directo de su supervisión si este ha omitido las cautelas necesarias.

iv. Resolución contractual o aplicación de penalizaciones cuando el incumplimiento sea imputable a socios de negocio.

[1341] Aptdo. 8.8 de la NORMA UNE 19601, cuarto inciso. Aunque ello pudiera parecer irrelevante para evaluar la eficacia del modelo de prevención penal, si la investigación interna nace viciada debido a, por ejemplo, un acceso indebido a los correos, ello podría provocar la ulterior invalidez de determinadas pruebas recabadas.
[1342] Así lo señala la NORMA UNE 19601, aptdo. 7.1, letra k), como uno de los elementos que redundan en la cultura de cumplimiento de la entidad.
[1343] Aptdo. 7.1, letra c) de la NORMA UNE 19601.

c) Medidas correctivas ante los incumplimientos.

Investigado el incumplimiento, y castigados sus responsables, es vital para la acreditación de la cultura de cumplimiento que la entidad esté en condiciones de probar que realizó un análisis profundo sobre su *causa raíz* y que, tras ese estudio, ha implantado los controles necesarios para eliminar o mitigar el riesgo de que vuelva a consumarse el riesgo. Se trata, en definitiva, de llevar a la práctica diaria la exigencia contenida en el requisito 6º del aptdo. 5 del artículo 31 bis CP. La evaluación se fijará en los siguientes indicios[1344]:

i. Reacción ante el incumplimiento. La respuesta corporativa debe ser rápida y transparente, lo que implicará, de ser posible, la adopción de acciones oportunas para tomar el control de la situación y corregirla, así como gestionar las consecuencias, tratando de reducir sus efectos adversos.

ii. Acciones correctivas para eliminar las causas que han ocasionado el incumplimiento de modo que no se reproduzca. Para ello, la entidad debe analizar el incumplimiento, determinar sus causas, y averiguar si pueden estar produciéndose otros similares, o si podrían llegar a producirse.

iii. Acciones implementadas para eliminar las causas del incumplimiento.

iv. Seguimiento de las acciones adoptadas, de forma que se conozca su eficacia o la necesidad de acciones adicionales.

v. Realización de las actualizaciones necesarias en la política de *compliance* penal o el resto del sistema de gestión de *compliance* penal.

d) Incentivos.

[1344] Según lo establecido en la NORMA UNE 19601, aptdo. 10.1.

La previsión de un sistema de incentivos, que premie las buenas prácticas relacionadas con el modelo de prevención penal, es un signo palpable de su eficacia[1345].

Muestra de ello, la Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia de la CNMC señala[1346] como elemento recomendable dentro del sistema disciplinario la existencia de "*incentivos dirigidos al cumplimiento o incluso a la colaboración en el marco del programa*."

Por lo tanto, sobre este elemento la evaluación se centrará en determinar:

i. La existencia de un sistema de incentivos, y su aplicabilidad real.

ii. Análisis del histórico de incentivos satisfechos a directivos y empleados, y los motivos para su concesión.

iii. Existencia de políticas de retribución ligadas al cumplimiento de objetivos de *compliance*.

iv. Comunicaciones realizadas al resto de miembros de la persona jurídica sobre los incentivos entregados que traigan causa del cumplimiento de objetivos de *compliance*.

8.3.4.2 Eficacia en relación con el hecho enjuiciado.

En esta fase de la evaluación se impone comprobar "*la relación entre los controles existentes y el hecho realizado"*[1347] o, "*expresándolo en términos de la teoría de la imputación objetiva,*

[1345] Aunque dotándole de una importancia secundaria, así lo reconoce la NORMA UNE 19601, dentro de su aptdo. 7.1, al referir en la letra i) de la NOTA, como indicio de la existencia de una cultura de *compliance*, la instauración de sistemas de remuneración que valoren el logro de objetivos de compliance. A *sensu* contrario, como subraya la Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia de la CNMC (pág. 8), "*una política de incentivos que prime comportamientos de riesgo podría mermar la eficacia al programa*". El peligro de determinados incentivos también es referido por la *Bribery Act 2010 Guidance* dentro del listado de riesgos habituales de las empresas (aptdo. 3.5, pág. 26).
[1346] Pág. 12.
[1347] NIETO MARTÍN, A., "Cumplimiento normativo, criminología y… ob. cit. pág. 88.

*averiguar si el delito es expresión del riesgo que pone de manifiesto el defecto de organizaci*ón"[1348].

Por lo tanto, lo que corresponde verificar en este último hito es si los controles funcionan de forma correcta, lo que significa, como apunta NIETO MARTÍN, que en relación con un supuesto fáctico concreto hayan "*dificultado notablemente la comisión del delito o favoreciendo su descubrimiento"*[1349]. Según afirma la Circular 1/2016 de la FGE, el cumplimiento de este requisito puede darse por acreditado (y, con ello, por obtenida la exención de responsabilidad penal) si el modelo de prevención ha permitido la detección del ilícito, y el mismo ha sido comunicado a las autoridades[1350].

Aunque la casuística planteada en las líneas anteriores parte de que la persona jurídica, sujeto pasivo del proceso penal, contaba con un modelo de prevención penal con todos los *sacramentos* que consigna el CP, pudiera ser, y ello tendrá cabida principalmente en corporaciones de pequeñas dimensiones, que la entidad imputada haya tomado solo medidas aisladas pero que se muestren como eficaces para prevenir el ilícito enjuiciado, o que de alguna manera hayan dificultado su comisión[1351], lo que habilitaría también la buscada exención de responsabilidad criminal del ente.

La evaluación del modelo de prevención penal, en relación con el concreto ilícito enjuiciado, se centrará en los siguientes aspectos:

[1348] NIETO MARTÍN, A., "Cumplimiento normativo, criminología y… ob. cit. pág. 81.
[1349] NIETO MARTÍN, A., "Cumplimiento normativo, criminología y… ob. cit. pág. 88.
[1350] Pauta sexta del aptdo. 5.6.
[1351] En este sentido, recuerda GÓMEZ TOMILLO, M., "Compliance penal y… ob. cit. pág. 67, "*Es posible concebir hipótesis en las que sin adopción en sentido estricto de un programa de cumplimiento, se puede afirmar que si se adoptaron medidas"*. Un ejemplo muy gráfico podría ser el tratado por la SAP de Madrid (Sección 7ª) núm. 512/2018 de 25 de junio, que condenó a una mercantil que regentaba un establecimiento hostelero, y a su administrador, como autores de un delito medioambiental (artículo 325 CP), cometido a resultas de los ruidos causados por el negocio, señalándose por la resolución como conducta reprochable a la persona jurídica que (F.D. 4º) debió "*efectuar las reparaciones necesarias en la maquinaria en él instalada para poner fin a la emisión continuada de ruidos y, en el aspecto negativo, carencia por parte de la sociedad de un sistema efectivo de control implementado para anular o, al menos, disminuir eficazmente el riesgo de comisión en el seno de la empresa de ese delito*". Pese a esa coletilla final, me atrevo a afirmar que tendría que haber sido suficiente para la exención de responsabilidad que la mercantil hubiera desplegado esfuerzos reales en reparar o, el último término, sustituir las máquinas que generaban los ruidos molestos.

i. Determinación del control o controles que fallaron y que permitieron la comisión del ilícito[1352]. Este elemento hay que relacionarlo con las exigencias establecidas en el CP que provocan, cuando el delito presupuesto se atribuya a subordinados que, para poder optar a la exención de responsabilidad, no se haya producido un incumplimiento grave de los deberes de supervisión por parte de los sujetos apicales. Por su parte, cuando el delito es cometido por directivos, la exención de responsabilidad de la persona jurídica requiere que el autor del delito presupuesto haya eludido fraudulentamente las medidas establecidas en el programa de *compliance*.

ii. Determinación de las causas de fondo que permitieron la comisión del ilícito, y si las mismas tienen un carácter sistémico[1353].

iii. Desatención de indicaciones previas. Según lo señalado por la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs*[1354], se debe evaluar si la persona jurídica estuvo previamente en disposición de detectar el ilícito, y por qué no supo descubrirlo.

iv. En el supuesto de ilícitos cometidos por sujetos apicales, como establece la condición 4º del aptdo. 2 del artículo 31 bis CP, se debe verificar que no se haya producido una omisión o ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión por el *compliance officer*.

v. Respuesta disciplinaria de la entidad para el castigo de los responsables individuales[1355].

[1352] A este aspecto se refiere la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* (pág. 17). Nótese que, dada la fase en que nos encontramos de la evaluación, se da por hecha la existencia de un control previsto al efecto para evitar el delito, pues, si no lo hubiera, y según la *lex artis* del sector en atención al concreto ilícito era exigible, nos encontraríamos ante un defecto de diseño del modelo de prevención penal.
[1353] A este aspecto se refiere *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* (pág. 17).
[1354] Pág. 18.
[1355] A este elemento alude la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* (pág. 18).

vi. Medidas llevadas a cabo por la entidad, tras la comisión del ilícito, para prevenir hechos similares en el futuro[1356].

En definitiva, si en la evaluación secuencial relatada se llega a la conclusión que el modelo de prevención penal está correctamente diseñado, implantado en la entidad, y aplicado en su práctica diaria, habiendo servido en situaciones anteriores para reaccionar frente a delitos, será posible la exoneración de responsabilidad de la entidad siempre y cuando el autor haya eludido fraudulentamente los controles establecidos y, en el caso de los ilícitos cometidos por subordinados, no se haya producido un incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de los rectores societarios.

[1356] *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs* (pág. 18). Esta cuestión es destacada igualmente por la Circular 1/2016 de la FGE, señalando que (pág. 28) "*Las actuaciones llevadas a cabo por la persona jurídica tras la comisión del delito han de ser igualmente evaluadas. La adopción de medidas disciplinarias contra los autores o la inmediata revisión del programa para detectar sus posibles debilidades, introduciendo en su caso las necesarias modificaciones, son muestra del compromiso de los dirigentes de la corporación con el programa de cumplimiento*." Al respecto, en la causa seguida frente a INDRA dentro de la conocida como Trama Púnica, el Juez de la Audiencia Nacional D. Manuel García Castellón acordó el sobreseimiento de la causa frente a la persona jurídica por haberse acreditado que ante el ilícito "*la respuesta de Indra ante los hechos aparentemente delictivos fue contundente, como se puede observar por la documentación presentada, realizando un análisis detallado de las causas que motivaron la actuación por los presuntos responsables, y procediendo a su despido*" (C.G.P.J - Noticias Judiciales (poderjudicial.es) última visita 28/03/2021).

CAPÍTULO 9. INFORMES PERICIALES DE *COMPLIANCE.*

9.1 Planteamiento.

Según he tenido oportunidad de resaltar anteriormente, en el enjuiciamiento de las personas jurídicas sometidas a un proceso penal tendrá una importancia capital el empleo de periciales en *compliance*. A las tres principales formas en que se producirá esa participación experta dedicaré este capítulo.

La pericial por excelencia será la certificación de los modelos de prevención penal conforme a la NORMA UNE 19601. Este texto ha efectuado una interpretación extensiva de los requisitos establecidos por el artículo 31 bis CP utilizando para ello los mejores estándares nacionales e internacionales sobre cumplimiento normativo. Por lo tanto, la emisión de certificaciones por entidades previamente acreditadas, compuestas por sujetos imparciales y con los conocimientos relacionados con las materias que rodean el *compliance* penal, supondrá una garantía palpable de que el *compliance program* está correctamente diseñado.

Ya en el marco del proceso penal, y con un alcance sin duda más amplio que la certificación del modelo de prevención penal, se podrá recabar la intervención de peritos en *compliance* que, además de pronunciarse sobre la corrección del programa de *compliance*, su implantación, y la eficacia societaria del mismo, orientarán la investigación penal. Propongo la configuración de este tipo de pericias como estables, situándose el experto como una figura permanente *junto* al juez.

Por último, trataré el posible empleo de periciales corporativas. En algunos de los ilícitos comisibles por las personas jurídicas, enmarcados en entornos regulatorios complejos ajenos a la práctica habitual de nuestros tribunales, será imprescindible la aportación en autos de conocimientos y/o herramientas ultra especializadas, solo accesibles a determinadas academias, instituciones o corporaciones.

9.2 La NORMA UNE 19601 y su certificación.

9.2.1 Origen de la NORMA UNE 19601.

Por la importancia que le he otorgado a la NORMA UNE 19601 casi desde las primeras líneas de esta tesis, su origen, contenido y posible relevancia procesal merecen un aptdo. monográfico.

La NORMA UNE 19601 surge en el seno del procedimiento de normalización que, según analiza con exhaustividad TARRÉS VIVES[1357], nació fuertemente ligado al sector industrial (más concretamente, al relacionado con la producción de electricidad), concibiéndose inicialmente como una actividad de corte administrativo. Muestra de la influencia del sector público en este ámbito, el primer organismo normalizador de nuestro país, operativo hasta 1985, fue el IRANOR (Instituto Español de Racionalización y Normalización), adscrito al Consejo Superior de Investigaciones Científicas del Ministerio de Educación y Ciencia.

A partir de esa data, señala TARRES VIVÉS, y con ocasión de la incorporación de España a la UE, se privatizó la actividad, creándose en el año 1986 la Asociación Española de la Normalización y Certificación (AENOR), designada por el Ministerio de Industria y Energía como entidad de normalización.

En el año 2017, se produjo la separación societaria y funcional de AENOR, surgiendo por un lado la Asociación Española de Normalización (UNE), dedicada a la emisión de normas y, por otro, AENOR, empresa perteneciente a UNE, que tiene por objeto la realización de actividades correspondientes al campo de la evaluación de la conformidad (certificación, inspección, verificación y ensayos) con legislación, normas o especificaciones técnicas.

La terna normalización-certificación-acreditación se cierra con el Real Decreto 1715/2010, de 17 de diciembre[1358], en virtud del cual la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) se convierte en el organismo encargado de la acreditación de entidades certificadoras. Por ello, como señala

[1357] TARRÉS VIVES, M., "Las nuevas referencias en el derecho industrial: acreditación y normalización", *Autonomies: Revista catalana de dret públic*, Nº 26, 2000, págs. 119-155, págs. 147-155.

[1358] Cuyo artículo único señala que "*Se designa a la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) como único organismo nacional de acreditación, dotado de potestad pública para otorgar acreditaciones, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento (CE) n.º 765/2008 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 9 de Julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia de mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) n.º 339/93*".

CASANOVAS YSLA[1359] "*ENAC dispone de la autoridad para acreditar organismos de evaluación de la conformidad (certificación) respecto de la Norma UNE 19601.*"

UNE, AENOR y ENAC, por lo tanto, son, respectivamente, las piedras angulares de la normalización, certificación y acreditación de las entidades certificadoras en España.

Descendiendo ya a la NORMA UNE 19601 que me ocupa, el texto fue elaborado[1360] por el Comité UNE CTN 307 - GESTIÓN DE RIESGOS, creándose en el año 2013 un Subcomité (SC) 1 sobre "sistemas de gestión del cumplimiento y sistemas de gestión anticorrupción", dirigido por el magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, D. José Manuel Maza Martín. Ante la anunciada promulgación de una reforma del CP que daría una nueva redacción al régimen sustantivo aprobado en el año 2010, se formó en enero de 2015 un grupo, dentro del comité CTN 304, encargado de elaborar una norma relativa a sistemas de gestión de *compliance* penal. El grupo de trabajo basó el texto, principalmente, en la redacción dada al CP en el año 2015, la Circular de la FGE 1/2016 y, además, las primeras resoluciones del Tribunal Supremo sobre la materia. En mayo de 2017 se publicó la versión final de la norma.

9.2.2 NORMA UNE 19601. Una visión panorámica.

9.2.2.1 Introducción.

Partiendo de los requisitos establecidos por el CP, calificados por la NORMA UNE 19601 como "*marco de interpretación susceptible de ser desarrollado"*[1361], esta busca facilitar la implantación de sistemas de gestión de *compliance* adaptados a las normas internacionales, principalmente la NORMA UNE – ISO 19600 Sistemas de gestión de compliance[1362], la ISO 37001, y la ISO 3100 Gestión del riesgo.

Con los citados sustentos, el objetivo final de la NORMA UNE 19601, asumido en su aptdo. introductorio, es que el modelo de prevención penal implantado cuente con los "*contenidos*

[1359] CASANOVAS YSLA, A., "*Compliance" penal normalizado: el estándar UNE 19601*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2017, pág. 224.
[1360] En detalle sobre el nacimiento de la NORMA UNE 19601, vid. CASANOVAS YSLA, A., ""Compliance" penal normalizado… ob. cit. págs. 29-32.
[1361] Pág. 6.
[1362] Norma que, desde el 31 de mayo de 2021, fue sustituida por la ISO 37301.

razonables para prevenir, detectar y gestionar conductas ilícitas generando así la cultura organizativa del cumplimiento de la legalidad que pueda fundamentar, en última instancia, la exoneración de su responsabilidad"[1363].

No obstante, y es una confesión común en documentos de corte similar[1364], la NORMA UNE 19601 admite que el hecho de que una persona jurídica cumpla fielmente los requisitos establecidos no garantiza la inexistencia de delitos en el pasado, ni su comisión en el futuro. Esta aseveración permite ya extraer una conclusión respecto a la posible eficacia de la certificación de los modelos de organización y gestión penal conforme a esta NORMA UNE 19601: no son una prueba plena que asegure la eficacia del *compliance program* instaurado. Por lo tanto, el riesgo cero no existe[1365], ni cumpliendo los mejores estándares, aunque cabe recordar al respecto que tampoco el CP eleva hasta tal nivel la exigencia, "bastando" reducir de forma significativa el riesgo de comisión de ilícitos.

9.2.2.2 Contexto de la organización (Capítulo 4).

El primer capítulo sustantivo de la NORMA UNE 19601 (el 3 define los términos empleados por el texto) detalla los aspectos organizativos que tienen influencia en el cumplimiento normativo de la entidad.

En el aptdo. 1, denominado "*comprensión de la organización y su contexto*", la Norma recoge los factores internos y externos que pueden afectar al *compliance*, señalándose, a título de ejemplo: el tamaño y la estructura de la organización; las ubicaciones y sectores en los que opera o prevé operar; la naturaleza, escala y complejidad de las actividades de la organización y sus operaciones; las entidades sobre las cuales ejerce control; los miembros de la organización y los socios de

[1363] Pág. 8.
[1364] La *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs,* en la introducción de su aptdo. III señala, con cita de las *U.S.S.G*. § 8B2.1(a), y de los *Principles of Federal Prosecution Of Business Organizations* (aptdo. 9-28.800), que la existencia de la falla de conducta no significa, por sí misma, que el *compliance program* no funcionara o no fuera efectivo al momento de la ofensa.
[1365] Apunta CASANOVAS YSLA, A., ""Compliance" penal normalizado… ob. cit. pág. 69, que uno de los principios de la norma es el de seguridad razonable, que implicar asumir que "*todo mecanismo de control tiene limitaciones inherentes que le impiden prevenir o detectar vulneraciones, normalmente por efecto de los errores humanos, la negligencia y el dolo*".

negocio; la naturaleza y extensión de las relaciones con funcionarios públicos; y las obligaciones y compromisos legales, contractuales o profesionales.

El aptdo. 2 se denomina "*entendimiento de las necesidades y expectativas de las partes interesadas*", definiéndose por parte interesada, según el aptdo. 3.23 de la NORMA UNE 19601, "*aquella persona u organización que puede afectar, verse afectada, o percibirse como afectada por una decisión o actividad de la organización*.". SERRANO DE NICOLÁS, CONESA ALARGADA y ALBALÁ GONZÁLEZ[1366], a los que seguiré en estas páginas, incluyen en este concepto a los accionistas, proveedores, empleados, clientes, administradores y alta dirección, administraciones públicas, organismos reguladores y entidades financieras.

El *compliance program*, como exige el aptdo. 3 ("*determinación del alcance del sistema de gestión de compliance penal*") debe pautar su ámbito objetivo, que según señala CASANOVAS YSLA[1367] se refiere a los riesgos penales[1368] y, en cuanto a su alcance subjetivo, está circunscrito a los miembros de la entidad y socios de negocio, principalmente.

Adaptado al contexto analizado, el aptdo. 4 exige a la entidad implementar, mantener y mejorar continuamente un sistema de gestión que se compondrá como mínimo de las "*políticas, manual (aunque la norma no lo exija), programa, procedimientos, procesos y mapa de riesgos*"[1369].

9.2.2.3 Liderazgo (Capítulo 5)

Aspecto esencial en la implantación de los modelos de prevención penal, como ya he subrayado. Muestra de ello, empieza indicando este capítulo: "*el liderazgo dentro de la organización debe desempeñar un papel fundamental en la formación e implementación con éxito del sistema de gestión de compliance"*[1370].

[1366] SERRANO DE NICOLÁS, Y., CONESA ALARGADA M., y ALBALÁ GONZÁLEZ, A., *Compliance penal para pymes según la Norma UNE 19601*, Madrid: AENOR, 2019, pág. 33-34.
[1367] CASANOVAS YSLA, A., ""Compliance" penal normalizado… ob. cit. págs. 116-117.
[1368] Como indican SERRANO DE NICOLÁS, Y., CONESA ALARGADA M., y ALBALÁ GONZÁLEZ, A., *Compliance penal para pymes según la Norma UNE 19601*, Madrid: AENOR, 2019, pág. 36, en lo posible se debe determinar el conjunto de actividades de la organización a las que atañe el sistema de gestión de *compliance* penal.
[1369] SERRANO DE NICOLÁS, Y., CONESA ALARGADA M., y ALBALÁ GONZÁLEZ, A., "Compliance penal… ob. cit. pág. 37.
[1370] Pág. 16.

Coincide la doctrina[1371] en la influencia decisiva que ha tenido el artículo 31 bis CP en este aptdo. Las obligaciones que atribuye el CP al órgano de administración (responsable final en el diseño, implantación y dotación de eficacia práctica al modelo de prevención penal) y al *compliance officer*, convierten a estas tres figuras (órgano de administración – alta dirección – órgano de cumplimiento normativo penal) en los iconos corporativos que deben ejemplificar la cultura de *compliance*.

Se enmarca también en este capítulo la política de *compliance* penal, que compila los compromisos de la entidad respecto al cumplimiento normativo penal, principalmente la manida tolerancia cero hacia los riesgos penales.

En el último aptdo. del capítulo, denominado "*roles, responsabilidades y autoridades en la organización*", la Norma atribuye a la alta dirección la labor de asignar las funciones relacionadas con el *compliance*[1372]. Posteriormente, señala la NORMA UNE 19601 que los responsables de cada nivel (jefes de departamento, por ejemplo) tendrán la tarea de verificar que sus subordinados cumplan las funciones que les han sido asignadas. Por último, la labor del resto de subordinados es comprender, observar y aplicar los requisitos establecidos[1373].

Además, el aptdo. 3 incluye la obligación de establecer una correcta delegación de facultades cuando la alta dirección derive en otro sujeto de la entidad la ejecución de funciones que tengan riesgo penal.

9.2.2.4 Planificación (Capítulo 6)

Este capítulo de la NORMA UNE 19601 comienza con el aptdo. referido a las "*Acciones para abordar riesgos y oportunidades*", mediante el que, como indica CASANOVAS YSLA[1374], se incluye en la Norma el cumplimiento del numeral 1 del aptdo. 5 del artículo 31 bis CP. Además,

[1371] CASANOVAS YSLA, A., ""Compliance" penal normalizado… ob. cit. pág. 121 y SERRANO DE NICOLÁS, Y., CONESA ALARGADA M., y ALBALÁ GONZÁLEZ, A., "Compliance penal… ob. cit. pág. 43.
[1372] SERRANO DE NICOLÁS, Y., CONESA ALARGADA M., y ALBALÁ GONZÁLEZ, A., "Compliance penal… ob. cit. pág. 49, explican esta asignación en atención a que "*es la alta dirección, órgano ejecutivo mucho más operativo* [más, se refieren, que el órgano de administración] *la que debe asignar y comunicar otras funciones relevantes*".
[1373] SERRANO DE NICOLÁS, Y., CONESA ALARGADA M., y ALBALÁ GONZÁLEZ, A., "Compliance penal… ob. cit. pág. 50, señalan que "*Para la correcta implantación y evolución del sistema de gestión de compliance penal es fundamental que cada uno de los miembros de la organización conozca cuál es su rol respecto al sistema, para poder cumplir con lo que le corresponda*".
[1374] CASANOVAS YSLA, A., ""Compliance" penal normalizado… ob. cit. págs. 153-154.

en virtud de este aptdo., la persona jurídica deberá "*planificar cómo abordar aquellos riesgos que se consideran que pueden ser tratados y mejorados*"[1375].

El aptdo. contempla la evaluación de riesgos penales, elemento vertebrador de todo el sistema de gestión penal.

La planificación se cierra con el aptdo. 3, "*Objetivos de compliance penal y planificación para lograrlos*", en virtud del cual se consigna la necesidad de indicar "*Qué se va a hacer y quién es responsable de cada una de las acciones que se incluyan; qué recursos se requieren para poder llevar a cabo las acciones planificadas; cuándo se finalizará; cómo se evaluarán los resultados obtenidos*"[1376].

CASANOVAS YSLA[1377] apunta algunos de los indicadores más comunes de *compliance* penal, que resultan ejemplificativos sobre los aspectos derivados de este aptdo. de la Norma: número de miembros de la organización cuyo perfil de riesgo se ha evaluado; número de socios de negocio cuyo perfil se ha valorado; porcentaje de personas a las que se ha facilitado la política de *compliance* penal y otros documentos relevantes; porcentaje de personas que han realizado a tiempo la declaración de conformidad con la política de *compliance*; porcentaje de personas que han acudido a formación relacionada con *compliance*; número de consultas recibidas sobre *compliance*; número de denuncias recibidas; número de procedimientos internos derivados de no conformidad de *compliance*, número de procedimiento sancionadores derivados de incumplimientos de compliance; número de acciones de la entidad frente a socios de negocio derivados de incumplimientos en *compliance*.

9.2.2.5 Elementos de apoyo (Capítulo 7).

Como sustento del sistema de gestión penal, la NORMA UNE 19601 detalla en el capítulo 7 lo que denomina elementos de apoyo:

a) Cultura de *compliance*.

[1375] SERRANO DE NICOLÁS, Y., CONESA ALARGADA M., y ALBALÁ GONZÁLEZ, A., "Compliance penal… ob. cit. pág. 64.
[1376] SERRANO DE NICOLÁS, Y., CONESA ALARGADA M., y ALBALÁ GONZÁLEZ, A., "Compliance penal… ob. cit. pág. 66.
[1377] CASANOVAS YSLA, A., ""Compliance" penal normalizado… ob. cit. págs. 167-168.

El más destacado, incluido en el aptdo. 1, erigido en el objetivo final de la instauración de un modelo de organización y gestión penal en la persona jurídica, es la cultura de *compliance*.

La Norma[1378] define la cultura como el conjunto de "*valores, ética y creencias que existen en una Organización y que interactúan con las estructuras y normas de control de la organización para producir normas de comportamiento que conducen a obtener los objetivos derivados de la aplicación de esta Norma UNE.*" Sin ánimo de exhaustividad, la NORMA UNE 19601 señala los aspectos más significativos que constituyen la cultura de cumplimiento de la entidad:

- Política de *compliance* penal.

- Visibilidad y respeto por parte de la dirección de la política de *compliance* penal.

- Consistencia en el tratamiento de acciones similares.

- Guiar, entrenar y predicar con el ejemplo.

- Realización de evaluaciones adecuadas a los potenciales empleados antes de su contratación.

- Programa de iniciación u orientación adecuado que enfatice el *compliance* penal y los valores de la organización.

- Formación continua de *compliance* penal

- Comunicación continua, abierta y adecuada sobre *compliance*

- Sistemas de remuneración que valoren el logro de objetivos de compliance.

[1378] Aptdo. 3.8.

- Reconocimiento visible de los logros en la gestión de *compliance* y en sus resultados.

- Medidas disciplinarias rápidas y proporcionadas cuando se den conductas penales o incumplimiento de los requisitos establecidos en el sistema de *compliance*.

b) Recursos.

En línea con lo preceptuado por el numeral 3º del aptdo. 5 del artículo 31 bis CP, el aptdo. 7.2 exige "*determinar y proporcionar los recursos necesarios para la adopción, implementación, mantenimiento y mejora continua del sistema de gestión de compliance penal*." Como he indicado en diferentes aptdos. de esta tesis, los recursos a los que se refiere la NORMA UNE 19601 son de tipo financiero, tecnológico, humano, y acceso a asesoramiento externo.

c) Competencia.

La NORMA UNE 19601 impone en su aptdo. 7.3 (punto 1) que la entidad se cerciore de que sus miembros conocen cuáles son sus obligaciones en *compliance*, y que tengan la preparación suficiente para cumplirlas.

Se regulan aquí los procesos de diligencia debida (aptdo. 3), la formación y concienciación en *compliance* (aptdo. 4) y comunicaciones (aptdo. 5), consistiendo estas últimas, principalmente, en videos, correos electrónicos, noticias, alertas en intranet o similar, en virtud de las cuales se mantiene informados a los miembros de la persona jurídica sobre cuestiones relevantes en materia de *compliance*. Este tipo de comunicaciones ayuda a que la formación que se haya impartido a los miembros de la entidad se mantenga actualizada.

En último término (aptdo. 7.6), la NORMA UNE 19601 se refiere a la información documentada de la entidad en materia de *compliance*. Una adecuada organización de los soportes materiales derivados de la instauración del modelo de prevención penal permitirá el correcto seguimiento de la implantación del *compliance program*, y la acreditación frente a terceros (incluidos los tribunales) de la cultura ética de la entidad.

9.2.2.6 Operación (Capítulo 8).

El aptdo. 1 del capítulo 8 establece la obligación de "*definir procesos y procedimientos que sirvan para cumplir los requisitos definidos por esta norma, así como los controles para asegurar un adecuado funcionamiento del sistema con el fin de evitar o mitigar en la medida de lo posible que se puedan producir incumplimientos que den lugar a un riesgo penal para nuestra organización"*[1379].

Este capítulo recoge otros elementos a los que ya me he referido anteriormente en este estudio, con extensas referencias a la NORMA UNE 19601, como la diligencia debida (aptdo. 2 del capítulo 8 de la NORMA UNE 19601), controles financieros (aptdo. 3), controles no financieros (aptdo. 4), implementación de controles en filiales y socios de negocio (aptdo. 5), comunicación de incumplimientos e irregularidades (aptdo. 7) e investigación de incumplimientos e irregularidades (aptdo. 8), constituyendo estos dos últimos elementos los conocidos como canales de denuncias.

Se enmarcan también en este epígrafe (aptdo. 6) las denominadas "*condiciones contractuales*", que deberán incluirse en los documentos consensuales rubricados con socios de negocio. Algunos ejemplos de cláusulas contractuales, recogidos en el ANEXO E serían: prohibir expresamente la comisión de delitos; exigir la existencia de un sistema de gestión de *compliance* penal; contemplar el derecho de resolución de la relación contractual si se ha incumplido la prohibición de cometer delitos, e incluso si no se ha seguido alguna obligación relevante establecida en el modelo de prevención penal.

9.2.2.7 Evaluación del desempeño (Capítulo 9).

Este capítulo se centra en el seguimiento, auditoría interna y revisión del sistema de gestión penal.

El aptdo. 1 ("*Seguimiento, medición, análisis y evaluación*") establece las pautas destinadas a recopilar la información necesaria para evaluar la eficacia del modelo de prevención penal instaurado. Como señala la nota 2 del aptdo. 9.1.2, el seguimiento del sistema de gestión penal suele centrarse en medir la eficacia de aspectos como la formación, la eficacia de los controles

[1379] SERRANO DE NICOLÁS, Y., CONESA ALARGADA M., y ALBALÁ GONZÁLEZ, A., "Compliance penal… ob. cit. pág. 88.

instaurados, la asignación eficaz de responsabilidades para cumplir con las obligaciones de *compliance* penal, y la actualización de las obligaciones de *compliance* penal. Por su parte (nota 3), el seguimiento de la eficacia del cumplimiento en la organización se mide analizando los siguientes elementos: las no conformidades que se hayan producido, incluso los conatos de incumplimiento; los casos en los que no se cumplen los requisitos derivados de la política de *compliance* penal y del resto del sistema de gestión de *compliance* penal; los supuestos en los que no se alcanzan los objetivos de *compliance* penal; el estado de la cultura de *compliance*; y los indicadores predictivos y reactivos.

La propia Norma recoge las fuentes de las que puede provenir la información necesaria para efectuar el seguimiento, destacando los empleados, clientes, proveedores, reguladores, y los registros de control de procesos y de actividad.

Además, la NORMA UNE 19601 establece en este epígrafe la necesidad de fijar métodos de recogida de información[1380] (aptdo. 1.4), que deberá ser analizada mediante indicadores medibles que permitan a la persona jurídica cuantificar el logro de sus objetivos de *compliance* penal (aptdo. 1.4 del capítulo 9). Sobre la base de la información recabada y tratada según los anteriores parámetros, se desarrollarán los informes sobre cumplimiento normativo de la entidad[1381], que tendrán el siguiente contenido mínimo (aptdo. 1.8): cualquier materia relacionada con riesgos penales sobre la que la organización haya sido requerida por cualquier regulador o autoridad, incluida la judicial; cambios en las obligaciones de *compliance* penal con influencia en la persona jurídica; mediciones del desempeño de *compliance* penal, incluyendo las no conformidades y la mejora continua; número y detalle de posibles no conformidades y su análisis subsiguiente; acciones correctivas adoptadas; información sobre la eficacia del sistema de gestión de *compliance* penal, sus logros y tendencias; contactos y desarrollo de las relaciones con los reguladores; y los resultados.

[1380] Los señalados por la Norma son: informes *ad hoc* de no conformidades; información obtenida en líneas directas, reclamaciones y otras fuentes, incluyendo el canal de denuncias; discusiones informales, talleres de trabajo y grupos temáticos; pruebas integrales y por muestreo; resultados de encuestas de percepción; observaciones directas, entrevistas formales, visitas a las instalaciones e inspecciones; auditorías y revisiones; consultas a las partes interesadas, peticiones de formación y opiniones recogidas durante la formación, especialmente las del personal.

[1381] Como ya indicaba *ut supra*, para la elaboración de estos informes puede ser muy útil la Guía práctica de autodiagnóstico y *reporting* en cumplimiento normativo, buen gobierno corporativo y prevención de la corrupción elaborada por Transparencia Internacional España en 2017.

El aptdo. 2 del capítulo 9 exige la realización de auditorías internas mediante las que, en palabras de CASANOVAS YSLA[1382], el sistema de gestión de *compliance* penal de la entidad se someta a un "*proceso sistemático, independiente, documentado, para constatar su adecuación al cumplimiento de los requisitos tanto fijados por la organización como establecidos en la Norma UNE*."

Los aptdos. siguientes del capítulo 9 (3, 4 y 5) se centran en la revisión del sistema, a cargo de los tres grupos de personas que personifican el liderazgo dentro de la persona jurídica.

En primer término (aptdo. 3), el órgano de *compliance* penal, a intervalos planificados, debe verificar si el modelo de prevención penal es adecuado para gestionar eficazmente los riesgos penales de la entidad, y si está correctamente implementado.

Sobre la base de la información dada por el órgano de compliance penal, la alta dirección (aptdo. 4) debe revisar los siguientes aspectos[1383]: "*El estado de las acciones que pudieron quedar pendientes en anteriores ejercicios de revisión; los cambios en las cuestiones internas y externas, es decir, cambios relevantes que puedan afectar al contexto del sistema; la información sobre el desempeño del sistema y las tendencias relativas a no conformidades, acciones correctivas, resultados de mediciones, resultados de auditorías, investigaciones, denuncias, análisis de informes de compliance, comunicaciones con partes interesadas, y naturaleza y extensión del riesgo penal; las oportunidades de mejora derivadas del sistema; la adecuación de los procedimientos del sistema; el grado de cumplimiento de los objetivos del sistema; la adecuación de los recursos asignados al sistema; la eficacia de las acciones adoptadas para gestionar los riesgos penales y las oportunidades*". Revisados estos indicios, la alta dirección debe adoptar decisiones sobre la necesidad de efectuar cambios en los políticas, procedimientos o controles; áreas a seguir por su potencial peligro; acciones correctivas; lagunas o carencias del sistema preventivo; y el reconocimiento de comportamientos ejemplares.

Por último (aptdo. 9.5), sobre la base de lo indicado por el órgano de *compliance* y la alta dirección, el órgano de gobierno debe igualmente efectuar revisiones planificadas.

[1382] CASANOVAS YSLA, A., ""Compliance" penal normalizado… ob. cit. pág. 216.
[1383] SERRANO DE NICOLÁS, Y., CONESA ALARGADA M., y ALBALÁ GONZÁLEZ, A., "Compliance penal… ob. cit. pág. 119.

9.2.2.8 Mejora (Capítulo 10).

Este capítulo dota de contenido al requisito 6º del aptdo. 5 del artículo 31 bis CP. Se regulan en este epígrafe las no conformidades, acciones correctivas y aspectos de mejora[1384].

9.2.3 Requisitos de las entidades certificadoras.

Sentado, pues, el estándar, procede tratar a continuación quién puede certificar si un determinado modelo de prevención cumple la NORMA UNE 19601, y el hipotético peso de esa evaluación de conformidad en el proceso penal.

9.2.3.1 Introducción. La NORMA UNE 165019.

Los requisitos que deben adornar a los organismos acreditados para certificar sistemas de gestión de *compliance* penal se estipulan en la NORMA UNE 165019, cuyo antecedente inmediato fueron los Criterios específicos de acreditación para la certificación de sistemas de gestión de *compliance* penal según norma UNE 19601 CEA-ENAC-23. La NORMA UNE 165019, partiendo de las exigencias generales que deben cumplir las entidades de certificación de sistemas de gestión, según lo que establece la NORMA ISO 17021-1:2015, pauta unos presupuestos adicionales para las entidades que pretendan certificar sistemas de gestión penal.

Aunque la NORMA UNE 165019 determina, entre otras cuestiones, los protocolos a seguir por las entidades certificadoras para la emisión de las certificaciones[1385] (el *proceso de certificación*), me centraré aquí en destacar las cautelas reguladas para asegurar la imparcialidad y la competencia profesional de los sujetos que intervienen en la emisión de la certificación.

9.2.3.2 Imparcialidad de las empresas certificadoras.

La NORMA UNE 165019 blinda la objetividad de las certificadoras, impidiendo que intervengan en las evaluaciones de conformidad personas o entidades certificadoras que hayan estado inmersas en determinadas situaciones que podrían generar un conflicto de interés con la entidad certificada.

[1384] Aspecto ya tratado en la letra c) del aptdo. 8.3.4.1 de esta tesis.
[1385] Sobre el proceso de certificación, vid. GONZÁLEZ HURTADO, J.A., "La evaluación de la conformidad de los modelos de organización y gestión para prevenir el delito corporativo", *La Ley Penal*, nº 142, Sección Estudios, enero-febrero 2020.

Por lo tanto, la certificadora debe abstenerse de auditar a empresas a las que, con carácter previo, haya prestado asesoramiento en materia de cumplimiento normativo penal.

Concretamente, además de los criterios generales de gestión de la imparcialidad fijados por la NORMA ISO 17021-1:2015, se contemplan una serie de situaciones que, al implicar determinado grado de participación de la certificadora en el diseño e implantación del modelo de prevención penal de la entidad certificada, podrían influir en su criterio a la hora de otorgar la certificación. Supondrían, dice la NORMA UNE 165019, una "*amenaza inaceptable a la imparcialidad*"[1386]:

i. La realización de forma directa o indirecta funciones como órgano de *compliance* penal.

ii. La elaboración de mapas de riesgos penales.

iii. La ejecución de planes o programas de *compliance*.

iv. La asistencia en el desarrollo de unas sistemáticas o procedimientos de gestión de *compliance* penal, como la elaboración de un manual de prevención de delitos, la definición del canal de denuncias, o la redacción de código de buenas prácticas.

v. La prestación de servicios de asesoramiento y defensa legal en cualquier aspecto relacionado con el *compliance* penal.

vi. El asesoramiento al órgano de *compliance*, al órgano de gobierno o la alta dirección en asuntos de compliance relativos a la organización independientemente de cómo se plasme el resultado en informes, directrices de comportamiento, etc.

La NORMA UNE 165019 regula un segundo grupo de actividades que pueden provocar un detrimento de la equidad de la certificadora, y que se producirá cuando previamente haya efectuado, en favor de la entidad certificada, labores de auditoría o valoración *parcial* de aspectos

[1386] Aptdo. 5.2.5.

referidos al cumplimiento normativo penal. Así, las siguientes actuaciones previas impiden que la entidad certificadora puede verificar a esa concreta entidad:

i. Haber realizado evaluaciones e informes de valoración o idoneidad de la evaluación de riesgos penales;

ii. Haber realizado evaluaciones e informes de cumplimiento legal en materias de las que pueda derivar una responsabilidad penal de la empresa.

En definitiva, como advierte PÉREZ GIL[1387], para que las certificaciones puedan tener relevancia probatoria es imprescindible la independencia de la empresa auditora, objetivo que efectivamente se colma mediante el cumplimiento de los criterios establecidos por la NORMA UNE 165019.

9.2.3.3 Conocimientos exigidos a los miembros de la empresa certificadora.

El segundo aspecto destacable de los criterios, y que me permite ya atribuir a las certificaciones la naturaleza de periciales, se refiere a los especiales conocimientos con que deben contar las personas que intervienen en su realización.

El ANEXO A de la NORMA UNE 165019 destaca las competencias que deben ostentar los auditores que participan en el proceso, y que pueden dividirse en las siguientes materias:

a) Conocimientos sobre riesgos penales.

i. Deben conocer los riesgos penales, y las actividades en que pueden materializarse.

ii. Deben manejar los escenarios de conductas delictivas relacionados con todos los tipos delictivos susceptibles de ser cometidos por las personas jurídicas.

iii. Deben conocer los controles genéricos empleados para prevenir, detectar y evitar ilícitos penales, así como las consecuencias de controles inadecuados o insuficientes.

[1387] PÉREZ GIL, J., *El conocimiento científico en el proceso civil. Ciencia y tecnología en tela de juicio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pág. 211.

b) Conocimientos sobre el contexto de la organización.

iv. Deben comprender el contexto propio de las organizaciones empresariales.

v. Tienen que disponer de las habilidades necesarias para realizar investigaciones en el seno de entidades.

vi. Deben ostentar conocimientos sobre las estructuras corporativas habituales.

c) Conocimientos sobre riesgo penal y diligencia debida.

vii. El equipo auditor debe estar capacitado para evaluar los procedimientos de valoración de riesgos penales y las metodologías habitualmente empleadas para su determinación.

viii. Deben estar familiarizados con los procedimientos de diligencia debida.

ix. Los auditores deben controlar la medición de los riesgos penales y las metodologías habituales para su determinación, así como qué se entiende por diligencia debida. Igualmente, tienen que estar familiarizados con los comportamientos de rectores societarios y de los subordinados que de manera más frecuente vulneran la diligencia debida.

d) Conocimientos sobre diseño e implantación de sistemas de gestión de *compliance* penal.

x. Deben contar con habilidades referidas al diseño y evaluación de los controles necesarios para la prevención, detección y reacción ante conductas delictivas en el seno de la organización.

xi. En último término, y como cajón de sastre de lo antes indicado, los auditores deben tener las habilidades necesarias para el diseño e implementación de programas de *compliance*.

Estas características esenciales, como ya dijera respecto a los *compliance officers*, nos ubican ante la inexistencia de una titulación propia que aglutine con la debida amplitud todas las materias necesarias, por lo que lo ideal es que en el equipo certificador se inserten personas con el grado de Derecho y Administración y Dirección de Empresas, completado con otros estudios complementarios específicos en *compliance*[1388]. También podrían desempeñar las funciones de certificador personas provenientes del sector de la auditoría.

Atendiendo a los conocimientos exigidos a los miembros de las certificadoras, puede darse por cumplido lo que NIETO MARTÍN[1389] califica de aspecto central en la regulación de la certificación: la profesionalidad de las empresas certificadoras.

9.2.4 Naturaleza jurídica de la certificación.

Con estos elementos (NORMA UNE 19601 que aglutina los mejores estándares, auditores sin relación directa con el modelo de prevención penal objeto de la auditoría, y dotados de especiales conocimientos en relación a los riesgos penales empresariales), parece inexorable calificar la actividad de los certificadores como pericial anticipada, en tanto se realice antes de un procedimiento penal, y no necesariamente con ocasión de este, o pericial, "a secas", si su auxilio ha sido recabado ya en el marco de unas diligencias previas o sumariales.

La posible consideración como pericial anticipada es acuñada por NIETO MARTÍN[1390], aunque el autor apunta también la posibilidad, referida igualmente por PÉREZ GIL[1391], de que sea calificada como prueba documental.

[1388] También a esta formación como *base* para los peritos de *compliance,* al menos, dice, hasta que se profesionalice la figura del *compliance officer* se refiere NEIRA PENA, A.M., "La prueba pericial… ob. cit. pág. 587.
[1389] NIETO MARTÍN, A., "Fundamento y estructura… ob. cit. pág. 117.
[1390] NIETO MARTÍN, A., "Fundamento y estructura… ob. cit. pág. 116.
[1391] No obstante, tal y como recuerda PÉREZ GIL, J., "El conocimiento científico… ob. cit. pág. 53, la prueba documental es el medio habitual mediante el que accede el conocimiento experto al proceso, señalando entre los ejemplos que cita el autor, precisamente "*las acreditaciones emitidas por empresas certificadoras*".

En todo caso, si se analiza desde una perspectiva procesal, aunque parece difícil encontrar un encuadre mejor que la naturalización como "pericial anticipada", la expresión requiere, al menos, dos matizaciones:

En primer lugar, puede generar confusión con el concepto de "prueba anticipada" propio de la LECrim, y de la LEC, empleado para aquellas diligencias de prueba que, por no poder posponerse al momento del juicio oral, requieren su celebración de manera inmediata, asegurando siempre el principio de contradicción, y que se efectúan normalmente ante el propio juez instructor (prueba anticipada *impropia*[1392]) o ya ante el órgano de enjuiciamiento (prueba anticipada *propia*).

En segundo término, en puridad, las certificaciones accederán al proceso como medio de prueba documental[1393] y el testimonio de la persona de la empresa certificadora que haya suscrito la certificación (que, sin duda, tendrá que deponer en autos) tendrá la consideración de pericial.

9.2.5 Eficacia de la certificación de los modelos de prevención penal conforme a la NORMA UNE 19601.

Caracterizada ya la certificación de los modelos de prevención penal como pericial, es momento de abordar su alcance *real* en el seno del proceso.

Debe iniciarse el análisis recordando nuevamente que la propia NORME UNE 19601 confiesa en su introducción[1394] "*que una organización cumpla con los requisitos de esta norma UNE no asegura completamente que no se hayan producido en su seno delitos, ni que no vayan a producirse en el futuro. Por consiguiente, esta norma UNE no brinda una garantía absoluta de eliminación del riesgo de comisión de delitos que afronta una organización*". Pese a ello, la certificación tiene indudable relevancia:

[1392] La STS núm. 850/2009 de 28 julio, permite distinguir entre la propia, efectuada ante el órgano de enjuiciamiento, y la impropia, efectuada ante el juzgado instructor.
[1393] Tal y como apunta PÉREZ GIL, J., "El conocimiento científico… ob. cit. pág. 53, su consideración como medio de prueba documental puede tener relevancia a los efectos del acceso a la casación, toda vez que, de conformidad con el artículo 849. 2º LECrim, se entenderá infringida la Ley, a efectos casacionales, cuando haya existido error en la valoración de la prueba, que se deduzca de documentos obrantes en autos. Así, si la certificación accede como documento, y la sentencia considera que el programa de cumplimiento normativo no es idóneo, podría abrirse la posibilidad de interponer recurso de casación.
[1394] Pág. 7.

Un modelo de prevención penal certificado denota *prima facie* la voluntad corporativa de asentar una adecuada cultura de cumplimiento normativo. Decía MAZA MARTÍN[1395] que "*Disponer de un sistema de gestión penal alineado con la Norma UNE 19601 no garantiza per se la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica, pero contribuye notablemente a generar o consolidar una cultura ética y de respeto a la Ley, que sí es determinante de tal exención*". En la misma línea, FEIJOO SÁNCHEZ[1396] sugiere que "*La certificación tiene como objetivo dejar claro a las autoridades o a terceros que se cumplen los estándares*". Por su parte, GONZÁLEZ HURTADO[1397], desgajando las ventajas de la certificación, consigna que son "*un aliado: (i) tanto de las empresas y otras organizaciones que quieran – necesiten – dar buena cuenta de su compromiso con el establecimiento de una cultura de compliance a través de la implementación de mecanismos de control del riesgo; (ii) como de los fiscales, jueces y magistrados, que tendrán un elemento probatorio real – medible y evaluable – a la hora de valorar precisamente esa cultura en las organizaciones cuando se enfrenten al proceso penal*".

Además, en mi opinión, la certificación del modelo de prevención penal conforme a la NORMA UNE 19601 permite, como presunción *iuris tantum*, tener por acreditada la idoneidad *ex ante* del modelo de prevención penal[1398]. La certificación supone consagrar que el modelo de organización y gestión penal implantado está alineado con las exigencias del CP, y que comprende las medidas y controles que según las reglas técnicas son aptos para prevenir delitos. En esta línea, señala MAGRO SERVET que la certificación "*ayudará al juez de forma extraordinaria que ese programa de prevención que la empresa ha aportado tiene una certificación de un supervisor que ha examinado el programa y ha entregado un certificado que avala la corrección del programa en los objetivos que debe cumplir"*[1399]. Por su parte, para GÓMEZ TOMILLO, la existencia de una certificación, aunque no suponga una acreditación plena con presunción *iuris et de iure*, genera una inversión de la carga de la prueba, de tal forma que "*Emitida la certificación corresponderá a*

[1395] MAZA MARTÍN, J.M., "Presentación" en CASANOVAS YSLA, A., "*Compliance" penal normalizado: el estándar UNE 19601*". Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2017, págs. 19-20, pág. 20.
[1396] FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el CP… ob. cit. pág. 28.
[1397] GONZÁLEZ HURTADO, J.A., "La evaluación de la conformidad… ob. cit. pág. 12.
[1398] GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La culpabilidad de la persona jurídica… ob. cit. págs. 187-188, señala que, desde la perspectiva de la teoría del delito, la idoneidad *ex ante* se plantea en el ámbito de la tipicidad objetiva – permite establecer si el modelo de prevención es adecuado sobre el papel – y, en cambio, la eficacia, relacionada con la vigencia efectiva de la cultura de cumplimiento, se mueve ya en el terreno de la culpabilidad.
[1399] MAGRO SERVET, V., "Viabilidad de la pericial… ob. cit. pág. 8.

la acusación acreditar bien que la certificación fue irregular, bien que elementos significativos de violación implicaron una modificación del sistema"[1400].

En Chile, país que contempla expresamente en su legislación la certificación de los modelos de prevención penal[1401], se otorga a este elemento una importancia relativa, referida a su idoneidad *ex ante*. Para MATUS ACUÑA, en el sistema norteamericano, o chileno, la certificación vale simplemente como "*certificación del actuar prudente"*[1402], por lo que se inclina en afirmar que, en los citados ordenamientos, puede suponer una atenuación de la responsabilidad penal. También en referencia al sistema de responsabilidad penal chileno, HERNÁNDEZ BASUALTO señaló que la certificación "*debería fundar una presunción de cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión en favor de la entidad*[1403]." Por su parte, la Guía Práctica *Buenas Prácticas de Investigación Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* de la Fiscalía chilena[1404] indica: "*La certificación de un modelo no debiera hacer variar la situación en lo fundamental, al menos, por cuanto ello no implica que la empresa cumplió satisfactoriamente con sus deberes de supervisión y dirección, determinación que le corresponde hacer en definitiva al tribunal. Eso sí, ello importa un desafio mayor para la investigación que debiera estar en condiciones de desvirtuar el indicio de cumplimiento en que se constituye el certificado*".

[1400] GÓMEZ TOMILLO, M., "Compliance penal y… ob. cit. págs. 33-34. En idéntico sentido se pronuncia la Circular de la FGE 1/2016. Por su parte, el Presidente de la Audiencia Nacional, RAMÓN NAVARRO, señala que es "*un certificado reconocido y de prestigio; da un sello pre-pericial de que se ha cumplido*", por lo que "*en caso de poseer la UNE 19601, yo haría volver a cambiar la carga de la prueba"* http://www.eleconomista.es/legislacion/noticias/8438881/06/17/Navarro-apuesta-por-examinar-el-plan-para-prevenir-delitos-en-la-instruccion.html (última visita 04/06/2019)

[1401] El artículo 4 de la Ley 20.393 señala: "*4) Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos. a) El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.b) Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica.*
Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador."

[1402] MATUS ACUÑA, J.P., "Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, Nº. 11, 2017, págs. 38-43, pág. 41.

[1403] HERNÁNDEZ BASUALTO, H, "La introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Chile", *Política Criminal,* Volumen N.5, nº9, pág. 207-236, pág. 227.

[1404] Pág. 8.

Aunque, como digo, la certificación atestigua la idoneidad del modelo de prevención, no sirve para acreditar su eficacia, como de forma unánime asume la doctrina[1405] y la FGE[1406].

En resumen, puede concluirse que la existencia de una certificación, emitida con las garantías de imparcialidad y objetividad por un experto en la materia, augura que, cuando menos, el modelo de organización y gestión penal cumple, *en abstracto*, los requisitos necesarios para la prevención, detección y reacción ante ilícitos penales. Se trata de un punto de partida, que supone un sustancial ahorro de tiempo y esfuerzos a las acusaciones y al propio tribunal, pues debería provocar, como apunta FEIJOO SÁNCHEZ[1407], que el juzgador no tenga que revisar todo el modelo sino únicamente los aspectos de cumplimiento relacionados con el hecho concreto.

9.3 Perito como auxilio judicial estable. Relevancia en los procesos frente a las personas jurídicas.

La intervención de los peritos durante la fase sumarial, ha estado tradicionalmente centrada en pericias concretas, cuyo objeto había sido previamente delimitado por el juzgado. No obstante, en el ámbito general de los delitos económicos (y especialmente, por lo que aquí me toca, en las investigaciones en entornos empresariales) el perito puede, como señala el fiscal SÁNCHEZ ULLED, convertirse en un auxiliar estable, que contribuya desde un principio a la definición del propio objeto material de la pericia[1408] y, desde ahí, ayudar "*al juez a orientar adecuadamente la instrucción"*[1409].

Se lograría con este tipo de intervención de los peritos, según el también fiscal LUZÓN CASANOVAS[1410], que el experto sugiriera "*al Juez la obtención de determinada documentación o la práctica de concretas diligencias, además de extraordinariamente provechoso para el fin del*

[1405] GALLEGO SOLER, J.A., "Criminal Compliance y… ob. cit. pág. 225 considera que la certificación "*no garantiza la idoneidad operativa del modelo erga omnes, y por tanto no es prueba plena en el proceso penal".* Por su parte, MAGRO SERVET, V., "Viabilidad de la pericial… ob. cit. pág. 8, afirma sobre las certificaciones que "*Sin embargo, este certificado no es por sí solo prueba bastante para acreditar la eficacia del programa y debería estar acompañado de la pericial* [pericial de experto en *compliance* designado por el Juzgado, se refiere]"
[1406] Indica la Circular 1/2016 en el aptdo. tercero, del punto 5.6 que "*en modo alguno acreditan la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial*".
[1407] FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El delito corporativo en el CP… ob. cit. pág. 76.
[1408] SÁNCHEZ ULLED, E.J, "Estrategias de investigación… ob. cit. pág. 17.
[1409] SÁNCHEZ ULLED, E.J, "Estrategias de investigación… ob. cit. pág. 26.
[1410] LUZÓN CASANOVAS, A., "Problemas en la investigación… ob. cit. pág. 274.

proceso, en absoluto compromete (...) la imparcialidad del perito ni la objetividad del informe finalmente elaborado, que quedará sujeto, como es natural, a la oportuna contradicción en el juicio oral".

Cuestionándose SÁNCHEZ ULLED si, por lo tanto, puede el perito participar en la determinación de lo que ulteriormente será objeto de su informe, colaborando con el juez en la orientación adecuada de la instrucción[1411], el autor contesta afirmativamente esa pregunta, en base a los artículos 336[1412], 456, y 577[1413] LECrim. Igualmente, refiere el artículo 473.1 LOPJ, en virtud del cual podrán colaborar con los Tribunales funcionarios de otras Administraciones que, con carácter ocasional o permanente, sean necesarios en el desarrollo de actividades concretas que no sean las propias de los cuerpos de funcionarios regulados en el capítulo en que se ubica el precepto[1414], y que requieran conocimientos técnicos o especializados.

SÁNCHEZ ULLED siempre se refiere a esa labor de los peritos como auxiliadores estables cuando se trata de funcionarios públicos. Al respecto, señala dos ejemplos jurisprudenciales, como los ya referidos casos FILESA y BANESTO, en los cuales se pudo apreciar la utilidad de esta colaboración permanente, y no meramente ocasional. Asegurando la imparcialidad y, lógicamente, los especiales conocimientos técnicos, nada impide que el auxilio pericial estable se preste por sujetos ajenos al sector público.

[1411] SÁNCHEZ ULLED, E.J, "Estrategias de investigación… ob. cit. pág. 27. En contra de este tipo de intervención estable de los peritos, MARCHENA GÓMEZ, M., "De peritos, cuasiperitos y pseudoperitos", *Poder Judicial*, nº39, 1995, págs. 233-251, págs. 243-246.

[1412] "*En los casos de los dos artículos anteriores ordenará también el Juez el reconocimiento por peritos, siempre que esté indicado para apreciar mejor la relación con el delito, de los lugares, armas, instrumentos y efectos a que dichos artículos se refieren, haciéndose constar por diligencia el reconocimiento y el informe pericial. A esta diligencia podrán asistir también el procesado y su defensor en los términos expresados en el artículo 333*". Los preceptos del Anteproyecto LECrim 2020 referidos a la inspección ocular (artículos 436 a 443) no contienen una previsión similar, si bien regulan con más exhaustividad la participación de técnicos especialistas en obtención, tratamiento y análisis de huellas y vestigios, que intervendrán junto con la Policía Judicial en supuestos de muerte violenta o sospechosa de criminalidad con la participación del médico forense.

[1413] "*Si para determinar sobre la necesidad de recoger las cosas que se hubiesen encontrado en el registro fuere necesario algún reconocimiento pericial, se acordará en el acto por el Juez, en la forma establecida en el capítulo VII del título V*". El Anteproyecto LECrim 2020, en los artículos 423 y 424, referidos al registro de libros, papeles y efectos, no contempla la intervención de peritos.

[1414] Cuerpos de Médicos Forenses, de Facultativos del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, de Gestión Procesal y Administrativa, de Técnicos Especialistas del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, de Tramitación Procesal y Administrativa y de Auxilio Procesal, de Ayudantes de Laboratorio y de otro personal al servicio de la Administración de Justicia.

Con la intención de articular esta colaboración duradera entre especialistas y los tribunales se creó la conocida como Unidad de Apoyo para Causas por Corrupción (UACC)[1415] que, entre otras ventajas, permite que, a petición del titular del juzgado, se le preste colaboración, facilitando incluso la adopción de medidas de refuerzo personal y material, y recabando de las Administraciones la puesta a disposición de los órganos judiciales de especialistas en economía, contabilidad, informática y otras materias. Para un mejor empleo de la UACC, se elaboró una Guía Práctica de Actuación en la tramitación de causas complejas por corrupción, cuyo aptdo. C regula la colaboración estable de funcionarios de otras administraciones en la investigación y enjuiciamiento de ilícitos[1416].

Sentado lo anterior, atendiendo a las dificultades con que se encontrarán los juzgados instructores en la averiguación de los pormenores delictuales en las infracciones penales cometidas en el seno de las personas jurídicas, y sobre todo, en estos momentos *iniciales* de la promulgación de la responsabilidad de las personas jurídicas, en que la ausencia de formación específica de los jueces, unida a la falta de experiencia, dificultarán su instrucción o enjuiciamiento, el auxilio de peritos que cuenten con los conocimientos establecidos en la NORMA UNE 165019 facilitará el trabajo, y aumentará la eficacia de los procesos penales frente a las personas jurídicas. La intervención de

[1415] http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-pone-en-marcha-la-Unidad-de-Apoyo-para-Causas-por-Corrupcion-con-el-fin-de-agilizar-la-respuesta-judicial-ante-este-tipo-de-delitos

[1416] "*Puede solicitar la cooperación y asistencia activa de otras administraciones a través de la puesta a disposición de los instructores de especialistas en diversas áreas con el fin de lograr mayor agilidad y eficacia en el ejercicio de sus competencias. En este sentido merece especial atención el artículo 473 de la LOPJ que prevé la posibilidad de que funcionarios de otras administraciones presten servicios en la Administración de Justicia, con carácter ocasional o permanente, cuando sean necesarios para auxiliarla en el desarrollo de actividades concretas que requieran conocimientos técnicos o especializados, constituyen habilitación legal suficiente para que el juez instructor pueda, desde el inicio de las investigaciones, recabar el correspondiente auxilio de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) –a través de las oficinas de auxilio y de otros departamentos (como la Oficina Nacional de Investigación del Fraude –ONIF–) integrados por funcionarios públicos, fundamentalmente inspectores de la AEAT, expertos en materia económica y tributaria–, de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), a través de los funcionarios expertos en el análisis de la contratación pública, así como en el control interno de la gestión económica y financiera del sector público estatal. Dicha previsión legal es a su vez consecuencia de la obligación general de prestar la colaboración requerida por juzgados y tribunales en el curso del proceso –arts. 118 CE y 17.1 LOPJ–, y tiene su expresión en el art. 11.1 aptdo. J) del RD 256/2012 de 27 de enero por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en lo que respecta al auxilio y colaboración con la Administración de Justicia por parte de la IGAE; y en el artículo 103 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, y artículo 141 de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria, en lo que se refiere al auxilio a los juzgados y tribunales de justicia en la investigación, enjuiciamiento y represión de delitos públicos por parte de la AEAT*".

estos profesionales coadyuvará al sobreseimiento temprano[1417] o, en su caso, facilitará una correcta recopilación de vestigios que permitan un ulterior enjuiciamiento sobre la base de verdaderos indicios de criminalidad.

Mediante los peritos de *compliance*, extraíbles de las listas aportadas a los juzgados decanos por instituciones como ASCOM, CUMPLEN, WCA o IOC[1418], se podrá lograr la colaboración regular con el Juzgado, orientando y sugiriendo los documentos a recabar de la persona jurídica, ya sea mediante requerimientos a la propia entidad o durante las diligencias de entrada y registro. Igualmente, podrán señalar aquellas testificales que pueden resultar más relevantes, apuntando asimismo por dónde pueden orientarse las preguntas.

La existencia de una certificación conforme a la NORMA UNE 19601, efectuada con carácter previo a la incoación del proceso, no restará importancia a la posible intervención de un perito designado por el juzgado. Dado que la relevancia probatoria de la certificación se limita a la idoneidad *ex ante*, sobre el papel, del *compliance program*, sin que de ello se desprenda su efectiva implantación en la sociedad en el momento de comisión del ilícito y su eficacia en el supuesto concreto, la certificación aligerará el trabajo del perito judicial, que únicamente deberá pronunciarse sobre la relevancia del modelo de organización y gestión penal en relación con el delito investigado.

De este modo, si bien la virtualidad de la certificación se extiende *solo* a lo relativo a la corrección o no del diseño – *recuerdo*, primera fase en la evaluación del modelo de prevención penal –, la participación estable de un perito en *compliance* puede tener una amplitud total, manifestando su opinión sobre la efectiva implantación del programa de *compliance* – segunda fase de la evaluación

[1417] DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, A., "Responsabilidad penal de personas jurídicas y presunción… ob. cit. pág. 39, denuncia que "*Tengo la impresión de que en la praxis judicial se tiende a imputar con excesiva facilidad a personas jurídicas (lo que tiene cierta explicación); y, sin embargo, cuesta mucho desimputarlas (lo que jurídicamente es menos justificable). Ha arraigado una sibilina fuerza inercial que empuja a mantener su imputación con el pretexto de que la decisión definitiva sobre su responsabilidad o su eventual exoneración por la vigencia de un programa de cumplimiento eficaz habrá de ventilarse necesariamente en el juicio oral: anticipar el sobreseimiento significaría para el Juez de Instrucción atribuirse competencias del órgano de enjuiciamiento. Esta práctica es procesalmente reprochable, aunque encuentra explicación en la psicología judicial. A veces también se buscan justificaciones jurídicas que reputo poco o nada fundadas. La causa excluyente de la responsabilidad penal de la persona jurídica consistente en la existencia de un programa de cumplimento eficaz, con independencia de cuál sea su catalogación dogmática correcta (tema sobre el que me detendré infra), puede ser constatada y reconocida en fase de instrucción. Sin duda*."

[1418] Peritos Compliance | Instituto Oficiales Cumplimiento (iocumplimiento.org) (última visita, 28/03/2021).

del modelo de prevención penal – y su eficacia práctica en el día a día societario – tercera fase de la evaluación – .

Como indica NEIRA PENA[1419], el perito de *compliance* puede llegar básicamente a tres conclusiones: (i) que no había programa de cumplimiento normativo penal, o que el instaurado era puramente cosmético, por no haberse implantado de forma real; (ii) que aunque efectivamente existía un modelo de prevención penal instaurado, era insuficiente, por carecer de algún elemento esencial, o por haberse producido fallos en su implementación o funcionamiento que hayan provocado un déficit de control materializado en el ilícito objeto de autos; y (iii) que siendo adecuadas las medidas de control instauradas, el delito presupuesto se haya cometido a resultas de un riesgo imprevisible o de difícil previsión, o mediante la elusión fraudulenta de los controles establecidos por el autor.

9.4 Periciales corporativas.

9.4.1 Introducción.

La aplicación práctica de la responsabilidad penal de las corporaciones está requiriendo ya que, en el marco del proceso, se determine la idoneidad de los controles específicos que según el *estado del arte* del sector al que pertenezca la entidad investigada, eliminen o cuanto menos mitiguen el riesgo de comisión delictiva. Aunque la promulgación de la NORMA UNE 19601 facilitará la fijación de los controles genéricos, comúnmente exigibles a cualquier entidad, en relación a los delitos *más excepcionales* (vinculados con bienes jurídicos perfilados en entornos regulatorios complejos), resultará vital que peritos en la materia colaboren permanentemente con el juzgador para consignar en autos los controles (financieros o no) exigibles, que sean constitutivos del debido control según la *lex artis* aplicable y, con ello, auxiliar al juzgado sobre si, en el concreto caso, el sujeto colectivo los ha implantado e interiorizado correctamente.

Aunque las posibilidades de introducción de ese conocimiento experto son variadas (haré referencia al modelo italiano y a otras propuestas doctrinales), se sugiere en este aptdo. la realización de las conocidas como periciales corporativas (artículo 340.2 LEC), que permitirán la inserción en el proceso de conocimientos ultra especializados, o la realización de pericias en

[1419] NEIRA PENA, A.M., "La prueba pericial… ob. cit. pág. 592.

aquellos supuestos en que, para su ejecución, sean precisos medios o instrumentos tecnológicos, documentales o de otra índole, solo a disposición de determinados organismos centrados en la disciplina relacionada con el objeto de la pericia.

9.4.2 Propuestas análogas.

Antes de entrar en el estudio de la solución que aquí se propugna para facilitar, principalmente, la investigación y enjuiciamiento de los ilícitos criminales societarios menos comunes, es ineludible desgajar propuestas con patentes analogías mediante las que se logra que expertos del concreto sector afectado (antes de la comisión del delito, o una vez éste se ha consumado) ayuden a determinar las cautelas exigibles para la correcta supervisión, vigilancia y control de la actividad empresarial, y su efectivo seguimiento en el supuesto enjuiciado.

9.4.2.1 El modelo italiano.

La regulación italiana, compilada en el *Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231. Disciplina della responsabilita' amministrativa delle persone giuridiche, delle societa' e delle associazioni anche prive di personalita' giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*[1420], establece en su artículo 6 que los modelos de organización y gestión pueden ser desarrollados sobre la base de Códigos previamente elaborados por la asociación sectorial (construcción, finanzas, agricultura, y así un largo etcétera). Esas *propuestas de códigos* son sometidas al Ministerio de Justicia que, antes de su aprobación, puede efectuar consultas a otros Ministerios relacionados[1421].

De esta manera, se logra un código sectorial que recoge las mejores prácticas en la prevención de delitos.

[1420] Al respecto de la norma italiana, y su aplicación, vid, BOTTONI, R., MADONNA, M., SAMMAMASSIMO, S., "Decreto legislativo 8 giugno 2001, nº. 231 Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma delparticolo 11 della leg", *Quaderni di diritto e política ecclesiastica*, Nº 2, 2002, págs. 542-545; o SCARCELLA, A., "Responsabilità "penale" degli enti per la S.p.a. esercente funzioni trasferite da enti pubblici territoriali?", *Processo penale e giustizia*, Nº. 2, 2011, págs. 35-39.

[1421] Ejemplo de programa de cumplimiento normativo penal aprobado con estos sacramentos es el de Confindustria, asociación que representa a las empresas de fabricación y servicios en Italia (https://www.confindustria.it/notizie/dettaglio-notizie/linee-guida-confindustria-231-modelli-organizzativi última visita 27/02/2020).

Las ventajas del modelo italiano en comparación con el español son patentes:

1. La previa aprobación de un código por el Ministerio de Justicia, con la intervención del Ministerio del ramo más afectado por la actividad desarrollada por el sector, otorga al texto surgido un barniz de idoneidad que permite que aquellos elaborados por las concretas empresas del sector, sobre la base del aprobado por el Ministerio, puedan presumirse como *expresión del debido control sectorial*. Una hipotética adaptación de este modelo en nuestro país redundaría en la tan ansiada seguridad jurídica que aún escasea en lo relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2. El establecimiento en España de un modelo similar permitiría una transición menos abrupta de las personas jurídicas hacia la pretendida autorregulación. La falta de perspectiva social sobre la relevancia de los modelos de prevención penal y, con ello, la percepción de su coste como un gasto innecesario, provocan que las pequeñas y medianas empresas, mayoritarias en nuestro tejido empresarial, se vean desincentivadas en el desarrollo de sistemas de gestión del cumplimiento normativo penal. Si a esto se une que, de momento, dada la actuación de los *juzgados de a pie*, la imputación de las personas jurídicas se percibe aún como algo excepcional, los incentivos reales para la implantación son escasos. En cambio, si es la propia asociación del ramo la que fomenta el desarrollo de un código *tipo*, se logran dos aspectos de vital relevancia. Primeramente, por el efecto contagio, serán más las empresas las que adopten estos sistemas. El *compliance*, en cierta medida, puede verse como una desventaja competitiva respecto a las otras entidades del entorno, lo cual se evitaría si se generalizara y, de hecho, terminaría percibiéndose como un aspecto positivo que facilita una mejor comprensión de la propia organización, así como la detección de los delitos en los que la propia persona jurídica pueda resultar perjudicada[1422]. En segundo lugar, y así se salva el problema esencial de implantación del *compliance*, se logrará un elevado ahorro de costes para las empresas. Aunque cada corporación, lógicamente, tendrá sus propios matices, uno de los aspectos esenciales en

[1422] *Compliance ad intra*, al que se refiere la STS núm. 316/2018 de 28 de junio.

la fijación del contexto de la entidad es la actividad desarrollada. Desde ahí se podrán regular las particularidades de cada empresa[1423], pero partiendo de un tronco común.

3. En tercer término, y más importante en lo que aquí me ocupa, se logra mayor eficacia en los controles de la actividad, al ser establecidos por auténticos expertos en la materia. Se facilita, también, la labor del juzgador, que podrá tomar como base para saber qué es debido control el Código propuesto por la asociación, y aprobado por el Ministerio.

Aunque este aspecto del modelo italiano no haya sido emulado en España, eso no impide que las asociaciones sectoriales desarrollen un *código* base, a emplear por sus miembros, facilitando de ese modo su interiorización, sobre todo en las pequeñas empresas carentes de los recursos financieros necesarios como para encargar la creación de un sistema de gestión de *compliance* penal *ex novo* para su entidad.

Con ciertas similitudes a lo regulado en Italia, me parece destacable la iniciativa de la Autoridad Vasca de la Competencia que, en colaboración con AENOR, pretende elaborar una norma UNE de *compliance* en materia de competencia[1424]. Se enmarcaría aquí igualmente la ya referida Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia, publicada por la CNMC el 10 junio de 2020.

9.4.2.2 *Stakeholder democracy*.

Con similitudes al sistema italiano, NIETO MARTÍN sugiere una propuesta también encaminada a garantizar la objetividad en la supervisión de los modelos de prevención penal y la determinación de la idoneidad y eficacia de los controles específicos establecidos.

[1423] Por ejemplo, aquellas más relacionadas con el sector público tendrán mayor probabilidad de cometer el delito de cohecho, tráfico de influencias o malversación y el impacto serán aún mayor, pues la prohibición de contratar impuesta como pena pudiera tener graves consecuencias en su cifra de negocio.
[1424] https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/dosier_de_prensa/es_publi_ac/201008-NP-Compliance.pdf (última visita 28/02/2021)

Así, propone lo que denomina "*estandarización sectorial*", que supondría la fijación del *estado del arte* por sujetos u organismos enmarcados en el campo de actividad, si bien señala el autor que "*es de nuevo el lobo el que se constituye como pastor del rebaño"*[1425].

Para eludir este "autoarbitraje", propone un tipo de externalización basada en la *stakeholder democracy*, indicando que "*un programa de cumplimiento solo es creíble cuando es supervisado por personas externas a la empresa que representan además los intereses sociales que pone en peligro la actividad de la empresa"*[1426]. Por ejemplo, ecologistas, respecto a los delitos medioambientales, Organizaciones No Gubernamentales sobre corrupción[1427], o sindicatos, en cuestiones relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo.

No obstante, si bien el planteamiento de NIETO MARTÍN ostenta grandes virtudes, logrando la fijación de los controles aplicables por peritos en la materia, esos sujetos externos (agentes *pasivos* del sector) también tienen intereses en juego, por lo que sus opiniones pueden ser igual de sesgadas que las provenientes de las entidades o asociaciones que representen a los agentes *activos*.

9.4.3 Regulación y caracterización de las periciales corporativas.

La génesis regulatoria de las denominadas periciales corporativas[1428] (también conocidas como institucionales o académicas) se encuentra en la LEC 1881, en cuyo artículo 631, párrafo primero, se establecía que "*A instancia de cualquiera de las partes, el Juez podrá pedir informe a la Academia, Colegio o corporación oficial que corresponda, cuando el dictamen pericial exija operaciones o conocimientos científicos especiales*".

Con importantes cambios, la actual LEC señala en el artículo 340, aptdo. 2: "*Podrá asimismo solicitarse dictamen de Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia. También podrán emitir dictamen sobre cuestiones específicas las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello"*, añadiéndose en el

[1425] NIETO MARTÍN A., "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal" en PABLO MONTIEL, J. (Ed. Lit.), KUHLEN, L. (Ed. Lit.), ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Ed. Lit.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, págs. 21-50, pág. 43.
[1426] NIETO MARTÍN A., "Problemas fundamentales del… ob. cit. pág. 43.
[1427] Aquí podríamos ubicar la Guía práctica de autodiagnóstico y *reporting* en cumplimiento normativo, buen gobierno corporativo y prevención de la corrupción, elaborada por Transparencia Internacional España en 2017.
[1428] Así las califica, por ejemplo, ABEL LLUCH, X. "Criterios orientadores de la valoración… ob. cit. pág. 221.

aptdo. 3, como método para la identificación de los concretos autores que "*En los casos del aptdo. anterior, la institución a la que se encargue el dictamen expresará a la mayor brevedad qué persona o personas se encargarán directamente de prepararlo, a las que se exigirá el juramento o promesa previsto en el aptdo. segundo del artículo 335*."

De la simple comparativa del pretérito artículo 631 con el actual 340 se aprecia que, si bien la referencia a las academias se ha mantenido, los colegios o corporaciones oficiales han sido sustituidos por las instituciones culturales y científicas, añadiéndose además las que propiamente se pueden denominar pericias corporativas, efectuadas por personas jurídicas habilitadas a tal efecto.

Además, con la *nueva* regulación cabe que las entidades encargadas del dictamen no sean oficiales, como sí que se exigía por la LEC 1881.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ[1429] apunta otra diferencia respecto a la LEC 1881: "*a diferencia de lo que ocurría con la legislación procesal anterior, este precepto no especifica los motivos que han de llevar al tribunal a ordenar la realización de actividad pericial por persona jurídica, de lo cual se concluye que este tipo de intervención no tiene el carácter excepcional y subsidiario, sino que es una opción alternativa a los dictámenes emitidos por peritos individuales*".

Para FONT SERRA, la especialidad de esta pericia, respecto al *régimen general*, estriba en su encomienda a una persona jurídica la cual, a su vez, seleccionará entre sus miembros la persona o personas que ejecutarán las operaciones periciales y luego lo plasmarán en el correspondiente informe[1430]. Aunque *prima facie* pudiera hablarse de periciales de personas jurídicas, no debe obviarse que resulta imprescindible la ulterior identificación del autor, que deberá prestar el juramento o promesa de decir verdad, como acto personalísimo, e ineludible, impropio de una persona jurídica. Igualmente, la exigencia de identificación es requisito previo para posibilitar su

[1429] GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P.M., "Competencia profesional y objetividad en la actuación del perito: un examen de sus garantías procesales en el marco de una posible reforma" en PICÓ I JUNOY, J. (Dir)., ANDINO LÓPEZ, J.A, CERRATO GURI, E. (Coords.), *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, Barcelona: Bosch, 2020, págs. 321-365, pág. 331.
[1430] FONT SERRA, E., "El dictamen de peritos… ob. cit. pág. 161.

tacha o recusación (artículo 343 LEC y el artículo 468 LECrim), tacha o recusación que parecen inconcebibles respecto a una corporación.

Añade FONT SERRA, en referencia al artículo 631 LEC 1881, que "*en la anterior LEC la posibilidad de acudir al informe o dictamen de una Academia, Colegio o Corporación Oficial era subsidiaria al informe o dictamen de peritos individuales, en cuanto quedaba condicionada, según su artículo 631.I, a que el dictamen pericial exigiera operaciones o conocimientos científicos especiales, es decir, operaciones por las que la persona jurídica acostumbra a disponer de mejores medios e instrumentos para llevarlas a cabo y de conocimientos superiores a los de los peritos individuales"*[1431].

MONTERO AROCA[1432], tras indicar que el problema en la anterior regulación de la pericial académica residía en la indeterminación de la persona que realmente efectuaba el dictamen (cuestión superada con la actual redacción), señala que de lo que se trata con este tipo de pericia es "*de que la prueba pericial puede efectuarla una academia, colegio, o corporación oficial, con lo que se está admitiendo la pericia por personas jurídicas e incluso por entes sin personalidad jurídica y también por centros de investigación privados*".

La principal diferencia entre las periciales, *a secas*, y las periciales corporativas, según apunta FONT SERRA, reside en el plus de especialización que requieren los procesos en los que surge la necesidad de acudir a este tipo de peritos, lo que se apreciaba con mayor nitidez analizando la regulación del dictamen pericial en la LEC 1881, que fijaba como norma general de aplicación del conocimiento experto (artículo 610) "*cuando, para conocer o apreciar algún hecho de influencia en el pleito, sean necesarios o convenientes conocimientos científicos, artísticos o prácticos*." El artículo 631 del mismo texto *añade*, como presupuesto para recurrir a la pericial institucional o académica, que los hechos o circunstancias a valorar exijan "*operaciones o conocimientos científicos especiales*".

Así, el precepto permite introducir conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos en relación con materias ultra especializadas. Es decir, la pericial, *per se*, tiene como finalidad la

[1431] FONT SERRA, E., "El dictamen de peritos… ob. cit. pág. 162, refiriendo además el autor, como apoyo de su aseveración, la STS de 5 de marzo de 1956, o la de 16 de octubre de 1956.
[1432] MONTERO AROCA, J. "La prueba en el proceso… ob. cit. pág. 324

aportación de máximas de experiencia, ajenas al saber común, que resulten necesarias para la resolución de la *litis*. No obstante, ni tan siquiera el listado de peritos individuales que se aporta a los juzgados, principalmente por los colegios profesionales[1433], cumplen plenamente esa exigencia cuando la cuestión objeto de pericia es muy específica, incluso dentro de una materia ya de por sí especializada. No en vano, la STS (Sala 3ª) de 30 de septiembre de 2009 se refiere a la pericial corporativa como "*prueba pericial especial*".

Además, y aunque no pueda desprenderse del tenor literal de la LEC, atendiendo principalmente a la doctrina jurisprudencial que luego analizaré, se aprecia que, en determinados supuestos, es necesario recurrir a este tipo de pericia cuando para la elaboración del dictamen sea necesario contar con medios materiales de difícil alcance para peritos individuales. Me refiero no solo a herramientas tecnológicas, sino también a otras de índole documental (por ejemplo, archivos disponibles en determinadas instituciones) que provocan que, si bien la pericia pueda ser efectuada por el *común* de los miembros de esa concreta comunidad científica, únicamente aquellos que puedan tener acceso a determinados elementos (quizá, precisamente, por su condición de componentes de la academia, institución o corporación) estén en disposición de emitir una opinión fundada.

Con la designación por este método se efectúa una genérica remisión a la academia o institución seleccionada que, a su vez, entre sus miembros (aptdo. 2 del artículo 340 LEC), podrá determinar los más preparados para la elaboración de la pericia (por contar con esos conocimientos *especiales dentro de la especialidad* o simplemente por saber emplear los medios de los que dispone la institución o academia), quienes serán identificados en el juzgado a la mayor prontitud.

Por ello, a estas alturas, se puede definir la pericial institucional, académica o corporativa como aquel medio de auxilio al juzgador que tiene como finalidad la aportación al proceso de conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos necesarios para valorar hechos o circunstancias relevantes en la resolución de un proceso que, por sus singulares características, requieran que el experto que intervenga ostente unos conocimientos que no son ordinarios en la *comunidad del saber* a la que este pertenece, o precise de medios materiales solo al alcance de

[1433] Artículo 340.1 LEC.

determinadas instituciones, academias o corporaciones que se ocupen del estudio de la materia a la que corresponda el objeto de la pericia.

Aunque con origen en la regulación de la LEC, su empleo es ya común en el proceso penal, destacando, como señala ETXEBERRÍA GURIDI[1434], las "*pericias más científicas u objetivas, en contraposición a las anteriores, es decir, las consistentes en la aplicación de técnicas cuyos resultados no dependen tanto de interpretaciones u opiniones de expertos, se encomienden no tanto a personas físicas, sino a laboratorios u organismos en los que se trabaja en equipo y en los que la individualización concreta del autor no es tan determinante. El ejemplo más esclarecedor, por frecuente, sería el de la determinación de la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes*". ETXEBERRÍA GURIDI refiere que este tipo de pericias es importante igualmente cuando se requiere una opinión coordinada "*de varios pareceres especializados"*[1435], como la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor, que se refiere al "informe del equipo técnico" formado, en principio, por psicólogos, educadores y trabajadores sociales (art. 4.1.I Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio).

9.4.4 Tipología de las academias, instituciones y corporaciones.

Según se deriva del precepto, los entes que pueden elaborar la pericia son básicamente de tres clases:

En primer lugar, se refiere a las academias[1436], creadas como instituciones que, en búsqueda de la excelencia en sus respectivos ámbitos de estudio, se dedican a la investigación en materias científicas, humanísticas o artísticas, principalmente. Las más destacadas son las Reales Academias que se encuentran bajo el Alto Patronazgo del Rey (artículo 62.j CE) y que buscan erigirse en el mayor paradigma en pensamiento, cultura, e investigación en sus campos de actividad. En la actualidad, existen diez Reales Academias: lengua castellana; historia; bellas artes; ciencias exactas, físicas y naturales; ciencias morales y políticas; medicina; jurisprudencia y legislación; farmacia; ingeniería; ciencias económicas y financieras. Aunque el número de Academias asociadas al Instituto de España, y las consagradas en las diferentes Comunidades

[1434] ETXEBERRIA GURIDI, J.F, "Prueba pericial… ob. cit. pág. 672.
[1435] ETXEBERRIA GURIDI, J.F, "Prueba pericial… ob. cit. pág. 673.
[1436] MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J.L., "Estatuto jurídico de las academias científicas territoriales", *Revista Jurídica de Castilla y León,* nº 45, mayo 2018, págs. 113-146.

Autónomas, es sustancialmente mayor, los campos de estudio son, principalmente, los diez ya relacionados.

La delimitación de las instituciones culturales y científicas a las que se refiere el artículo 340 LEC resulta más complicada, dada su proliferación.

En lo que respecta a las instituciones culturales, atendiendo a los datos extraíbles del Observatorio de la Cultura[1437] encontramos las organizaciones, sin ánimo de lucro, dedicadas al estudio y difusión de, principalmente, la gastronomía; literatura; fotografía; diseño; moda; teatro; artes plásticas; video arte; arquitectura; danza; música clásica y contemporánea; cine; y música popular. Es decir, por señalar las más destacadas en los últimos *rankings*, museos, ferias, teatros y auditorios, principalmente.

En cuanto a las instituciones científicas, destacan por su peso en la exploración de las distintas disciplinas de que se ocupan los organismos de investigación[1438], muchos de ellos adscritos al Ministerio de Ciencia, como el Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), el Instituto de Astrofísica de Canarias (IAC), el Instituto de Salud Carlos III (ISCIII), o el Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT). Aunque se trate de instituciones, "a secas", no científicas, como señala ABEL LLUCH, tendrían cabida aquí los servicios especializados adscritos a las Administraciones Publicas[1439].

Por último, estarían las periciales corporativas, elaboradas por personas jurídicas legalmente habilitadas para ello. Cabe preguntarse si la habilitación debe considerarse general, es decir, que la persona jurídica esté legalmente reconocida como poseedora de conocimientos específicos, o por el contrario precisará que esté habilitada para emitir dictámenes, inclinándome por la primera de las opciones, pues la esencia de las periciales reside en ostentar los conocimientos necesarios sobre una concreta materia, sin que sea preciso que quien lo emita sea especialista en expedir informes.

[1437] http://www.fundacioncontemporanea.com/observatorio-de-la-cultura/
[1438] http://www.ciencia.gob.es/portal/site/MICINN/menuitem.7eeac5cd345b4f34f09dfd1001432ea0/?vgnextoid=a6cbc18d48530210VgnVCM1000001034e20aRCRD
[1439] ABEL LLUCH, X. "Criterios orientadores de la valoración… ob. cit. pág. 221.

Así pues, en todos los casos se trata de entidades dedicadas casi en exclusiva al estudio de materias respecto a las cuales puede surgir, en el marco de un proceso, la necesidad de elaborar un dictamen.

9.4.5 Aplicación jurisprudencial.

Pese a la excepcionalidad de los supuestos en que pueden ser precisas este tipo de pericias, encontramos ejemplos en casi todas las jurisdicciones:

9.4.5.1 Jurisdicción civil.

La STS núm. 53/2015 de 18 febrero avaló la intervención de la Diputación y Consejo de la Grandeza de España en un proceso referente a una disputa por un título nobiliario, por considerarla una "*institución adecuada para ilustrar a los tribunales sobre una cuestión histórica como es la vinculación con uno u otro reino de un título nobiliario"*[1440]. Se muestra en este supuesto la relevancia de que los peritos, más allá de, lógicamente, ostentar unos conocimientos especiales sobre la materia, tengan a su disposición directa o indirecta archivos relevantes para la elaboración de su informe.

En la STS núm. 246/2003 de 14 marzo se enjuiciaba un proceso relativo a la indemnización por la supuesta utilización ilícita de un modelo de utilidad registrado, en el que resultó necesaria una pericial elaborada por el Registro de la Propiedad Industrial.

Por su parte, la STS núm. 377/1999 de 4 mayo trata la realización de una pericial por el Instituto Nacional de Toxicología en un procedimiento relativo a la filiación, encargándose a la citada institución la realización de pruebas de ADN que pudieran determinar la condición padre – hijo de los dos sujetos objeto de dictamen. La intervención del Instituto Nacional de Toxicología es una constante en este tipo de procesos necesitados de pruebas biológicas, siendo otro ejemplo la STS núm. 877/1998 de 29 septiembre, según la cual "*el artículo 631 que permite el dictamen pericial a la Academia, Colegio o Corporación oficial, como es el Instituto Nacional de Toxicología, cuando el dictamen pericial exija operaciones o conocimientos científicos especiales. Y éste es el caso de la prueba biológica de paternidad en que las operaciones no están al alcance de peritos individuales, sino de corporaciones públicas, como dicho Instituto o Facultades de Medicina, y*

[1440] F.D. 4º.

ésta es la realidad de los casos que han llegado a esta Sala. El que la extracción de sangre se practicara en un lugar y la práctica de la prueba en otro -el Instituto Nacional de Toxicología- no implica irregularidad procesal alguna"[1441].

Por lo tanto, se remarca en esta última resolución la exigencia de conocimientos científicos especiales *unidos* a instrumentos solo al alcance de determinadas corporaciones.

9.4.5.2 Jurisdicción Contencioso – Administrativa.

Es precisamente en este ámbito jurisdiccional en el que se encuentra un mayor número de resoluciones judiciales que hayan requerido la elaboración de periciales corporativas. No en vano, como he subrayado, uno de los dos matices diferenciadores de este tipo de pericia es – valga la redundancia – la *especial especialización* que deben ostentar los peritos que reciban el encargo, siendo en el Derecho Administrativo donde en más ocasiones se requieren esos conocimientos expertos, dada la complejidad técnica de muchos de los temas tratados.

Así, la STS de 16 marzo 2016 analiza una pericial encargada al CSIC relativa a la introducción de unas concretas especies de peces y su posible afectación a las autóctonas, señalando sobre este tipo de dictámenes: "(su) *valor cualificado descansa en el prestigio e imparcialidad que ostenta la institución como tal, extensible a los científicos que la componen o pertenecen a entidades que en ella se integran"*[1442].

Por su parte, la STS de 10 noviembre 2009, referida a un supuesto de responsabilidad patrimonial de una Administración por daños personales derivados de una cesárea, excluye a las Universidades del concepto de academias o instituciones, al indicar que "*un Departamento de una Facultad Universitaria no tiene la condición de Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia a que se refiere el artículo, puesto que es un órgano de un Ente Público como es la Universidad, a la que no puede atribuirse el concepto de institución como pretende la defensa de la recurrente, ni tiene entidad corporativa como las Academias y demás instituciones culturales o científicas a las que se refiere la Ley en ese artículo, y, si eso es predicable de la Universidad, por la misma razón debe*

[1441] F.D. 2º.
[1442] F.D. 4º.

entenderse de la persona que a esos efectos se identifique con la misma, como en este caso pretendía la recurrente, que lo hacía coincidir con el Catedrático titular del Departamento"[1443].

La STS de 21 diciembre 2002, realizada al amparo del artículo 631 LEC 1881, admitió como pericial académica la realizada por el Colegio de Arquitectos de Madrid y que versaba sobre una valoración urbanística.

9.4.5.3 Jurisdicción Penal.

La LECrim no hace referencia alguna a las periciales corporativas, motivo por el cual algunas resoluciones de la jurisprudencia menor han afirmado su no aplicabilidad en los procesos penales. Como muestra, la AAP de Huesca (Sección 1ª) núm. 211/2017 de 12 julio rechazó la ejecución de una pericial académica en el proceso, señalando[1444] que "*La Ley de Enjuiciamiento Civil en su art. 4 se declara supletoria, no sustitutoria de las demás leyes procesales. Dado que la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula la práctica de la prueba pericial en sus arts. 456 y siguientes no resulta de aplicación la LEC en este particular".* Este auto también resulta destacable por señalar que no se puede encuadrar en el concepto pericial académica la realizada por un Colegio Oficial de Arquitectos, por no ser propiamente una academia o institución de las previstas en el artículo 340 LEC (ya he resaltado antes que sí que entraría en la redacción dada por la LEC 1881), tratándose, según remarca el meritado auto, de una corporación de derecho público que, además, no tiene en los fines establecidos en sus Estatutos la función de actuar como perito.

En todo caso, lo cierto es que el TS sí que ha avalado el empleo de este tipo de pericias en causas criminales. Ejemplo de ello sería la Sentencia núm. 52/1993 de 18 enero, en la que, al amparo de lo establecido en el artículo 631 LEC 1881, auspició la realización de una pericial por parte del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, en un proceso que versaba sobre el supuesto favorecimiento a un constructor por el Alcalde y Concejales del Ayuntamiento de Burgos, señalando que "*este tipo de pericias ofrece una especial consideración, como se demuestra con la lectura del art. 631 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*"

Por lo tanto, no cabe duda de su plena aplicabilidad en los procesos penales.

[1443] F.D. 3º.
[1444] F.D. 1º.

9.4.6 Pericial corporativa en los procesos penales frente a las personas jurídicas.

Aunque la responsabilidad criminal de los entes colectivos se haya instalado en España formalmente en el año 2010, eso no quiere decir que la *delincuencia empresarial* haya sido una desconocida para nuestros tribunales hasta esa fecha.

Esa experiencia previa ha generado todo un *corpus* de ilícitos intrínsecos a la actividad mercantil que se puede calificar de delincuencia *común* empresarial. Así, infracciones penales como los tipos básicos de estafa, la frustración de la ejecución o las insolvencias punibles (por poner unos ejemplos), amén de haber sido habitualmente tratados en la *praxis*, tienen unas reglas de imputación *propias* del saber común.

No obstante, aparecen toda una serie de ilícitos que, si bien, *per se*, ya son complejos cuando les son atribuidos a personas individuales, en los supuestos en que se le imputen a sujetos colectivos se requerirá adicionalmente indagar en la posible concurrencia de un defecto estructural, coadyuvante del ilícito, y evaluar si el modelo de prevención penal instaurado está correctamente diseñado, implantado e interiorizado como para evitar hechos de similar naturaleza al enjuiciado.

Entrarían en esta subcategoría de delitos empresariales, con dificultades añadidas, determinados tipos de estafas, los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, los delitos relativos al mercado y los consumidores, el blanqueo de capitales, los ilícitos relativos a los recursos naturales y el medio ambiente, los delitos relativos a las radiaciones ionizantes, el delito de riesgos provocados por explosivos y otros agentes o, respecto a los delitos atribuidos a los entes sin personalidad jurídica (artículo 129 CP), el delito relativo a la manipulación genética.

Por ello, y principalmente (pero desde luego, no solo) en las conductas criminales relatadas en el anterior párrafo, la colaboración de corporaciones especialmente relacionadas con el bien jurídico afectado facilitará la determinación de la efectiva concurrencia del ilícito corporativo, y la evaluación de las medias implantadas para la evitación o minoración del riesgo de su comisión.

La posible relevancia y practicidad de las periciales corporativas, en el seno de procedimientos seguidos frente a personas jurídicas, viene reflejada expresamente en el *Justice Manual* estadounidense, cuyo aptdo. 9.28.800, último párrafo, pone de relieve que muchas empresas operan en entornos regulatorios complejos, fuera del ámbito de actuación habitual de los fiscales

encargados de su investigación, por lo que, en consecuencia, el *Justice Manual* señala que los investigadores deben valerse de las agencias federales y estatales pertinentes que, según dice, tienen experiencia en la evaluación de la adecuación del diseño e implementación de los modelos de prevención penal. El *Justice Manual* cita algunos ejemplos de organismos que pueden coadyuvar en la valoración de los *compliance programs*, como las juntas bancarias, de seguros y médicas estatales y federales, el Departamento de Defensa, el Departamento de Salud y Servicios Humanos, la Agencia de Protección Ambiental y la Comisión de Valores y Bolsa.

Por lo tanto, sin perjuicio de otros aspectos directamente aprehensibles por el juzgador, o determinables mediante expertos en *compliance* penal, la realización de periciales por corporaciones integradas en el concreto ramo en que ejerce su actividad la persona jurídica objeto del proceso, y por ello, dotadas de especiales conocimientos o medios para consagrar aspectos relevantes en el enjuiciamiento, puede resultar esencial en la eficacia del proceso penal. Sería deseable, además, como ya ha ocurrido con la Guía elaborada por la CNMC para evitar conductas colusorias, que de este tipo de instituciones emanasen textos que recogieran las *best practices* en prevención de riesgos dentro de su concreto ramo[1445].

Encontramos ya en algunos casos *sonados* de ilícitos en entornos empresariales cierta tendencia al empleo de este tipo de pericias.

El supuesto más conocido es el caso BANKIA, a cuya Sentencia ya me he referido anteriormente. Se dilucidaba en el proceso si la salida a bolsa de la entidad financiera, el 20 de julio de 2011, fue precedida del falseamiento de la información económico – financiera contenida en el folleto de emisión, lo cual, de haberse confirmado, podría haber constituido el ilícito previsto en el artículo 282 bis CP, enmarcado entre los delitos relativos al mercado y a los consumidores. Por lo tanto, el aspecto nuclear de la investigación era determinar si las cuentas anuales formuladas por la entidad, relativas al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010, y que a la vez sirvieron de soporte para la elaboración del folleto en virtud del cual se atrajo a cientos de miles de inversores, reflejaba la

[1445] Con cierto paralelismo, el Anteproyecto LECrim 2020 regula en el artículo 638 lo que denomina "informes consultivos", mediante los que "*Cuando, por existir dudas relevantes sobre su fiabilidad, resulte necesario para tomar una decisión fundada sobre la admisibilidad de la prueba pericial científica, el juez o tribunal podrá recabar informe de instituciones acreditadas de carácter científico o académico sobre la validez de la ciencia y metodología que le sirve de apoyo, y la correcta aplicación de las técnicas y procedimientos utilizados*".

imagen fiel[1446] de la entidad o, por el contrario, suponían una visión dolosamente trastocada de la realidad financiera del Banco.

Aunque el magistrado Titular del Juzgado Central de Instrucción nº 4, el Sr. Fernando Andreu Merelles, bien pudo optar por cualquiera de los peritos economistas obrantes en las listas del juzgado, lo cierto es que se dirigió directamente al Banco de España, como organismo supervisor del sector financiero de nuestro país para que, entre sus miembros, designara a dos inspectores[1447] y que estos analizaran la abundante documental que en ese momento ya obraba en autos. Es decir, se trata de un pericial corporativa del Banco de España, personificada en los dos peritos previamente designados por dicho organismo. Se produce además la particularidad de que, aunque el Banco de España no fuera parte procesal, sus tareas como supervisor en la salida a bolsa fueron puestas en entredicho ya durante la fase instructora, incluso muchas veces en virtud de las conclusiones de las distintas periciales que obran en la causa elaboradas por sus inspectores[1448].

El peso específico del auxilio prestado por el Banco de España, mediante sus expertos, se observa con nitidez atendiendo al Auto de transformación en procedimiento abreviado de 11 de mayo de 2017[1449] en virtud del cual se acordaba la imputación formal del grueso de los miembros del Consejo de Administración de la entidad en el momento de la salida a bolsa, de la matriz de la entidad financiera (BFA) y de la propia Bankia. Así, la resolución, que ponía fin a una larga y compleja instrucción, se apoyaba principalmente en las conclusiones alcanzadas por los inspectores del Banco de España, y que posibilitaron que el instructor llegara a la conclusión provisional de que las cuentas anuales de Bankia no reflejaban la realidad societaria.

Tratándose de una de las pruebas de cargo más destacadas de las acusaciones, las defensas, para el juicio oral, presentaron hasta diez contrapericiales[1450], muchas de ellas de catedráticos u otros

[1446] Artículo 254 LSC.
[1447] https://www.20minutos.es/noticia/1630118/0/audiencia-nacional/peritos-banco-espana/bankia-bolsa/ (última visita 19/06/2019)
[1448] Tal es así que el Banco de España tuvo que emitir un comunicado recordando que los peritos fueron sugeridos por la propia entidad, negando la realización de una contrapericial por la Institución para poner en entredicho las conclusiones alcanzadas por los expertos, y subrayando su respeto a la imparcialidad de los designados (https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/15/Arc/Fic/presbe2016_8.pdf última visita 19/06/2019)
[1449] http://estaticos.expansion.com/opinion/documentosWeb/2017/05/11/autobankia11052017.pdf (última visita 19/06/2019).
[1450] https://www.elconfidencial.com/empresas/2019-06-16/emboscada-juicio-bankia-catedraticos-inspectores_2072545/ (última visita 19/06/2019).

profesionales de reconocido prestigio en el sector financiero, con la finalidad de poner en entredicho las conclusiones alcanzadas por los inspectores del supervisor bancario.

No obstante lo anterior, atendiendo a la resolución dictada, su intervención no resultó decisiva en el resultado final del litigio[1451].

Igualmente, debo destacar el conocido como caso DÍA. Como se señala en el Auto de transformación de 26 de febrero de 2021, el procedimiento se inició tras la querella interpuesta por un grupo de accionistas minoritarios, que afirmaban en su escrito que las cuentas del ejercicio 2017 de DÍA no reflejaban la veracidad y exactitud de la situación económica de la empresa, al existir notables irregularidades contables. Tales discrepancias dieron lugar a la caída del valor de las participaciones adquiridas y con ello a una pérdida de la rentabilidad económica de la operación. A resultas de dicha "reestructuración contable" y de las posteriores medidas que se deberían aceptar, el valor nominal de las acciones de la entidad bajó de 0,10 € a 0,01 €.

Como se recoge en el hecho quinto del auto de imputación, en fecha de 10 de enero de 2019 se acordó, entre otras diligencias, requerir a la CNMV para que informase sobre si existía un procedimiento interno relativo a las Cuentas Anuales de la mercantil DIA, individuales y consolidadas, correspondientes a los ejercicios 2016 y 2017, así como para que remitiese copia certificada del expediente a que hubiese dado lugar, con expresa indicación del personal encargado de su tramitación. Contestando el requerimiento, la CNMV informó que en efecto había llevado a cabo una serie de actuaciones de investigación por posibles irregularidades contables cometidas por la entidad DIA, que dieron lugar a un informe razonado de fecha 22 de noviembre de 2019, evacuado por las personas responsables de la Dirección de Mercados y del Departamento de Informes Financieros y Corporativos de esa Comisión. El dictamen concluía que se había suministrado a la CNMV información financiera, relativa a los ejercicios 2016 y 2017, con datos inexactos e inveraces. Tal informe fue adverado en el proceso penal por el director de informes

[1451] Por ejemplo, en el fundamento duodécimo de la SAN 13/2020 de 29 de septiembre de 2020, basándose en parte al testimonio de otros miembros del Banco de España, la resolución descarta, en contra del criterio de los peritos judiciales inspectores del Banco de España, que la entidad no contara con provisiones suficientes, en el momento de la salida a bolsa, para atender a deterioros futuros.

financieros y corporativos de la CNMV, D. Eduardo Manso[1452], permitiendo, entre otros indicios, que la cúpula de DIA vaya a ser juzgada por el delito objeto de autos.

En la misma línea, y precisamente en relación con la compra de acciones de DIA por parte del oligarca ruso D. Mijail Fridman, la Audiencia Nacional solicitó a la CNMV la designación de dos peritos para efectuar un informe[1453] relativo a las causas de la debacle de la entidad, que provocó una importante bajada de precio de sus acciones. Se investigaba si el Sr. Fridman (mediante su entidad *LETTER ONE*) había cometido el delito de abuso de mercado y manipulación de precios, "provocando" una elevada tensión financiera, con la finalidad de devaluar la cotización de las acciones, con el objeto comprar la compañía a menor precio de su valor real. No obstante, tales hechos delictivos fueron descartados, sobreseyéndose el procedimiento, principalmente en virtud del informe de los peritos de la CNMV, que dictaminaron que la bajada de precio fue debida a la evolución del negocio y a la mala gestión del órgano de administración[1454].

En definitiva, en delitos con una elevada complejidad intrínseca por el entorno regulatorio en que se enmarcan, la intervención de determinadas instituciones o corporaciones, especialistas en la materia, es ya una práctica común.

[1452] El perito de la CNMV culpa a Currás de ignorar sus requerimientos sobre Dia (economiadigital.es)
[1453] La Audiencia Nacional encarga a la CNMV una pericial sobre la compra de Dia (lainformacion.com)
[1454] La AN archiva el caso Dia contra Mikhail Fridman por considerar que no hubo manipulación de precios (europapress.es)

CONCLUSIONES

PRIMERA

(La relevancia del modelo sustantivo de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ejercicio del derecho de defensa de las corporaciones)

1. El desenvolvimiento del derecho de defensa de las personas jurídicas está indisolublemente ligado al modelo sustantivo de responsabilidad criminal consagrado en el Código Penal. Pese a las dudas doctrinales, sin ambages puede afirmarse la promulgación de un sistema de autorresponsabilidad en que la corporación responde por un hecho propio: el defecto organizativo que aparezca como elemento coadyuvante del delito presupuesto cometido por la persona física autora. Para que se pueda declarar la responsabilidad penal del ente debe por lo tanto confluir una acción típica y antijurídica de un sujeto individual relacionado funcionalmente con la persona jurídica (directivo, o subordinado); un beneficio directo o indirecto de la entidad; una infracción (que tiene que ser grave, en los ilícitos perpetrados por empleados) de los deberes de supervisión, vigilancia y control; y una falla estructural, concretada en el déficit de control de su funcionamiento interno. En el supuesto de que concurran estos dos últimos requisitos, la persona jurídica puede quedar exenta de responsabilidad criminal si acredita, como elemento que excluiría su culpabilidad, la implantación de un modelo de prevención penal que cumpla las exigencias del apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal. De este modo, atendiendo a la naturalización de los modelos de prevención penal, el sujeto colectivo deberá atestiguar (*affirmative defense*) la aprobación e instauración de un modelo de organización y gestión penal que incluya medidas de vigilancia y control idóneas y eficaces para prevenir delitos de la misma naturaleza al acaecido, o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

2. La necesaria coexistencia de los requisitos apuntados para atribuir responsabilidad a la corporación nos sitúa ante un objeto procesal plural, compuesto por los hechos de referencia, referidos al delito presupuesto cometido por la persona física autora, y que pueden dar lugar a dos vías de imputación según se trate de sujetos apicales [señalados en la letra a) del apartado 1 del artículo 31 bis Código Penal], o de subordinados [contemplados en la letra b) del apartado

2 del artículo 31 bis Código Penal]; hechos internos de la persona jurídica, relativos al defecto organizativo, y a la existencia y cualidades del modelo de prevención penal instaurado; y hechos propios de la persona física. Como consecuencia, el derecho de defensa de la persona jurídica se proyectará sobre los hechos de referencia – respecto a los cuales podrá, entre otras cosas, efectuar alegaciones, proponer prueba, e impugnar la sentencia – y, además, obviamente, sobre *sus* hechos internos.

SEGUNDA

(Defensa material de la persona jurídica y sus manifestaciones: los modelos de prevención penal como clave de bóveda del sistema defensivo)

3. Atendiendo a las características del modelo sustantivo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, el ejercicio de la defensa material de la corporación adquiere una importancia, si cabe, mayor a la predicable respecto a las personas físicas. En todo caso, para la consecución del objetivo absolutorio que subyace como finalidad de los actos de autodefensa que despliegue la entidad, es imprescindible que esta desarrolle su objeto social como si su imputación en un proceso penal fuera solo cuestión de tiempo. Ello implica una necesaria tendencia mental de los directivos societarios, que debe ser trasladada a todos los niveles de la organización, destinada a que determinadas actuaciones empresariales relacionadas directa o indirectamente con las identificadas en el mapa de riesgos como susceptibles de culminar con la comisión de algún ilícito, se ejecuten de tal forma que se genere un auténtico *corpus* de elementos de descargo para poder demostrar, en un hipotético procedimiento criminal, que la empresa despliega el debido control de su actividad.

4. Como clave de bóveda de la defensa corporativa – y manifestación de su autodefensa – se erige el modelo de prevención penal. Según el Código Penal, este instrumento debe ostentar dos grandes virtudes: idoneidad, cualidad teórica que implica, desde una perspectiva *ex ante*, su aptitud para prevenir, detectar y reaccionar frente a ilícitos penales susceptibles de ser cometidos atendiendo a las circunstancias específicas de la persona jurídica; y eficacia, con proyección ya práctica, que exige determinar si el sistema, amén de adecuado teóricamente,

tiene relevancia real en el funcionamiento diario, permitiendo mitigar o eliminar los riesgos de comisión delictiva. En mi opinión, además de los requisitos expresamente previstos en el Código Penal, es imprescindible que regule las actividades formativas a impartir a los miembros de la entidad, sobre los riesgos penales y las medidas internas establecidas para evitarlos, y que establezca con detalle el protocolo de delegación de facultades, permitiendo así conocer, en todo momento, las responsabilidades asignadas a cada sujeto de la organización.

TERCERA

(Los canales de denuncias como instrumento interno más relevante en la defensa del ente)

5. De entre las herramientas indicadas en el anterior punto, y expresamente previsto como requisito 4º del aptdo. 5 del artículo 31 bis Código Penal, destaca el canal de denuncias. Se trata del instrumento creado *ad hoc* por la persona jurídica destinado a que sus directivos, empleados, y terceros relacionados, puedan poner de manifiesto al órgano encargado de velar por la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención penal los incumplimientos detectados que pudieran resultar constitutivos de delito. Desde el punto de vista de la eficacia, es la medida más efectiva para la detección de ilícitos. Igualmente, y como manifestación que es de la defensa material, su correcto empleo habilita a la persona jurídica a construir la *mejor* versión de los hechos ocurridos en su seno, y con ello, armar correctamente su estrategia frente al proceso.

6. Para asegurar la practicidad del canal de denuncias es ineludible su desarrollo entre dos fronteras infranqueables: la correcta salvaguarda del resultado de las investigaciones internas, estableciendo al efecto las cautelas precisas para garantizar que solo si la persona jurídica lo desea sus conclusiones lleguen a manos de las autoridades; y el respeto a los derechos de los sujetos afectados por estas indagaciones, principalmente en cuanto al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 de la Constitución) y la intimidad (artículo 18.1 de la Constitución).

7. Los canales de denuncias van a sufrir un impulso decisivo a resultas de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Más, si cabe, en países como España, con nula tradición en el fomento de las delaciones como método para evitar o reaccionar ante ilícitos. Como consecuencia de la conocida como *Directiva Whistleblower*, todas las entidades del sector público, y las del sector privado con más cincuenta trabajadores, deberán tener implantados cauces de denuncia internos (y, consiguientemente, un registro de las denuncias recibidas) mediante los que empleados y terceros relacionados puedan poner de manifiesto los incumplimientos detectados. Además, a resultas de la obligación, a cargo de los Estados miembros, de establecer canales de denuncia externos, muy probablemente surjan en nuestro país entes de Derecho Público con personalidad jurídica propia y capacidad de obrar que, actuando con plena autonomía e independencia, se encarguen de la recepción e indagación de los hechos puestos en su conocimiento por los alertadores.

8. Pese a los indudables avances en *compliance* que provocará la Directiva *Whistleblower*, puede tener también consecuencias perniciosas en la aplicación del derecho a la no colaboración activa de las personas jurídicas. Según el criterio doctrinal y jurisprudencial mayoritario, la invocación del derecho a no incriminarse, como justificación para no entregar a las autoridades administrativas o judiciales los documentos o registros internos con un potencial contenido auto inculpatorio, se extiende a los soportes cuya existencia dependa de la voluntad del sujeto requerido, no así a los exigidos *ex lege*. Llevado lo anterior al canal de denuncias, dado que por mor de la Directiva *Whistleblower* su implantación será un imperativo legal para aquellas entidades privadas que tengan más de cincuenta trabajadores, si la persona jurídica se ve compelida en un proceso penal a aportar, por ejemplo, el registro de denuncias, estará obligada a facilitarlo. En el mismo sentido, si ese histórico de delaciones llega a manos de los tribunales con ocasión de una entrada y registro en el domicilio social de la entidad, no cabría instar la expulsión del proceso de la documentación aduciendo el derecho a no incriminarse. El método para evitar el riesgo que se cierne sobre el material sensible será la intervención de letrados ajenos a la estructura corporativa, cuya participación puede proteger el resultado de lo descubierto internamente, al amparo del secreto profesional.

CUARTA

(El representante especial designado: profesionalización de la figura, y debida designación por la junta general)

9. La designación de un representante especial que personifique a la persona jurídica, para su participación en las diligencias en las que la LECrim requiere o autoriza la presencia del investigado, es un acto procesal derivado de la naturaleza de los entes colectivos que les otorga especiales opciones defensivas. La posibilidad de que la encomienda recaiga en sujetos absolutamente ajenos a la organización, habilita que se produzca en el ámbito jurídico una tendente profesionalización de la figura del representante especial, encargándose a personas, *ex ante* del ilícito ajenas a la empresa, pero que una vez consumado el delito y materializada la imputación, puedan erigirse en representantes de la investigada o acusada, dotados de conocimientos necesarios para que la voz de la corporación en el proceso penal amplifique las virtudes del *compliance program* implantado, acallando sus posibles deficiencias.

10. Aunque la mayoría de la doctrina ubica en el órgano de administración la decisión sobre a qué sujeto designar como representante especial, en mi opinión tal atribución choca con la *última* tendencia societaria de otorgar mayores facultades a la junta general. Igualmente, es contraria a algunos de los fines que se esbozan en el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, como la protección de los intereses de socios, trabajadores y acreedores. Para garantizar que la designación del representante especial no esté movida por la pretendida defensa de los intereses particulares del rector societario (muchas veces, posible responsable individual del ilícito), como propuesta de *lege ferenda* defiendo que se debería asegurar que la imputación, y la designación del representante especial, se ponga en conocimiento de la junta general al menos con carácter previo a finalizar la instrucción. De esta forma, se habilita que la sociedad opte por una decisión procesal que vele por todos los aspectos en juego.

QUINTA

(El compliance officer: Las ventajas del correcto empleo del secreto profesional)

11. La criminalidad empresarial, y los modelos de organización y gestión penal como instrumento destinado a su evitación, han sido el caldo de cultivo perfecto para encumbrar definitivamente la profesión del *compliance officer*, como sujeto u órgano que, en el seno corporativo, será el principal encargado de velar por la supervisión, vigilancia y control del sistema de prevención penal. En mi opinión, a raíz de las ventajas defensivas que puede generar el secreto profesional para salvaguardar la documentación interna de la sociedad, resulta altamente recomendable que, en el órgano de cumplimiento normativo, pluripersonal, intervenga un letrado externo. Por ello, propongo como órgano de *compliance* ideal el compuesto por un departamento interno de la entidad, y un abogado que no esté unido a la persona jurídica mediante relación laboral.

12. La relevancia del *compliance officer* en el sistema preventivo de la entidad – un sujeto no apto, *ab initio*, impediría *de facto* el cumplimiento de la condición 2ª del aptdo. 2 del artículo 31 bis CP, y con ello imposibilitaría la exención de responsabilidad criminal – haría recomendable la existencia de un título oficial que asegure que las personas que lo ostenten están dotadas de la preparación necesaria para el desarrollo de la función. Ante la ausencia de estudios reglados, y partiendo de los conocimientos exigidos por la NORMA UNE 165019 a los sujetos que pertenezcan a las entidades certificadoras de los modelos de prevención penal, conforme a la NORMA UNE 19601, considero que la formación ideal aunaría el Grado en Derecho, Administración y Dirección de Empresas, completada con otros estudios específicos en *compliance*, como por ejemplo los impartidos por instituciones como ASCOM.

13. Las ventajas que genera el secreto profesional en la protección del material interno de la persona jurídica no se extienden a todos los miembros de la organización, y ante cualquier situación. Por ello, para determinar qué comunicaciones, documentos o informaciones quedan protegidas por el secreto profesional, con independencia del sujeto de quien provengan (pero, eso sí, siempre deben tener como destinatario, o al menos como participante, al letrado

externo), tiene que atenderse a su contenido. De esta forma, si está relacionada con una solicitud de asesoramiento, de carácter extrajudicial, o surge ya con ocasión de un proceso, la información quedaría preservada por el secreto profesional (independientemente del puesto en el organigrama ocupe el sujeto afectado), permitiendo así excluirla de miradas ajenas no expresamente autorizadas por la persona jurídica.

14. Las comunicaciones y la documentación preparada conjuntamente por la empresa y el abogado designado, preludio de la aprobación e implantación del modelo de prevención penal, está amparada por el secreto profesional. La anterior afirmación tiene su sustento en que, desde la perspectiva del *compliance*, las comunicaciones preparatorias del sistema defensivo del ente tendrán sin duda íntima relación con un hipotético proceso penal posterior frente a la entidad. Se trata, además, de intercambios abogado – cliente necesarios para la implantación, vigilancia y control del *compliance program* (por lo tanto, estarán relacionados con el objeto/la materia de la que trataría el proceso criminal frente a la persona jurídica, la responsabilidad penal del ente). Por último, no puede obviarse que, desde la visión de la normativa española, el deber jurídico de instaurar un modelo de organización y gestión de los riesgos penales tiene patente proyección procesal. No obstante, a resultas del conocido como caso *Azko*, las ventajas del secreto profesional no se extienden a los abogados internos. Según la resolución, dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 14 de septiembre de 2010, los letrados *in house* no gozan de la independencia profesional que se erige como una de las causas justificativas del *privilege*. Es para sortear este inconveniente para lo que resulta recomendable el empleo de abogados externos, incluso desde las fases extrajudiciales.

SEXTA

(El derecho a no incriminarse de las personas jurídica: extensión subjetiva y objetiva.)

15. El derecho a no incriminarse es la herramienta procesal más útil en la defensa corporativa. En la perfilación de sus contornos, ha tenido una importancia crucial la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conforme al cual esta prerrogativa impide compelir al sujeto pasivo – incluso en las fases administrativas que, en ocasiones, aparecen

como antecedente del proceso penal – a la realización de manifestaciones o la aportación de soportes con potencial contenido autoincriminatorio. Respecto a los documentos, la protección se extiende a los que tengan una *existencia independiente de la voluntad del sospechoso*. Igualmente, asienta el Tribunal de Estrasburgo el denominado "test de la explicación", en virtud del cual, si el acervo probatorio apunta unidireccionalmente hacía la culpabilidad del acusado, la ausencia de una explicación razonable del sujeto pasivo del proceso puede interpretarse como un indicio a mayor abundamiento de su responsabilidad criminal. Si bien el Tribunal Supremo asume la visión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como el Tribunal Constitucional, no extienden la protección del derecho a la aportación de documentos requeridos por las autoridades en el seno de las investigaciones, limitándolo por lo tanto a la realización de manifestaciones con un contenido directamente incriminatorio.

16. Ya en relación concreta a las personas jurídicas, el derecho a no incriminarse es predicable para las mismas con idéntico contenido y extensión que para las personas físicas. Subjetivamente, los sujetos que pueden aducir el derecho a no incriminarse de la corporación para negarse a la aportación de documentos con potencial contenido incriminatorio para el ente coinciden exactamente con aquellos que tienen en su mano el debido control empresarial, esto es, los incluidos en la letra a) del aptdo. 1 del artículo 31 bis Código Penal. Objetivamente, la persona jurídica únicamente estará obligada a entregar los soportes que vengan determinados *ex lege*, siempre que de algún modo las autoridades requirentes tengan certeza de su existencia, permitiendo así que la solicitud se refiera a documentos concretos. Consiguientemente, tampoco cabe obligar al ente, so pena de sanción, a efectuar declaraciones con contenido incriminatorio. Por lo tanto, dado que la aprobación e implantación del *compliance program* no viene exigida por ninguna norma, no se puede compeler a la corporación a la aportación de los elementos que lo componen.

SÉPTIMA

(Admisibilidad los informes periciales de compliance, como "periciales jurídicas".)

17. La creciente complejidad social y, con ella, la sofisticación de los medios de comisión delictiva, ha provocado el aumento de la relevancia de los informes periciales en los procesos penales. Ello, unido a la tecnificación de los hechos jurídicos que se enuncian como presupuesto fáctico para la aplicación de las normas, y la expansión del Derecho Penal, que ha incluido entre sus límites conductas antes castigadas por otras ramas del ordenamiento, provoca que, en determinados supuestos, sí que quepa acudir a las periciales jurídicas para facilitar al juzgador la labor de subsunción de lo ocurrido en la premisa fáctica contemplada en la norma punitiva, como ha reconocido el Tribunal Supremo en Sentencia número 941/2009 de 29 septiembre.

18. Los informes periciales de *compliance*, como dictámenes relativos a la idoneidad y eficacia de los modelos de prevención penal, además de plenamente admisibles y, desde luego, sumamente útiles, no son en puridad una pericial jurídica. O quizá, mejor dicho: no son solo una pericial sobre aspectos jurídicos. Además de la adecuación del modelo evaluado a los requisitos legales, jurisprudenciales, y otras normas o criterios doctrinales que resulten de aplicación como manifestación de la *lex artis ad hoc* en prevención de riesgos penales, las periciales de *compliance* deberán constatar también elementos fácticos. Este análisis plural requerirá que el experto se imbuya en el funcionamiento societario, sin perjuicio de que esos datos de carácter objetivo deban ser valorados en su informe pericial conforme a un baremo jurídico.

OCTAVA

(Guía para la evaluación procesal de los modelos de prevención penal)

19. La evaluación de los modelos de prevención penal, como núcleo de la defensa corporativa, ocupará buena parte de los procesos seguidos contra personas jurídicas. Sin embargo, las líneas maestras asentadas por el Código Penal no confieren las suficientes pautas exegéticas para

efectuar una valoración transversal del sistema defensivo instaurado por el ente. Ante esta constatación, y con base en los textos normalizadores, la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, y la experiencia comparada de otros países de nuestro entorno, es posible desarrollar una guía para la evaluación procesal de los modelos de prevención penal. Siguiendo particularmente, en cuanto a su estructura general, la *Guidance on the Evaluation of Corporate Compliance Programs,* elaborada por el *United States Department of Justice*, su examen se articulará en tres fases: (i) diseño; (ii) implantación efectiva y; (iii) eficacia práctica en el día a día societario.

NOVENA

(Informes periciales de compliance para la evaluación procesal de los modelos de prevención penal: Certificación conforme a la NORMA UNE 19601; periciales de compliance estables; y periciales corporativas en relación con hechos enjuiciados producidos en entornos regulatorios complejos)

20. En la evaluación del diseño del *compliance program* puede tener un papel relevante su certificación conforme a la NORMA UNE 19601. Atendiendo a los especiales conocimientos con que deben contar los miembros de las empresas certificadoras, y las cautelas para asegurar su objetividad (ambos presupuestos, formación e imparcialidad, reglados en la NORMA UNE 165019), se trata de auténticas periciales anticipadas. No obstante, la certificación genera la presunción de la idoneidad del modelo de organización y gestión penal (suposición contra la que, desde luego, cabe prueba en contrario), pero no atestigua que el sistema aprobado sea eficaz en el funcionamiento diario de la sociedad.

21. Con un alcance más amplio que la certificación conforme a la NORMA UNE 19601, y efectuadas ya con ocasión de un proceso (las certificaciones no necesariamente se realizarán a resultas de la pendencia de un procedimiento judicial), propongo el empleo de periciales de *compliance* estables. De esta forma, los peritos designados por el juzgado, se situarán *junto* con el instructor, auxiliándole en su labor investigadora, pudiendo incluso sugerirle los documentos a recabar de la persona jurídica. Igualmente, podrán señalar aquellas testificales

más relevantes que puedan aportar indicios sobre la existencia o no de una cultura de *compliance* en el seno de la entidad. En base a todo ello, este experto deberá pronunciarse, vía dictamen, sobre la corrección del diseño del modelo de prevención penal, su implantación efectiva, y su influencia en el desarrollo del objeto social de la corporación.

22. Como tercera tipología de pericial de *compliance* con relevancia en el enjuiciamiento de las personas jurídicas, propongo el empleo de dictámenes corporativos, efectuados por instituciones, academias o personas jurídicas especialmente relacionadas con los delitos objeto de enjuiciamiento. Este tipo de pericias puede resultar muy útil en aquellos ilícitos relacionados con entornos regulatorios complejos (delito de tráfico de órganos; delitos contra la propiedad intelectual e industrial; delitos relativos al mercado y los consumidores; blanqueo de capitales; ilícitos relativos a los recursos naturales y el medio ambiente; delitos relativos a las radiaciones ionizantes, el delito de riesgos provocados por explosivos y otros agentes, entre otros). De este modo, la colaboración de corporaciones especialmente relacionadas con el hecho enjuiciado (véase, verbigracia, la intervención del Banco de España en la salida a bolsa de BANKIA; o la CNMV en la posible manipulación del precio de las acciones de la entidad DÍA) facilitará la determinación de la concurrencia del defecto organizativo, y la evaluación de las medias implantadas para la evitación o minoración del riesgo de su comisión desde la perspectiva de lo que se consideran las *best practices* en ese concreto sector.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., "Problemática procesal derivada de la responsabilidad penal Observatorio de Derecho Penal Económico 2010 de la Cátedra de Investigación Financiera y Forense Universidad Rey Juan Carlos-KPMG", *Diario La Ley*, nº 7626, 10 de mayo de 2011.

AA. VV., "Derechos de la persona jurídica imputada: defensa, no autoincriminación y privilegio de las comunicaciones entre abogado y cliente. Observatorio de Derecho Penal Económico 2012 de la Cátedra de Investigación Financiera y Forense Universidad Rey Juan Carlos-KPMG", *Diario La Ley* nº 7834, 2012.

ABEL LLUCH, X. "Algunas reformas en la regulación de la prueba pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* nº17, 2013, págs. 519-552.

ABEL LLUCH, X. "Criterios orientadores de la valoración de la prueba pericial", en PICÓ I JUNOY (Dir.), MIRANDA VÁZQUEZ, C., (Coord.), *Peritaje y prueba pericial*, Barcelona, Bosch, 2017, págs. 211-248.

ABEL LLUCH, X., "La prueba pericial" en ABEL LLUCH, X., PICÓ JUNOY, J., (Dirs.), GINES CASTELLET, N. (Coord.), *La prueba pericial*, Barcelona: Bosch, 2009, págs. 15-248.

AGUALLO AVILÉS, A., GARCÍA BERRO, F., "Deber de colaborar con la administración Tributaria y derecho a no autoincriminarse: un conflicto aparente", *El Asesor Fiscal ante el nuevo siglo*, Madrid: Asociación Española de Asesores Fiscales, 2000.

AGUILERA GORDILLO, R., *Compliance penal. Régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el compliance program*, Tesis doctoral, Universidad de Córdoba, 2018.

ALARCÓN SOTOMAYOR, L., "El adelanto excepcional a la inspección administrativa del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo: casos y causas", AA. VV., *Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, *Alicante, 8 y 9 de febrero de 2013*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), págs. 199-210.

ALBADALEJO GARCÍA, M. "El hecho jurídico", *Revista de la Facultad de Derecho*, III (73), Universidad de Oviedo, 1955, págs. 346-381.

ÁLVAREZ DE TOLEDO, L., "El derecho de defensa en relación con el secreto profesional del abogado", *Revista jurídica de la Región de Murcia*, nº. 38, 2007, págs. 43-94.

AMBOS, K., *Derecho Penal Europeo*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2017.

ANTICH SOLER, J., *Compliance Program Penal y sus efectos en la exención y atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica,* Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2017.

APARICIO DÍAZ, L., "Aproximación a las modificaciones previstas por el Proyecto de Ley de Medidas de Agilización Procesal: el tratamiento procesal-penal de la persona jurídica", *Diario La Ley* nº7657, 22 de junio de 2011, Año XXXII, Ref. D-257.

ARAGONESES ALONSO, P., *Curso de Derecho Procesal Penal*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1986.

ARANGÜENA FANEGO, C., RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO C., "Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales. Buenas prácticas para su aplicación" en ARANGÜENA FANEGO, C., DE HOYOS SANCHO, M., (Dirs.), HERNÁNDEZ LÓPEZ, A. (Coord.), *Garantías procesales de investigados y acusados en procesos penales en la Unión Europea. Buenas prácticas en España*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2020, págs. 35-69.

ARANGÜENA FANEGO, C., "El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable de la persona jurídica y el régimen de *compliance*." en GÓMEZ COLOMER, J.L., (Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 439-472.

ARANGÜENA FANEGO, C., "Exigencias en relación con el derecho de defensa: el derecho a la autodefensa, a la defensa técnica y a la asistencia jurídica gratuita [artículo 6.3.c) CEDH]", en GARCÍA ROCA, F. J., SANTAOLAYA MACHETTI, P., (Coords.), *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, págs. 389-406.

ARANGÜENA FANEGO, C., "Las Directivas Europeas de armonización de garantías procesales de investigados y acusados. Su implementación en el derecho español" *Revista de Estudios Europeos,* nº extraordinario monográfico, 1-2019, págs. 5-40.

ARANGÜENA FANEGO, C. "Responsabilidad penal de la persona jurídica y medidas cautelares personales", *Revista de Derecho Empresarial*, San José, Costa Rica, nº.2, octubre 2014, págs. 83-115.

ARMENGOT VILAPLANA, A., *El imputado en el proceso penal*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013.

ARTAZA VARELA, O., *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites*, Madrid: Marcial Pons, 2013.

ASENCIO GALLEGO, J.M., *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

ASENCIO GALLEGO, J. M., "El derecho al silencio del investigado y su valoración en sentencia" en FUENTES SORIANO, O. (Coord.), *El proceso penal*. *Cuestiones Fundamentales*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2017, págs. 123-134.

ASENCIO GALLEGO, J.M., "Presunción de inocencia y presunciones iuris tantum en el proceso penal", *Revista General de Derecho Procesal* nº36, 2015.

ASENCIO MELLADO, J.M., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2015.

ASENCIO MELLADO, J.M., "La imputación como elemento determinante del modelo procesal de investigación", *Revista General de Derecho Procesal* nº40, 2016.

ASENCIO MELLADO, J.M., "Los dictámenes elaborados por juristas de prestigio. Su naturaleza jurídica", *Práctica de Tribunales*, nº 43, Sección Estudios, noviembre 2007.

ASENCIO MELLADO, J.M., *Prejudicialidad en el proceso penal y criminalización social*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

ASENCIO MELLADO, J.M., *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid: Trivium, 1991.

BACHMAIER WINTER, L., "Whistleblowing europeo y compliance: La Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión", *Diario La Ley*, nº 9539, Sección Tribuna, 18 de diciembre de 2019.

BACHMAIER WINTER, L., MARTÍNEZ SANTOS, A. "El régimen jurídico-procesal del whistleblower. La influencia del Derecho europeo" en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 503-549.

BACIGALUPO SAGESSE, S., "Cultura de cumplimiento e integridad: Elemento clave de la prevención de riesgos penales", *Revista internacional de transparencia e integridad*, nº 2, septiembre-diciembre 2016.

BACIGALUPO ZAPATER, E., *Compliance y Derecho Penal*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2011.

BACIGALUPO ZAPATER, E., "Problemas penales del control de ordenadores del personal de una empresa", *Diario La Ley*, nº 8031, Sección Doctrina, 26 de febrero de 2013, Año XXXIV, Ref. D-79.

BAJO FERNÁNDEZ, M., "Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica" en BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal,* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016, págs. 313-362.

BANACLOCHE PALAO, J., "El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable", *Cuadernos de Derecho Público* nº10, mayo-agosto, 2000, págs. 179-201.

BANACLOCHE PALAO, J., "Las diligencias de investigación relativas a la persona jurídica imputada" en BANACLOCHE PALAO, J., ZARAZALEJOS NIETO, J.M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid: La Ley, 2011, págs. 197-223.

BANACLOCHE PALAO, J., "La imputación de la persona jurídica en la fase de instrucción" en BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid: La Ley, 2011, págs. 155-193.

BLANC LÓPEZ, C., *La responsabilidad penal del Compliance officer,* Tesis Doctoral, Universidad de Lleida, 2017.

BLANCO BUITRAGO, R., "La separación de los ilícitos civiles y los ilícitos penales en el ámbito concursal", *La Ley Penal*, nº 3, Sección Estudios, marzo 2004.

BLASCO SOTO, M. C., "El derecho de asistencia letrada en la instrucción del proceso penal", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 14, enero de 2008, págs. 249-291.

BOTTONI, R., MADONNA, M., SAMMAMASSIMO, S., "Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma delparticolo 11 della leg"*, Quaderni di diritto e política ecclesiastica*, nº 2, 2002, págs. 542-545.

BUSATO, P. C., *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., "El derecho a la defensa y asistencia letrada: El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes", *Cuadernos de derecho público*, nº 10, 2000, págs. 113-132.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., "Prologo" en DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, págs. 13-20.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., "Dogmática y realidad en la admisión y práctica de la prueba pericial: de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 al Borrador del Código Procesal Penal de 2012", *Revista General de Derecho Procesal,* nº. 32, 2014.

CAELLAS CAMPRUBÍ, M., "El estatuto procesal de la persona jurídica encausada en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal." *La Ley compliance penal*, nº 4, primer trimestre de 2021.

CALAZA LÓPEZ, S., "El dictamen de peritos", *Actualidad Civil*, nº 9, Sección A Fondo, septiembre 2014, tomo 2.

CALAZA LÓPEZ, S., "Fortalecimiento de las garantías procesales y agilización de la justicia", *Revista General de Derecho Procesal* nº 41, 2017.

CALVO SÁNCHEZ, M.C., "Algunas sugerencias en torno a la futura reforma del Proceso Penal", *Revista Justicia*, 1/1990, págs. 49-76.

CAMPANER MUÑOZ, J., HERNÁNDEZ CEBRIÁN, N., "Guía de buenas prácticas relativas al derecho a la traducción y la interpretación de los investigados y acusados." en ARANGÜENA FANEGO, C., DE HOYOS SANCHO, M., (Dirs.), HERNÁNDEZ LÓPEZ, A. (Coord.), *Garantías procesales de investigados y acusados en procesos penales en la Unión Europea. Buenas prácticas en España*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2020, págs. 15-33.

CAMPANER MUÑOZ, J., COSTA RAMOS, VIDAL FERNÁNDEZ, B., "Asistencia letrada y asistencia jurídica gratuita (Directivas 2013/48 y 2016/1919)." en ARANGÜENA FANEGO, C., DE HOYOS SANCHO, M., (Dirs.), HERNÁNDEZ LÓPEZ, A. (Coord.), *Garantías procesales de investigados y acusados en procesos penales en la Unión Europea. Buenas prácticas en España*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2020, págs. 61-91.

CARNELUTTI, F., *Las Miserias del Proceso Penal* (http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/05/doctrina28730.pdf última visita 31/08/2021)

CARNELUTTI, F., *Sistema de derecho procesal civil. II, Composición del proceso,* Buenos Aires: Uteha Argentina, 1944.

CARO CORIA, D.C., "La prueba en la individualización judicial de la pena" en AMBOS, K., MALARINO, E. (Eds.), *Fundamentos de Derecho Probatorio en materia penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

CARRASCO JIMÉNEZ, E. "El concepto de "expansión" del Derecho Penal puesto en cuestionamiento. Su relación conflictiva con el concepto de "inflación" penal", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVII, 2017, págs. 39-86.

CARRIÓN ZENTENO, A., URQUIZO VIDELA, G., "La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en el ámbito empresarial. Un breve análisis comparativo entre Alemania-Perú y EEUU", en MARTÍN BÖSE, KAY H. SCHUMANN, FRIEDRICH TOEPEL (Eds.), *Festschrift zum 70. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser*, 2019, págs. 877-894.

CASANOVA MARTÍ, R., "La tacha como mecanismo de control de la imparcialidad del perito: una lectura judicial de las causas.", en PICÓ I JUNOY (Dir.), MIRANDA VÁZQUEZ, C., (Coord.), *Peritaje y prueba pericial*, págs. 509-518.

CASANOVAS YSLA, A., "*Compliance" penal normalizado: el estándar UNE 19601*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2017.

CASAS AGUDO, D., "A vueltas con el derecho a no autoinculparse y su dialéctica con los deberes de colaboración tributaria", *Revista Quincena Fiscal* núm.10/2017, parte Estudios.

CASTILLEJO MANZANARES, R., "Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en GÓMEZ COLOMER, J.L; BARONA VILLAR, S.; CALDERON CUADRADO, P. (Coords.), *El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2012, págs. 935-958.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *La aplicación práctica del delito fiscal: cuestiones y soluciones*, Hospitalet de Llobregat (Barcelona): Wolters Kluwer, 2016.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A., "Prescripción de la acción penal y criminalidad organizada, ¿un modelo de excepción?", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* nº 488, 2001.

CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal*, Tomo I, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

COCA VILA, I., "El abogado frente al blanqueo de capitales ¿Entre Escila y Caribdis? Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 12323/11) Caso Michaud contra Francia.", *InDret* 4/2013.

COLOMER HERNÁNDEZ, I., "Derechos fundamentales y valor probatorio en el proceso penal de las evidencias obtenidas en investigaciones internas en un sistema de compliance", en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal.*

Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 609-652.

COLOMER HERNÁNDEZ, I., "Régimen de exclusión probatoria de las evidencias obtenidas en las investigaciones del compliance officer para su uso en un proceso penal", *Diario La Ley* nº9080, Sección Doctrina, 14 de noviembre de 2017.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., DÍAZ MARTÍNEZ, P., (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del proceso penal*: *(Jurado, extradición pasiva, habeas corpus y asistencia jurídica gratuita)*, Volumen I, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

CORTÉS LABADIA, J.P., SOLÍS BENJUMEA, I., "La pericial de sistemas de compliance: particularidades del Caso Bankia", *Diario La Ley*, nº 9752, Sección Tribuna, 11 de diciembre de 2020.

CRAS, S. Y ERBEZNIK, A. "The Directive on the Presumption of Innocence and the Right to Be Present at Trial. Genesis and Description of the New EU-Measure", *EUCRIM*, 1/2016, págs. 25-36.

CUENCA MÁRQUEZ, J., CABECERANS CABECERANS, J., "El Compliance Officer y los límites constitucionales de sus investigaciones", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 2/2015.

CUERDA RIEZU, A.R., "Bastantes falacias, algunas verdades y ciertas dudas sobre el derecho a la presunción de inocencia desde la perspectiva constitucional", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Volumen III, 1999.

CUERDA RIEZU, A.R., "La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?", *InDret* 2/2014.

DE HOYOS SANCHO, M., GUERRERO PALOMARES, S., "Directiva 2016/343, de 9 de marzo, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia." en ARANGÜENA FANEGO, C., DE HOYOS SANCHO, M., (Dirs.), HERNÁNDEZ LÓPEZ, A., *Garantías procesales de investigados y acusados en procesos penales en la Unión Europea. Buenas prácticas en España*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2020, págs. 93-109.

DE HOYOS SANCHO, M., *Efectos ad extra del derecho a la presunción de inocencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

DE HOYOS SANCHO, M., "Sobre la necesidad de armonizar las garantías procesales de los sospechosos en la Unión Europea: valoración de la situación actual y algunas propuestas", *Revista General de Derecho Procesal*, nº 43, 2017.

DE JUAN GARCÍA, A., "Sobre la carga probatoria del elemento de idoneidad de los programas de Compliance penal", 26 de octubre de 2018, (http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13402-sobre-la-carga-probatoria-del-elemento-de-idoneidad-de-los-programas-de-compliance-penal/ última visita 26/07/2021)

DE LA MATA BARRANCO, N. J., "El cumplimiento normativo eficaz penalmente" en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.), DE LA CUERDA MARTÍN, M., GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (Coords.), *Derecho Penal económico y teoría del delito,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, págs. 411-430.

DE LA MATA BARRANCO, N. J., "La exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Protocolos de prevención de delitos", en JUANES PECES, A., (Dir.), DÍEZ RODRIGUEZ, E., (Coord.), *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Madrid: Francis Lefebvre, 2015, págs. 87-101.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2004.

DE LA OLIVA SANTOS, A., MUERZA ESPARZA, J.J., HINOJOSA SEGOVIA, R., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., *Derecho procesal penal*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.

DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, A., "Cuestiones generales" en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (Dir.), *Tratado de Derecho Penal económico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 513-576.

DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, A., "La conformidad en el proceso penal (Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español)", *Revista Auctoritas Prudentium*, nº. 1, 2008.

DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, A., "Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas acusadas", en ESCOBAR JIMENEZ, R., DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, A., (Coords), *El juicio oral en el proceso penal*, Granada: Comares, 2021, págs. 921-938.

DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, A., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos contra la hacienda pública", Antonio del Moral García (mjusticia.gob.es) (última visita 19/06/2021).

DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, A., "Responsabilidad penal de personas jurídicas y presunción de inocencia", en RODRÍGUEZ GARCÍA, N., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., (Eds.), "*Compliance" y responsabilidad de las personas jurídicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, págs. 31-72.

DEL ROSAL BLASCO, B., *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*, Madrid: La Ley, 2018.

DEL ROSAL GARCÍA, R., "Un secreto a voces", *Expansión*, 6 de diciembre de 2010 (https://www.expansion.com/2010/12/06/opinion/tribunas/1291668112.html última visita 19/06/2021).

DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Granada: Comares, 1996.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., "Artículo 24: Garantías procesales" en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III, Madrid: Edersa, 1996.

DOLZ LAGO, M.J., "Doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre Compliance: Discordancias con la Jurisprudencia." en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 125-155.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Comisión por omisión", en AA.VV, *Memento práctico. Penal económico y de la empresa 2011-2012*, Francis Lefebvre: Madrid, 2012, págs. 51-69.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "La posición de garante del compliance officer por infracción del deber de control", en ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A., (Dirs.), *El Derecho Penal económico en la era del compliance*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2013, págs. 175-189.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., "Una iniciativa fructífera" en DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (Dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, págs. 21-29.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Circunstancias atenuantes, medidas cautelares y penas" en AA.VV, *Jornada de Derecho Penal. Los retos de la organización empresarial ante la nueva reforma del Código Penal*, Madrid: Fundación Ramon Areces, 1 de junio de 2011, págs. 32-78.

DOPICO GÓMEZ-ALLER.J., "Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos", *Diario La Ley* nº7796, Sección doctrina, 13 de febrero de 2012, Ref. D-67.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "*Responsabilidad penal de las personas jurídicas*" en DE LA MATA BARRANCO, N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., NIETO MARTÍN, A, *Derecho Penal Económico y de la Empresa.* Madrid: Dykinson, 2018, págs. 129-169.

ECHARRI CASI, F.J., "La problemática aplicación del artículo 129 CP en la actualidad", en ORTEGA BURGOS, E., (Dir.), *Derecho Penal 2020,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, págs. 381-411.

ENSEÑAT DE CARLOS, S., *Manual del compliance officer. Guía práctica para los responsables de compliance de habla hispana*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016.

EUGENIO SORIANO, J., "Economía de una profesión libre: tarifas y mercados" en MUÑOZ MACHADO, S., (Dir.), *Historia de la Abogacía Española*, Volumen II, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, págs. 1705-1739.

ESCALADA LÓPEZ, M. L., "Las medidas cautelares en el proceso penal contra entes supraindividuales, con especial atención a las de carácter real.", *Revista General de Derecho Procesal* nº 41, 2017.

ESCOBAR JIMENEZ, R., "El interrogatorio de acusados, responsables civiles, testigos y peritos" en ESCOBAR JIMENEZ, R., DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, A., (Coords.), *El juicio oral en el proceso penal*, Granada: Comares, 2021, págs. 307-524.

ESPIN, R., *El canal de denuncias internas en la actividad empresarial como instrumento de compliance*, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2017.

ETXEBERRIA GURIDI, J.F, "Prueba pericial" en ROMERO PRADAS, I. (Coord.), GONZÁLEZ CANO, M, I., (Dir.)*, La prueba en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch: Valencia 2017, págs. 655-715.

FAGET, K., Y., SHALOM, A. "2020 update to the DOJ's evaluation of corporate compliance program guidance", *Journal of Health Care Compliance, 22*(5), 2020.

FAGGIANI, V., "La integración a través del reconocimiento de derechos fundamentales: la función del CEDH y del TEDH en el Espacio Europeo de Justicia Penal", *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 55/2015.

FALCON Y TELLA, R., "El derecho a no declarar y la inviolabilidad del domicilio: la STC 54/2015, de 16 de marzo", *Revista Quincena Fiscal*, núm. 13/2015.

FALCON Y TELLA, R. "Los informes periciales en los procesos por delito contra la Hacienda Pública: ¿una pericia en Derecho?", *Revista Quincena Fiscal* núm. 3/1996.

FARALDO CABANA, P., "Los compliance programs y la atenuación de la responsabilidad penal" en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.) *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 157-180.

FARALDO CABANA, P., "Los profesionales del derecho ante el blanqueo de bienes: Prevención del blanqueo y secreto profesional. El ejercicio de la profesión como conducta típica de blanqueo", *Revista de Derecho y proceso penal*, nº. 16/2006.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas,* Madrid: Civitas, 2015.

FEIJOO SÁNCHEZ, B, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *Estudios sobre las reformas del CP: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero),* Madrid: Civitas, 2010.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., "Los requisitos del artículo 31 bis.1" en BAJO FERNÁNDEZ, M, FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal,* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016, págs. 75-88.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.J, "Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 y Sentencias del TS 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo*", InDret* 2/2016.

FEIJOÓ SÁNCHEZ, B.J., "Sociedades mercantiles en crisis y Derecho Penal. Sobre la función social y el fundamento del injusto del delito concursal (art. 260 CP)" *Anuario de Derecho Concursal* núm. 16/2009.

FENECH NAVARO M., *Derecho Procesal Penal*, Barcelona: Labor, 1952.

FENECH NAVARRO, M*., El proceso penal*, Madrid: AGESA, 1978.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.C., "¿Proteger o premiar al whistleblower?: un debate pendiente en España", en RODRÍGUEZ GARCÍA, N., CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL A., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., (Eds.), SÁNCHEZ BERNAL, J., CARRILLO DEL TESO, A.E, Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 431-448.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal*, Tesis Doctoral, Universidad de Alicante, 2004.

FERNÁNDEZ PAIZ, R., "Delitos imprudentes de las personas jurídicas" en ORTEGA BURGOS, E., (Dir.), *Derecho Penal 2020,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, págs. 239-263.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M., "La prescripción en la reforma del Código Penal operada por la L.O. 5/2010, de 22 de junio", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 7/2010, Parte Estudios.

FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., "El control de la responsabilidad penal de la persona jurídica" en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 181-210.

FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Instituciones de Derecho Penal económico de la empresa,* Valladolid: Lex Nova, 2013.

FERNÁNDEZ ZUGAZABEITIA, A., "El valor probatorio de los dictámenes periciales de naturaleza tributaria", *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, No 40, Sección Estudios, julio 2018.

FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, Madrid: Trotta, 2004.

FERRARI, M., "Compliance law in the french context: new horizons for legislative policy", *International Comparative Jurisprudence, 5*(1), 2019, págs. 72-80.

FLORES PRADA, I., *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos y reconocimiento judicial en el proceso civil*, Madrid: La Ley, 2000.

FORTUNY, M., "La nueva guía del DOJ para evaluar la eficacia de un programa de cumplimiento: un horizonte de legitimidad más allá del paper compliance", *La Ley compliance penal*, Nº 2, tercer trimestre de 2020.

FRENCH, P.A, "Integrity, Intentions and Corporations", *American Business Law Journal* nº34, diciembre de 1996, págs. 141-156.

FRÍGOLS I BRINES, E., "Peritos dependientes de organismos públicos y su imparcialidad en el proceso penal", *Cuadernos del Proceso Penal Económico*, Madrid: Lefebvre, 2020.

FUENTES SORIANO, O., "El derecho al silencio y sus consecuencias en el proceso", *Revista General de Derecho Procesal* nº 46, 2018.

GALÁN MUÑOZ, A. "Compliance penal ante la corrupción: luces y sombras" en MATALLÍN EVANGELIO, A. (Dir), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, págs. 55-90.

GALÁN MUÑOZ, A., *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

GALÁN MUÑOZ, A., "La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la lo 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad", *Revista General de Derecho Penal* nº 16, 2011.

GALÁN MUÑOZ, A., "La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la Lo 5/2010 entre la hetero- y la autorresponsabilidad" en ROMEO CASABONA, C.M, FLORES MENDOZA, F. (Eds.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Granada: Comares, 2012, págs. 503-548.

GALBE TRAVER, G., "Cuatro tesis sobre el derecho a no autoincriminarse y los requerimientos documentales", *La Ley Penal*, nº 143, Sección Derecho Procesal Penal.

GALBE TRAVER, G., "El secreto profesional del abogado in-house y el derecho a no autoincriminarse de la persona jurídica", *La Ley Penal*, nº 138, Sección Derecho Procesal Penal, mayo-junio 2019.

GALLEGO SOLER, J.A., "Criminal Compliance y proceso penal: reflexiones iniciales" en MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M., GÓMEZ MARTÍN, V., (Dirs), HORTAL IBARRA, J.C., VALIENTE IVAÑEZ, V. (Coords.), *Responsabilidad de la empresa y compliance programas de prevención, detección y reacción penal,* Madrid: Edisofer, 2014, págs. 195-271.

GARAU ALBERTI, C., "Derecho a no autoincriminarse de la persona jurídica", *Diario La Ley*, Nº 9032, Sección Tribuna, 1 de septiembre de 2017.

GARCÍA BERRO, F., "Derecho a no autoincriminarse de los contribuyentes y procedimiento sancionador separado: precisiones a la luz de la evolución jurisprudencial", *Revista Quincena Fiscal* núm. 19/2010.

GARCÍA BERRO, F., "La reciente jurisprudencia de ámbito europeo acerca del derecho a no autoincriminarse y sus implicaciones en el procedimiento tributario Interno" en SÁNCHEZ PINO, A.J., SANZ CLAVIJO, A. (Dirs.), *Derecho de la Unión Europea y reformas del ordenamiento jurídico español*, Universidad de Huelva, 2011, págs. 117-142.

GARCÍA MIGUEL, S., "Eficacia de las sentencias del TEDH y su incidencia en el ordenamiento jurídico español", *Actualidad Civil* nº 7-8, Sección Conflicto de leyes y jurisdicción /A fondo, julio de 2020.

GARCÍA MORENO, B., "El concepto de alertador (o whistleblower): Consideraciones a la luz de la directiva (UE) 2019/1937", en RODRÍGUEZ GARCÍA, N., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., (Eds.),

"Compliance" y responsabilidad de las personas jurídicas, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, págs. 441-460.

GARCÍA ROCA, F. J., "El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo", *Teoría y realidad constitucional*, nº. 30, 2012, págs. 183-224.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P.M., *La peritación como Medio de Prueba en el Proceso Civil Español*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 1999.

GARCÍANDIA GONZÁLEZ, P.M., "Competencia profesional y objetividad en la actuación del perito: un examen de sus garantías procesales en el marco de una posible reforma" en PICÓ I JUNOY, J. (Dir), ANDINO LÓPEZ, J.A, CERRATO GURI, E. (Coords.), *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, Barcelona: Bosch, 2020, págs. 321-365.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso Penal y persona jurídica,* Madrid: Marcial Pons, 2012.

GUERRERO PALOMARES, S., "Algunas cuestiones y propuestas sobre la construcción teórica del derecho a la presunción de inocencia a la luz de la Directiva 2016/343, de 9 de marzo, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio", en ARANGÜENA FANEGO, C., (Dir.), DE HOYOS SANCHOS, M., (Dir.), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2018, págs. 143-176.

GUERRERO PALOMARES, S., "¿Es necesaria la transposición de la Directiva 343/2016, de 9 marzo, en materia de presunción de inocencia?", *Revista de Estudios Europeos* nº extraordinario monográfico, 1-2019, págs. 164-183.

GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Tesis Doctoral, Universidad de Castilla la Mancha, Toledo, 2014.

GIMENO BEVIÁ, J., "La formación y comunicación en Compliance y su relevancia como prueba en el proceso penal", *La Ley compliance penal*, nº 1, Sección Estudios, Segundo trimestre de 2020.

GIMENO SENDRA, V. "Cuestiones prejudiciales devolutivas y "non bis in idem" en el proceso penal", *Revista General de Derecho Procesal*, nº 1, 2003.

GIMENO SENDRA, V*., Derecho Procesal Penal*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2015.

GIMENO SENDRA. V, DIAZ MARTÍNEZ, M., *Derecho Procesal Penal*, Madrid: Colex, 2004.

GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMINGUEZ, V., *Derecho procesal. Proceso Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

GIMENO SENDRA. V, DIAZ MARTÍNEZ, M., *Derecho Procesal Penal*, Madrid: Colex, 2004.

GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Madrid, Colex, 2010.

GIMENO SENDRA, V., "La naturaleza de la defensa penal a la luz de la CE y CEDH; Crisis de la Justicia y reformas procesales*",* en AA. VV, *I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Madrid: *Ministerio de Justicia*, 1988, pág. 249-265.

GIPPINI-FOURNIER, E., "Legal Professional Privilege in Competition Proceedings before the European Commission:Beyond the Cursory Glance", *Fordham International Law Journal*, Vol. 28, Book 4, 967, 2005.

GOENA VIVES, B., "El secreto profesional del abogado in-house en la encrucijada: tendencias y retos en la era del compliance", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, núm. 21-19, págs. 1-26.

GÓMEZ COLOMER, J.L., "El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica en España: Particularidades sobre sus derechos fundamentales y la necesaria reinterpretación de algunos principios procesales, a la vista de esta importante novedad legislativa.", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* núm. 27/2012.

GÓMEZ COLOMER, J.L., "Introducción: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el control de su actividad: Estructura jurídica general en el Derecho Procesal Penal español y cultura de cumplimiento (*Compliance Programs*)" en GÓMEZ COLOMER, J.L.(Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 25-63.

GÓMEZ COLOMER, J.L., *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Barcelona: Bosh, 1988.

GÓMEZ ORBANEJA, E., HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal penal,* Madrid: Artes gráficas y ediciones, 1981.

GÓMEZ TOMILLO, M., *Compliance penal y política legislativa. El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2015.

GÓMEZ TOMILLO, M., "Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho Penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español", *Revista jurídica de Castilla y León* n.º 25, septiembre 2011, págs. 43-84.

GÓMEZ TOMILLO, M., "La culpabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones administrativas: especial referencia a los programas de cumplimiento", *Revista de Administración Pública*, 203, 2017, págs. 57-88.

GÓMEZ TOMILLO, M., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y carga de la prueba de la idoneidad de los programas de cumplimiento", *Diario La Ley*, nº 8861, Sección Tribuna, 11 de noviembre de 2016, Ref. D-393.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Compliance y delito corporativo: a propósito del auto de 11 de mayo de 2017 del juzgado central de instrucción número cuatro (Caso Bankia)", *Diario La Ley*, nº 9018, de 11 de julio de 2017.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)" en BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C*., Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal,* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016, págs. 121-142.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "El pleno jurisdiccional del TS sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora", *Diario La Ley*, nº 8724, Sección Documento on-line, 17 de marzo de 2016.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en BAJO FERNÁNDEZ, M; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de*

responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016, págs. 89-119.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "*La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*" en BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016, págs. 221-249.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "*La culpabilidad de la persona jurídica*" en BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016, págs. 143-220.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid: Marcial Pons, 2005.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La posición de garante penal de las personas jurídicas: a propósito de la sentencia del TS de 8 de marzo de 2019", *La Ley Penal*, nº 140, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, septiembre-octubre 2019.

GONZÁLEZ CANO, M.I., "Fiscalía Europea y represión del fraude contra los intereses financieros de la Unión Europea" en RODRÍGUEZ GARCÍA, N., CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL A., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., (Eds.), SÁNCHEZ BERNAL, J., CARRILLO DEL TESO, A.E, *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 153-186.

GONZÁLEZ CANO, M.I., FIDALGO GALLARDO, C., "Valoración de la prueba, presunción de inocencia y principio in dubio pro reo" en GONZÁLEZ CANO, M.I (Dir.); ROMERO PRADAS, M.I., (Coord.), *La prueba. Tomo II, La prueba en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "El derecho de defensa y la marca de Caín" en CASTILLEJO MANZANARES, R., (Dir.), SANDE MAYO, M.J., MARTÍNEZ PÉREZ, M. (Coords.), *Nuevos debates en torno a la justicia española,* Tirant lo Blanch, 2017, págs. 289-344.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "El secreto profesional del Abogado" en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (Dir.), SANZ HERMIDA, A.M., ORTIZ PRADILLO, J.C., (Coords.),

Problemas actuales de la justicia penal. Secreto profesional, cooperación jurídica internacional, víctimas de delitos, criminalidad organizada, personas jurídicas, eficacia y licitud de la prueba y derechos fundamentales, Madrid: COLEX, 2013, pág. 9-31.

GONZÁLEZ CUÉLLAR-SERRANO, N., JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor", *Diario La Ley* nº. 7501, 3 de noviembre de 2010 Año XXXI, Ref. D-335.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuante de los programas de prevención de delitos" en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 317-345.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L, "La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos", *Estudios Penales y Criminológicos*, 39, 2019, págs. 593-654.

GONZÁLEZ FRANCO, J.A., SCHEMMEL, A., BLUMENBERG, A., "La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento" en ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A. (Dirs.), *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, págs. 155-163.

GONZÁLEZ HURTADO, J.A., "La evaluación de la conformidad de los modelos de organización y gestión para prevenir el delito corporativo", *La Ley Penal*, nº 142, Sección Estudios, enero-febrero 2020.

GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., "Imputación de personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 40, septiembre de 2016, págs. 35-66.

GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J.L, "La prueba pericial en la ley de enjuiciamiento civil. Balance crítico", *Revista de Estudios Jurídicos* nº 13/2013 (Segunda Época), Universidad de Jaén.

GONZÁLEZ PASCUAL, M., "Secreto profesional de los abogados y blanqueo de capitales: La normativa de la Unión ante el TEDH. Comentario a la Sentencia del TEDH Michaud c. Francia, de 6 de diciembre de 2012", *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 101, mayo-agosto 2014, págs. 381-404.

GONZÁLEZ RUS, J.J., "Los conceptos jurídico-administrativos y las cuestiones prejudiciales administrativas en el ámbito penal" en ORTIZ BLASCO, J., MAHILLO GARCÍA, P. (Coords.), *La responsabilidad penal en la Administración Pública. Una imperfección normativa,* Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2010, págs. 93-152.

GONZÁLEZ SIERRA, P., *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del artículo 31 bis del CP,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

GRACIA MARTÍN, L., "Analogía y naturaleza de la cosa: la imposible e inconcebible responsabilidad penal y sancionatoria de la persona jurídica", en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., (Coord.) *Persuadir y razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo II, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2018, págs. 209-240.

GRUBMAN, S. R., TANNER, G. A. "The Department Of Justice's Evaluation Of Corporate Compliance Programs*"*, *Criminal Justice, 33*(1), págs. 23-25.

GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho procesal civil: introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*, Tomo I, Madrid: Civitas, 2002.

HELMHOLZ R.H., "Originis of the Privilege against Self-incrimination: the Role of the European Ius Commune", *New York University Law Review*, nº65, octubre de 1990.

HERNÁNDEZ BASUALTO, H., ¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Volumen 44, nº. 1, 2015, págs. 217-263.

HERNÁNDEZ BASUALTO, H, "La introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Chile", *Política Criminal,* Volumen N.5, nº9, pág. 207-236.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables", *Diario La Ley*, nº 7427, Sección Doctrina, 18 de Junio de 2010, Año XXXI, Ref. D-202.

HENRÍQUEZ SALIDO, M.C., ALAÑÓN OLMEDO, H., ORDÓÑEZ SOLÍS, D; OTERO SEIVANE. J; RABANAL CARBAJO, P.F., "El principio procesal iura novit curia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law*, núm. 64, 2015, págs. 1-15.

HERRERA MOLINA, P.M., "Los derechos a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo en el procedimiento inspector (Comentario y traducción de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de diciembre de 1996, Saunders v. United Kingdom)", *Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, año nº 13, nº 2, 1997, págs. 1075-1103.

IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, J. M., *La investigación preliminar del Ministerio Fiscal: la intervención de las partes en la misma,* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2001.

JIMÉNEZ VILLAREJO, C., "La prueba pericial en los delitos económicos (con particular referencia a la intervención de los Inspectores de Finanzas del Estado)", *Jueces para la Democracia* nº 31, 1998.

JUANES PECES, A., "Hacia un nuevo enfoque de la presunción de inocencia. La imparcialidad del juez como núcleo básico del derecho a la presunción de inocencia", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-55, tomo 1.

LANGEVOORT, D., "Getting (Too) Confortable: In-house Lawyers, Enterprise Risk and the Financial Crisis", *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper,* nº. 11-135.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., "Análisis de riesgos penales", *Almacén de Derecho*, febrero de 2019 (https://almacendederecho.org/analisis-de-riesgos-penales/ última visita 26/07/2021)

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., "La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales" en NIETO MARTÍN, A., (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, págs. 165-185.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A, "Compliance, debido control y unos refrescos" en ARROYO ZAPATERO, L., (Dir.), NIETO MARTÍN, A., (Dir.), *El Derecho Penal económico en la era del compliance*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2013, págs. 111-135.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., "Salvar al oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)", en MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M., GÓMEZ MARTÍN, V., (Dirs), HORTAL IBARRA, J.C., VALIENTE IVAÑEZ, V. (Coords.), *Responsabilidad de la empresa y compliance programas de prevención, detección y reacción penal,* Madrid: Edisofer, 2014, págs. 301-336.

LEÓN ALAPONT, J., "Criminal Compliance: análisis de los arts. 31 bis 2 a 5 CP y 31 quater CP", *Revista General de Derecho Penal*, nº 31, 2019.

LIÑAN LAFUENTE, A., "El oficial de cumplimiento: Su responsabilidad penal" en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 347-377.

LIÑAN LAFUENTE, A.; AGUILAR FERNÁNDEZ, C., "El secreto profesional del abogado y su aplicación al asesoramiento penal preventivo del compliance officer", en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coord.), *Persuadir y razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo I, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2018, págs. 787-811.

LIÑAN LAFUENTE, A., *La responsabilidad penal del compliance officer*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2019.

LÓPEZ ORTEGA, J.J., "El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable", en PÉREZ MANZANO, M., BORRAJO INIESTA, I., (Coords.); RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., CASAS BAAMONDE, M.E., (Dirs.); ARNALDO ALCUBILLA, E., REMÓN PEÑALVER, J., (ed. lit.), *Comentarios a la Constitución española,* Vol. 1, Tomo 1, Madrid: BOE: Tribunal Constitucional: Wolters Kluwer: Ministerio de Justicia, 2018, págs. 832-839.

LUZÓN CASANOVAS, A., "Problemas en la investigación de los delitos económicos, con especial referencia a las diligencias practicadas en Fiscalía", *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, I-2003, págs. 243-275.

LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., *Garantías procesales en el espacio de justicia penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, 2ª Edición.

LÓPEZ LÓPEZ, A.M "Defensa técnica y proceso penal", *Actualidad Penal*, núm. 34/1994.

LÓPEZ-VIOTA PADILLA, M., "Dos aspectos llamados a jugar un papel clave en el compliance: el juicio de idoneidad y la pericial", *Diario La Ley*, nº 9758, Sección Doctrina, 21 de diciembre de 2020.

MAGRO SERVET, V., "¿Cómo configurar técnicamente la aportación al proceso civil de los dictámenes jurídicos?", *Práctica de Tribunales*, nº 43, Sección Práctica Procesal, noviembre 2007.

MAGRO SERVET, V., "¿Es válido que el juez inste el requerimiento de documentos al investigado en el proceso penal a instancia de la acusación?", *Diario La Ley*, nº 9602, Sección Doctrina, 26 de marzo de 2020.

MAGRO SERVET, V., "Hacia la creación del registro de expertos en programas de compliance", *Diario La Ley*, Nº 9362, Sección Doctrina, 20 de febrero de 2019.

MAGRO SERVET, V., "Las características de un buen informe pericial", *Práctica de Tribunales*, Nº 135, noviembre-diciembre 2018.

MAGRO SERVET, V., "Protocolo de requisitos básicos de la prueba pericial de compliance", *La Ley compliance penal*, Nº 5, Sección Actualidad profesional, Segundo trimestre de 2021.

MAGRO SERVET, V., "Praxis sobre el secreto profesional del abogado hacia su cliente", *Diario La Ley*, Nº 9102, Sección Doctrina, 19 de diciembre de 2017.

MAGRO SERVET, V., "Viabilidad de la pericial de *compliance* para validar la suficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas", *Diario La Ley,* Nº 9337*,* Sección Doctrina, 15 de enero de 2019.

MANDRI ZÁRATE, J., "El código ético de conducta" en PUYOL MONTERO, J., BAUTISTA SAMANIEGO, C.M., *Guía para la implantación del Compliance en la empresa,* Hospitalet de Llobregat: Bosch, 2017, págs. 269-278.

MARCHENA GÓMEZ, M., "De peritos, cuasiperitos y pseudoperitos", *Poder Judicial*, nº39, 1995, págs. 233-251.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C., *El contenido de la Antijuridicidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "La inflación del Derecho Penal y del Derecho Administrativo", *Estudios penales y criminológicos,* nº. 6, 1981-1982, págs. 197-214.

MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J.L., "Estatuto jurídico de las academias científicas territoriales", *Revista Jurídica de Castilla y León,* nº 45, mayo 2018, págs. 113-146.

MARTÍN SÁNCHEZ, T., *La prueba pericial judicial y extrajudicial. Formularios y jurisprudencia*, Madrid: Dykinson, 2001.

MASCHMANN, F., "Compliance y derechos del trabajador" en KUHLEN, L., MONTIEL, J.P., ORTIZ DE URBINA, I., (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, págs. 147-167.

MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., "Principio de oportunidad, justicia negociada y posición de las partes en el proceso penal", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* num.56, 2019, págs. 161-198.

MATELLANES RODRÍGUEZ, N., "Derecho Penal económico y Derecho Administrativo sancionador" en CAMACHO VIZCAINO, A., (Dir.), *Tratado de Derecho Penal Económico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 109-139.

MATOS DE ARAUJO CHAVES, M., *El dictamen pericial: criterios de valoración y su motivación en la sentencia civil*, Tesis Doctoral, Universidad de Burgos, 2012.

MATUS ACUÑA, J.P., "Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, nº. 11, julio-diciembre 2017, págs. 38-43.

MAZA MARTÍN, J.M., "Presentación" en CASANOVAS YSLA, A., "*Compliance" penal normalizado: el estándar UNE 19601*". Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2017.

MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo,* Madrid: Civitas, 2001.

MIR PUIG, S., "Significado y alance de la imputación objetiva en Derecho Penal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº. 5, 2003.

MIRANDA ESTRAMPES, M., *La "mínima" actividad probatoria en el proceso penal,* Barcelona: Bosch, 1997.

MONTANER FERNÁNDEZ, R., "El criminal *compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones", *Estudios Penales y Criminológicos*, nº35, 2015, págs. 733-782.

MONTANER FERNÁNDEZ, R., "Reputación corporativa y responsabilidad penal de la empresa", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 1/2018.

MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2019.

MORENO CATENA, V., "Algunos problemas del derecho de defensa" en AA.VV. *La reforma del proceso penal: II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1989, pág. 449-469

MORENO CATENA, V., "El derecho de defensa de las personas jurídicas" en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 1009-1038.

MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, Madrid: Civitas, 1982.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., ESPARZA LEIBAR, I., ETXEBERRIA GURIDI, J.F., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

MUERZA ESPARZA, J., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., DE LA OLIVA SANTOS, A., HINOJOSA SEGOVIA, R., y TOMÉ GARCÍA, JA., *Derecho Procesal Penal*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.

MUÑOZ SABATE, L. *Introducción a la probática*, Barcelona: Bosch, 2007.

ORELLANA DE CASTRO, O., "La complejidad del peritaje en compliance", *LA LEY compliance penal*, Nº 3, cuarto trimestre de 2020.

ORTIZ PRADILLO, J.C., "Compliance y clemencia en el proceso penal de la persona jurídica investigada", en RODRÍGUEZ GARCÍA, N., CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL A.,

RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., (Eds.), SÁNCHEZ BERNAL, J., CARRILLO DEL TESO, A.E, *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 381-404.

NAVAS, E., "Investigaciones internas de Compliance: la incidencia del Privilege de derecho inglés", en AA.VV. *2016 Práctica Mercantil para Abogados*, Madrid: La Ley, 2016.

NEIRA PENA, A. M., *La defensa penal de la persona jurídica: representante defensivo, rebeldía, conformidad y compliance como objeto de prueba,* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2018.

NEIRA PENA, A. M., *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

NEIRA PENA, A.M., "La prueba pericial sobre la eficacia de los programas de compliance" en PICÓ I JUNOY, J. (Dir)., ANDINO LÓPEZ, J.A., CERRATO GURI, E., (Coords.), *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, Barcelona: Bosch, 2020, págs. 585-594.

NEIRA PENA, A.M., *La persona jurídica como parte pasiva del proceso penal*, Tesis Doctoral, Universidad de A Coruña, 2015.

NIETO MARTÍN, A. "Código Ético, evaluación de riesgos y formación" en NIETO MARTÍN, A. (Dir.)*, Manual de Cumplimiento Penal de la empresa.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, págs. 135-163.

NIETO MARTÍN, A., "Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas" en NIETO MARTÍN, A. (Dir.)*, Manual de Cumplimiento Penal de la empresa.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, págs. 49-109.

NIETO MARTÍN, A., "Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo." en NIETO MARTÍN, A. (Dir.)*, Manual de Cumplimiento Penal de la empresa.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, págs. 111-134.

NIETO MARTÍN, A., "Investigaciones internas", en NIETO MARTÍN, A., (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, págs. 231-270.

NIETO MARTÍN, A., "Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal." *Diario La Ley*, nº 8120, Sección Doctrina, 5 de Julio de 2013, Año XXXIV, Ref. D-247.

NIETO MARTÍN, A., "La institucionalización del sistema de cumplimiento" en NIETO MARTÍN, A., (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, págs. 187-204.

NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, Madrid: Iustel, 2008.

NIETO MARTÍN, A., BLUMENBERG, A., "Nemo tenetur se ipsum accusare en el Derecho Penal económico europeo." en DÍEZ PICAZO, L., NIETO MARTÍN, A., (Dirs.), *Los derechos fundamentales en el Derecho Penal europeo*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010, págs. 397-419.

NIETO MARTÍN A., "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal" en PABLO MONTIEL, J. (Ed. Lit.), KUHLEN, L. (Ed. Lit.), ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Ed. Lit.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, págs. 21-50.

NIETO MARTÍN, A, "¿Quiénes forman parte del selecto club del 31 bis a) del CP?", Almacén del Derecho, 25 de febrero de 2016, (https://almacendederecho.org/quienes-forman-parte-del-selecto-club-del-31-bis-a-del-cp última visita 26/07/201)

NIETO MARTÍN, A., "Reforma del proceso penal y regulación de las investigaciones internas", *Almacén del Derecho*, 30 de abril de 2020, (Reforma del proceso penal y regulación de las investigaciones internas - Almacén de Derecho (almacendederecho.org). última visita 26/07/2021).

NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal III. Proceso Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

NIEVA FENOLL, J., VIVES REGO, J., CORCOY BIDASOLO, M., "Eficacia y admisibilidad de la prueba pericial en el enjuiciamiento de delitos contra el medio ambiente", *Diario La Ley*, Nº 6551, Sección Doctrina, 18 de septiembre de 2006, Año XXVII, Ref. D-199.

NIEVA FENOLL, J., "Guardar silencio*",* 6 de marzo de 2016, *Agenda Pública*, (http://agendapublica.elpais.com/3295-2/ última visita 26/07/2021).

NIEVA FENOLL, J., "La razón de ser de la presunción de inocencia", *InDret* 1/2016.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *El derecho a no incriminarse,* Madrid: Civitas, 2015.

ORTELLS RAMOS, M., "Las partes no oficiales en el proceso penal abreviado", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref D-67, Tomo 1.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., "Observaciones críticas y reconstrucción del concepto de «cultura de cumplimiento" en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coord.) *Persuadir y razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo II, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2018, págs. 369-381.

ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, J.M., "El oficio de abogado en las partidas de Alfonso X el Sabio", *Revista jurídica de la Región de Murcia*, nº. 21, 1996, págs. 29-46.

PALOMO HERRERO, Y., "La pretensión civil deducible en el proceso penal.", *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 14, enero 2008, págs. 293-334.

PASCUAL SUAÑA, O., "Derecho a no incriminarse en la directiva (UE) 2016/343 del parlamento europeo y del consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio", *Revista de estudios europeos*, nº. Extra 1, 2017 (Ejemplar dedicado a: Garantías procesales de investigados y acusados: Situación actual en el ámbito de la Unión Europea), págs. 65-77.

PASCUAL SUAÑA, O., "El informe pericial en los procesos penales frente a las personas jurídicas. Especial referencia a la certificación de los programas de cumplimiento normativo penal.", *Revista General de Derecho Procesal*, nº. 47, 2019.

PEDRAZ PENALVA, E., "Algunas reflexiones sobre policía y Administración de Justicia", en *Policía y sociedad: I Seminario de colaboración Institucional entre la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y la Dirección General de Policía: Santander, 17 al 21 de Julio de 1989*, Madrid: Dirección General de la Policía, 1989, págs. 109-126.

PEDRAZ PENALVA, E., PÉREZ GIL, J., CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., "Aspectos procesales de la reforma del Código Penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dirs.) MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PÜSCHEL, A., (Coords.), *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, págs. 19-30.

PEDRAZ PENALVA, E, *Derecho Procesal Penal, Tomo I, Principios de Derecho Procesal Penal*, Madrid: Colex, 2000.

PEDRAZ PENALVA, E., "Reflexiones sobre la prueba pericial en los procesos penal y civil particular consideración de la pericia psiquiátrica", en PEDRAZ GÓMEZ, S. (Dir.), *Salud mental y justicia. Problemática civil y penal. Internamientos en Derecho Penal y civil. La peligrosidad*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994, págs. 389-514.

PÉREZ GIL, J., "Cauces para la declaración de responsabilidad penal de las personas jurídicas" en ALVAREZ GARCÍA, F.J., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, págs. 583-590.

PÉREZ GIL, J., *El conocimiento científico en el proceso civil. Ciencia y tecnología en tela de juicio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

PICÓ I JUNOY, J., "Quince años de la prueba pericial: problemas y soluciones" en PICÓ I JUNOY, J. (Dir.), DE MIRANDA VAZQUEZ, C. (Coord.), *Peritaje y prueba pericial*, Barcelona: Bosch, 2017, págs. 71-83.

PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona: Bosch, 1996.

PILLADO GONZÁLEZ, E., "Presunción de inocencia y compliance" en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 1091-1119.

PLANCHADELL GARGALLO, A., "El derecho a la última palabra: algunos vaivenes en la doctrina del Tribunal Constitucional en cuanto a la acreditación de la indefensión", *Revista de derecho y proceso penal*, nº. 62, 2021, págs. 383-394.

PLANCHADELL GARGALLO, A., "Prohibiciones probatorias en la investigación de delitos cometidos por personas jurídicas." en GÓMEZ COLOMER, J.L.., (Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 1121-11640.

POLO RODRÍGUEZ, J.J., "La excesiva rigidez de la regulación del compliance en el Anteproyecto de LECrim", *Hay Derecho*, 9 de abril de 2021 (La excesiva rigidez de la regulación del compliance en el Anteproyecto de LECrim. - Hay Derecho (expansion.com) última visita 26/07/2021).

PONT CLEMENTE, J.F., "El problema fundamental de la liquidación en el proceso penal tributario", *Revista Quincena Fiscal* núm. 11/2011.

PÓRFILO TRILLO NAVARRO, J., "El derecho a la última palabra: prueba material", *Diario La Ley*, Nº 6693, Sección Doctrina, 16 de abril de 2007, Año XXVIII, Ref. D-92.

PRIETO GONZÁLEZ, H.M., "Las investigaciones internas: el Attorney Privilege y el Work Product Privilege" en ALCOLEA CANTOS, J.M., PARDO PARDO, J.M (Coords), *Defensa Corporativa y Compliance*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2019, págs. 251-265.

PUYOL MONTERO, F.J., *El funcionamiento práctico del canal del compliance "whistleblowing"*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

QUINTERO OLIVARES, G., "La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas" en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentarios a la reforma penal del 2015*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2015, págs. 77-91.

RAGUÉS I VALLÈS, R., "¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal", *Indret* 3/2006.

RAMÍREZ ORTIZ, J.L., "Un cambio de paradigma probatorio: prueba pericial y prueba científica en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.", *Diario La Ley*, nº 9896, Sección Tribuna, 21 de julio de 2021.

REVERÓN PALENZUELA, B "La contradicción procesal como garantía de derecho de defensa en la llamada fase intermedia del proceso penal por delito", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-183, tomo 3.

RICHARD GONZÁLEZ, M., "Problemas de la prueba pericial en el proceso penal" en PICÓ I JUNOY (Dir.), MIRANDA VÁZQUEZ, C., (Coord.), *Peritaje y prueba pericial*, págs. 249-273.

ROBLES PLANAS, R., "El responsable de cumplimiento («Compliance Officer») ante el Derecho Penal", en SILVA SÁNCHEZ, J.M., (Dir.), MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona: Atelier, 2013, pág. 319-331.

RODRÍGUEZ CELADA, E., "La criminalización del fracaso empresarial. Análisis crítico de la reforma del Código Penal de 2015 en relación con el delito concursal", *Indret*, 1/2017.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., "Adecuación del proceso penal español a la fijación legal de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas", *Revista Penal* nº 35, 2015, págs. 139-172.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso en el proceso penal*, Bosch: Barcelona, 1997.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., "La conformidad de las personas jurídicas en el proceso penal español", *La Ley Penal* nº 113, marzo-abril 2015. Delitos de Corrupción, Nº 113, 1 de marzo de 2015.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., "La obligada reforma del sistema penal español para implantar un modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas.", *Revista General de Derecho Procesal* nº 24, 2011.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., GABRIEL ORSI, O., "Las investigaciones defensivas en el compliance penal corporativo", en RODRÍGUEZ GARCÍA, N., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., (Eds.), *"Compliance" y responsabilidad de las personas jurídicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, págs. 293-389.

RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., "La protección de los informantes – whistleblowers – y las garantías de los investigados. Análisis de la propuesta de Directiva de la Unión Europea y en España de la proposición de ley integral de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes", *Revista de Estudios Europeos*, nº extraordinario monográfico, 1-2019, págs. 225-245.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "El secreto profesional del abogado interno y la STJUE Akzo de 14 de septiembre de 2010", *Diario La Ley*, nº 7668, Sección Doctrina, 7 de Julio de 2011, Año XXXII, Ref. D-282.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., "La segunda revolución de la justicia penal" en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., (Coord.), *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín,* Tomo II*,* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2018, págs. 1125-1139.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Reflexiones sobre la limitada vigencia del derecho de defensa", *Cuadernos de Política Criminal* Nº100, Segunda Época, págs. 61-75.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Reflexiones sobre la naturaleza del Derecho Penal en relación con las cuestiones prejudiciales", *Estudios penales y criminológicos*, nº. 11, 1986-1987, págs. 371-395.

ROMEO CASABONA, C. M., *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Granada: Comares, 2005.

ROSE, C., "The UK Bribery Act 2010 and accompanying guidance: belated implementation of the oecd anti-bribery convention", *The International and Comparative Law Quarterly, 61*(2), 2012, págs. 485-499.

ROSS*,* A., *Sobre el Derecho y la justicia,* Buenos Aires: Eudeba, 1963.

ROXIN, C., "La protección de la persona en el Derecho Procesal Penal alemán", *Revista penal*, nº 6, 2000, págs. 115-126.

RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S., "Los distintos medios de prueba (III). La prueba pericial" en ASENCIO MELLADO (Dir.), FUENTES SORIANO, O. (Coord.), *Derecho Procesal Civil. Parte General,* Valencia: Tiran lo Blanch, 2019*,* págs. 289-296.

SÁNCHEZ GÓMEZ, R., "El derecho a la asistencia y defensa letrada en el marco del proceso penal", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8/2018.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Abogados y sociedades cotizadas (pequeñas reflexiones ante un gran problema)", *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil,* Universidad Complutense de Madrid, nº. 23, 2009.

SÁNCHEZ CARRIÓN, J.L., "La vertiente jurídico – constitucional del derecho a la prueba en el ordenamiento español", *Revista de Derecho Político* nº. 42, 1997, págs. 184-210.

SÁNCHEZ DE LA PRADA, P.F., *Las cuestiones prejudiciales en el orden penal, civil, contencioso y social,* Granada: Comares, 1996.

SÁNCHEZ RUBIO, A., "El papel de la defensa en la investigación científico – criminal", *Revista General de Derecho Procesal*, nº 41, 2017.

SÁNCHEZ TOMAS, J.M., "La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional", *Diario La Ley*, Nº 9310, Sección Documento on-line, 3 de diciembre de 2018.

SÁNCHEZ ULLED, E.J, "Estrategias de investigación en los delitos económicos complejos. La criminalidad económica organizada", en GIMENO JUBERO, M.A (Dir.), *Derecho Penal económico*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006, págs. 11-48.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho Penal,* Madrid: Marcial Pons, 2012.

SANCHÍS CRESPO, C., "El derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa: un recorrido por la jurisprudencia constitucional*", Tribunales de justicia* nº 5, 1998, págs. 521-529.

SANJURJO RIOS, E.I., "En la búsqueda del buen perito. Una propuesta de reforma razonada para el art.340 LEC" en PICÓ I JUNOY, J. (Dir)., ANDINO LÓPEZ, J.A, CERRATO GURI, E. (Coords.), *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, Barcelona: Bosch, 2020, págs. 413-442.

SANTANA VEGA, D. M., "El delito corporativo de incumplimiento en la prevención de sobornos (Bribery Act 2010)", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015, núm. 17-15, págs. 1-32.

SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., *Derecho a no autoinculparse y Delitos contra la hacienda pública*, Madrid: Colex, 2004.

SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., "El derecho de las personas jurídicas a no autoinculparse por delito fiscal (Reflexiones a raíz de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, y de las

Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016 y 221/2016)", *Diario La Ley*, Nº 8737, Sección Doctrina, 8 de abril de 2016, Ref. D-149.

SCARCELLA, A., "Responsabilità "penale" degli enti per la S.p.a. esercente funzioni trasferite da enti pubblici territoriali?", *Processo penale e giustizia*, nº. 2, 2011, págs. 35-39.

SCHÜNEMANN, B., *"*Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación*", Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, Tomo 55, Fasc/Mes 1, 2002, págs. 9-38.

SENES MOTILLA, C., "*Dictamen sobre cuando se adquiere la condición de imputado formalmente en el proceso penal español*", *Law&Trends*, 6 de marzo de 2019 (Dicatamen_condicion_imputado.pdf (lawandtrends.com) última visita 26/07/2021)

SERRANO DE NICOLÁS, Y., CONESA ALARGADA M., y ALBALÁ GONZÁLEZ, A., *Compliance penal para pymes según la Norma UNE 19601*, Madrid: AENOR, 2019.

SERRANO MASIP, M., "El interrogatorio de la persona jurídica y la admisión de hechos objeto de compliance" en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 1203-1230.

SERRANO ZARAGOZA, O., "Compliance y prueba de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; cómo conseguir la exención de responsabilidad penal de una persona jurídica en el curso de un concreto procedimiento penal", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 6/2016.

SERRANO ZARAGOZA, O., "Contenido y límites del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas en tanto sujetos pasivos del proceso penal", *Diario La Ley*, nº 8415, Sección Doctrina, 6 de noviembre de 2014, Año XXXV, Ref. D-367.

SIGNES DE MESA, J.I, "La independencia de los abogados de empresa y la protección del secreto profesional en la Unión Europea." *Revista de Derecho Mercantil* núm. 279/2011.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Deberes de vigilancia y Compliance empresarial", en KUHLEN, L., MONTIEL, J.P., ORTIZ DE URBINA, I., (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, págs. 79-105.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., "El debate sobre la prueba del modelo de *compliance*: Una breve contribución", *InDret* 1/2020.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales*, Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Sin novedad en el Tribunal Supremo: la interrupción de la prescripción del delito en la STS de 19 de mayo de 2005", *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 678/2005, parte Comentario.

SOLAZ SOLAZ, E., "La investigación de las defraudaciones" en SOLAZ SOLAZ, E. (Dir.), *La instrucción de los delitos económicos y contra la Hacienda Pública*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005, págs. 435-527.

SOTO NIETO, F., "*La asistencia de Letrado al detenido o acusado*", *Diario La Ley,* nº 5985, Sección Columna, 29 de Marzo de 2004, Año XXV, Ref. D-74.

SCHÜNEMANN, B., *"*Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación*", Anuario de Derecho Penal y ciencias penales,* Tomo 55, Fasc/Mes 1, 2002, págs. 9-38.

STEIN, F. *El conocimiento privado del juez: investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos,* Pamplona: Universidad de Navarra, 1973.

TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Madrid: Trotta, 2002.

TARUFFO, M., *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009.

TARRÉS VIVES, M., "Las nuevas referencias en el derecho industrial: acreditación y normalización", *Autonomies: Revista catalana de dret públic*, Nº 26, 2000, págs. 119-155.

TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho Penal económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona: PPU, 1993.

TIEDEMANN, K., *Manual de Derecho Penal económico. Parte General y Especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

TORRAS COLL, J.M., "Alteración del orden de la prueba y ubicación del acusado", *El Derecho*, 19 de junio de 2018 (https://elderecho.com/alteracion-del-orden-de-la-prueba-y-ubicacion-del-acusado última visita 26/07/2021).

TORRAS COLL, J.M., "Aspectos procesales de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Valoración del programa compliance", *La Ley Penal*, nº 130, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, enero - febrero 2018.

TRAINOR, S.A, "A Comparative Analysis of a Corporation's Right Against Self-Incrimination", *Fordham International Law Journal,* Volume 18, Issue 5, 1994, págs. 2139-2186.

TRUJILLO PONS, F., "El uso del correo electrónico en el ambiente laboral y el modo en que éste puede afectar al derecho a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías,* nº.41, 2016.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., "La eficacia 'federalizante' de los Derechos Fundamentales de la UE. Análisis de sus manifestaciones en el Derecho Penal", *Revista Española de Derecho Europeo* 31/2009.

URBANO CASTRILLO, E., "Autoría y responsabilidad de las personas jurídicas", en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., (Coord.), *Persuadir y Razonar. Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, Tomo I, 2018, págs. 291-314.

VALBUENA GONZÁLEZ, F., *Las cuestiones prejudiciales en el proceso penal*, Valladolid: Lex Nova, 2004.

VEGAS AGUILAR, J.C., HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, F.E., IZQUIERDO GARCÍA, F., "La figura del «Compliance Officer» y los «Programas de prevención de riesgos penales»", *Diario La Ley*, Nº 8689, Sección Tribuna, 26 de enero de 2016, Ref. D-41.

VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid: La Ley, 2004.

VELASCO NÚÑEZ, E., "Medios de investigación y prueba en los delitos cometidos por persona jurídica delincuente", en JUANES PECES, A., (Dir.), DÍEZ RODRIGUEZ, E., (Coord.), *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Madrid: Francis Lefebvre, 2015, págs. 301-321.

VELASCO NÚÑEZ, E., "Prueba penal prohibida obtenida por particular. Autograbaciones, grabaciones subrepticias y filtraciones de privacidades ajenas en chats y foros", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* nº.53, 2019.

VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, C. "Naturaleza jurídica de la pericia", *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, Tomo 4, Fasc/Mes 1, 1951, págs. 43-70.

VIGIL LEVI, J., "La institución de la conformidad en el proceso penal español", *Revista Julgar*, mayo de 2014.

VILLEGAS GARCÍA, M.A., ENCINAR DEL POZO, M.A., "*Hacia una guía de valoración de los programas de compliance para el proceso penal*", *La Ley Penal*, nº 142, Sección Estudios, enero-febrero 2020.

VILLEGAS GARCÍA, M.A., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de los Estados Unidos,* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016.

ZARAGOZA TEJADA, J.I., GUTIERREZ AZANDA, D.A., "La exclusión de la prueba ilícita tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 2019 sobre la "Lista Falciani", *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal,* nº56, 2019, págs. 209-222.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "Convivencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional societas delinquere non potest", *Cuadernos de política criminal,* nº 11, 1980, págs. 67-88.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., (Dir.), MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coord.), *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos (Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas,* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., "¿Cuál es la valoración jurídica de los compliance en la teoría de la responsabilidad penal de las personas jurídicas?" en DEMETRIO CRESPO, E., (Dir.), DE LA CUERDA MARTÍN M., GARCÍA DE LA TORRE GARCI, F. (Coords.), *Derecho Penal económico y teoría del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, págs. 503-536.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., "Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador ¿hacia una "administrativización" del Derecho Penal o una "penalización" del Derecho Administrativo sancionador?" en ARROYO ZAPATERO, L.A, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., BARBERO SANTOS, M. (Coords.), *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos: "in memorian"* Vol. 1, 2001, págs. 1417-1444.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada", en MUÑOZ CONDE, F., LORENZO SALGADO, J.M., FERRÉ OLIVÉ, J.C., CORTÉS BECHIARELLI, E., NÚÑEZ PAZ, M.A., (Dirs.), *Un Derecho Penal comprometido: Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, págs. 1153-1181.

JURISPRUDENCIA

I. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH de 8 de junio de 1976, *Engel y otros c. Países Bajos*, ECLI:CE:ECHR:1976:1123JUD000510071.

STEDH de 13 de mayo de 1980, *Artico c. Italia*, ECLI:CE:ECHR:1980:0513JUD000669474.

STEDH de 21 de febrero de 1984, *Öztürk v. Alemania*, ECLI:CE:ECHR:1984:0221JUD000854479

STEDH de 19 de diciembre de 1989, *Kamasinski c. Austria*, ECLI:CE:ECHR:1989:1219JUD000978382.

STEDH de 27 de febrero de 1992, *Société Stenuit c. Francia*, ECLI:CE:ECHR:1992:0227JUD001159885.

STEDH de 25 septiembre 1992, *Croissant c. Alemania,* ECLI:CE:ECHR:1992:0925JUD001361188.

STEDH de 23 de marzo de 1995, *Loizidou c. Turquía*, ECLI:CE:ECHR:1995:0323JUD001531889.

STEDH de 8 de febrero de 1996, *Murray c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191.

STEDH de 17 de diciembre de 1996, *Saunders c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791.

STEDH de 25 de marzo de 1999, *Pélissier y Sassi c. Francia*, ECLI:CE:ECHR:1999:0325JUD002544494.

STEDH de 20 de enero de 2009 *Sud Fondi S.r.l y otros c. Italia*, ECLI:CE:ECHR:2009:0120JUD007590901.

STEDH de 25 de julio de 2000, *Mattoccia c. Italia*, ECLI:CE:ECHR:2000:0725JUD002396994.

STEDH de 21 diciembre 2000, *Heaney y McGuinness c. Irlanda*, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097.

STEDH de 31 de enero de 2002, *Lanz c. Austria*, ECLI:CE:ECHR:2002:0131JUD002443094.

STEDH de 3 mayo 2001, *J. B. c. Suiza*, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796.

STEDH de 12 julio de 2001, *Ferrazzini c. Italia*, ECLI:CE:ECHR:2001:0712JUD004475998.

STEDH de 9 de octubre de 2003, *Ezeh y Connors c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:2003:1009JUD003966598.

STEDH de 8 abril 2004, *Weh c. Austria*, ECLI:CE:ECHR:2004:0408JUD003854497.

STEDH de 24 marzo 2005, *Rieg c. Austria*, ECLI:CE:ECHR:2005:0324JUD006320700.

STEDH de 26 de marzo de 1996, *Doorson c. Países Bajos*, ECLI:CE:ECHR:1996:0326JUD002052492.

DTEDH de 22 marzo 2005*, Blanca Rodríguez-Porto Pérez c. España*, ECLI:CE:ECHR:2005:0322DEC002506903.

DTEDH, *Valico S.R.L c. Italia,* de 21 de marzo de 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0321DEC007007401.

STEDH de 11 de julio de 2006, *Jalloh c. Alemania*, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000.

STEDH de 23 de noviembre de 2006, *Jussila v. Finlandia*, ECLI:CE:ECHR:2006:1123JUD007305301.

STEDH de 29 de junio de 2007, *O` Halloran y Francis c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902.

STEDH de 10 de febrero de 2009, *Zolotukhin c. Rusia*, de 10 de febrero de 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0210JUD001493903.

STEDH de 2 de marzo de 2009, *Trofimov c. Rusia*, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD000111102.

STEDH de 5 de junio de 2009, *Mirilachvili c Rusia*, aptdos. 158-159, ECLI:CE:ECHR:2008:1211JUD000629304

STEDH de 26 de junio de 2009, *Vladimir Romanov c. Rusia*, aptdo. 97, ECLI:CE:ECHR:2008:0724JUD0 0414602.

DTEDH de 10 de septiembre de 2002, *Allen c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:2002:0910DEC007657401.

DTEDH de 5 octubre de 2010, *Jose Angel GÓMEZ Cespon c. Suiza,* ECLI:CE:ECHR:2010:1005DEC004534308.

STEDH de 2 de noviembre de 2010, *Sakhnovski c. Rusia*, ECLI:CE:ECHR:2010:1102JUD002127203.

STEDH de 20 de septiembre de 2011, *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Rusia*, ECLI:CE:ECHR:2011:0920JUD001490204.

STEDH de 5 de abril de 2012, *Chambraz c. Suiza*, ECLI:CE:ECHR:2012:0405JUD001166304.

STEDH de 5 de septiembre de 2017, *Barbulescu c. Rumanía*, ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD006149608.

II. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE de 18 de mayo de 1982, *AM & S Europe Limited*, C-155/79, ECLI:EU:C:1982:157.

STJUE de 18 de octubre de 1989, *Orkem c. Comisión*, C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387.

STJUE de 25 de enero de 2007, *Dalmine c. Comisión*, C-407/04-P, ECLI:EU:C:2007:53.

STJUE de 26 de junio de 2007, *Ordre des Barreaux Francophones et Germanophone* y otros, C-305/05, ECLI:EU:C: 2007:383.

STJUE de 14 de septiembre de 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akcros Chemicals Ltd* c. Comisión Europea, C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512.

STJUE de 13 de junio de 2019, *Gianluca Moro c. Italia*, C-646/17, ECLI:EU:C:2019:489.

STJUE de 12 de marzo de 2020, *VW*, C-659/2018, ECLI:EU:C:2020:201.

STJUE de 2 de febrero de 2021, *DB/CONSOB*, C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84.

III. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC núm. 31/1981 de 28 de julio, ECLI:ES:TC:1981:31.

STC núm. 114/1984 de 29 de noviembre, ECLI:ES:TC:1984:114.

STC núm. 51/1985 de 10 de abril, ECLI:ES:TC:1985:51.

STC núm. 103/1985 de 4 octubre, ECLI:ES:TC:1985:103.

STC núm. 137/1988 de 7 de julio, ECLI:ES:TC:1988:137.

STC núm. 76/1990 de 26 abril, ECLI:ES:TC:1990:76.

STC núm. 186/1990 de 15 noviembre, ECLI:ES:TC:1990:186.

STC núm. 212/1990 de 20 diciembre, ECLI:ES:TC:1990:212.

STC núm. 1/1992 de 13 de enero, ECLI:ES:TC:1992:1.

STC núm. 83/1992 de 28 de mayo, ECLI:ES:TC:1992:83.

STC núm. 29/1995 de 6 de febrero, ECLI:ES:TC:1995:29.

STC núm. 197/1995 de 21 de diciembre, ECLI:ES:TC:1995:197.

STC núm. 1/1996 de 15 enero, ECLI:ES:TC:1996:1.

STC núm. 100/1996 de 11 de junio, ECLI:ES:TC:1996:100.

STC núm. 644/1997 de 9 de mayo, ECLI:ES:TC:1997:644.

STC núm. 153/1997 de 29 de septiembre, ECLI:ES:TC:1997:153.

STC núm. 161/1997 de 2 de octubre, ECLI:ES:TC:1997:161.

STC núm. 230/1997 de 16 de diciembre, ECLI:ES:TC:1997:230.

STC núm. 68/1998 de 30 marzo, ECLI:ES:TC:1998:68.

STC núm. 162/1999, de 27 de septiembre, ECLI:ES:TC:1999:162.

STC núm. 91/2000 de 30 marzo, ECLI:ES:TC:2000:91.

STC núm. 98/2000 de 10 abril, ECLI:ES:TC:2000:98.

STC núm. 202/2000, de 24 de julio, ECLI:ES:TC:2000:202.

STC núm. 78/2001 de 26 de marzo, ECLI:ES:TC:2001:78.

STC núm. 87/2001 de 2 de abril, ECLI:ES:TC:2001:87.

STC núm. 118/2001 de 21 mayo, ECLI:ES:TC:2001:118.

STC núm. 17/2002 de 28 de enero, ECLI:ES:TC:2002:17.

STC núm. 547/2002 de 27 de marzo, ECLI:ES:TC:2002:547.

STC núm. 70/2002 de 3 de abril, ECLI:ES:TC:2002:70.

STC núm. 233/2002 de 9 diciembre, ECLI:ES:TC:2002:233.

STC núm. 104/2003 de 2 de junio, ECLI:ES:TC:2003:104.

STC núm. 18/2005 de 1 de febrero, ECLI:ES:TC:2005:18.

STC núm. 63/2005 de 14 marzo, ECLI:ES:TC:2005:63.
STC núm. 339/2005, de 20 diciembre, ECLI:ES:TC:2005:339.
STC núm. 13/2006 de 16 enero, ECLI:ES:TC:2006:13.
STC núm. 258/2007 de 18 diciembre, ECLI:ES:TC:2007:258.
STC núm. 86/2008 de 21 julio, ECLI:ES:TC:2008:86.
STC núm. 149/2009 de 24 febrero, ECLI:ES:TC:2009:149.
STC núm. 77/2009, de 23 de marzo, ECLI:ES:TC:2009:77.
STC núm. 147/2009 de 15 junio, ECLI:ES:TC:2009:147.
STC núm. 26/2010 de 27 de abril, ECLI:ES:TC:2010:26.
STC núm. 126/2011 de 18 julio, ECLI:ES:TC:2011:126.
STC núm. 54/2015 de 16 de marzo, ECLI:ES:TC:2015:54.
STC núm. 34/2017 de 30 de enero, ECLI:ES:TC:2017:34.
STC núm. 128/2017 de 13 noviembre, ECLI:ES:TC:2017:128.
STC núm. 21/2018 de 5 de marzo, ECLI:ES:TC:2018:21.
STC núm. 97/2019 de 16 julio, ECLI:ES:TC:2019:97.
STC núm. 83/2019 de 25 de julio, ECLI:ES:TC:2019:83.
STC núm. 35/2021 de 18 de febrero, ECLI:ES:TC:2021:35.

IV. TRIBUNAL SUPREMO

STS de 12 mayo 1986, ECLI:ES:TS:1986:2405.
STS de 10 de febrero de 1992, ECLI:ES:TS:1993:539.
STS núm. 52/1993 de 18 enero de 1994, ECLI: ES:TS:1994:97.
STS núm. 1018/1995 de 13 octubre, ECLI:ES:TS:1995:5051.
STS núm. 1/1997 de 28 de octubre, ECLI:ES:TS:1997:6410.
STS núm. 877/1998 de 29 septiembre, ECLI:ES:TS:1998:5492.
STS núm. 1166/1998 de 10 octubre, ECLI:ES:TS:1998:5777.
STS núm. 377/1999 de 4 mayo, ECLI:ES:TS:1999:3023.
STS núm. 1493/1999 de 21 diciembre, ECLI:ES:TS:1999:8670.
STS núm. 554/2000 de 27 marzo, ECLI:ES:TS:2000:2433.
STS núm. 487/2001 de 27 marzo, ECLI:ES:TS:2001:2525.

STS núm. 1490/2001 de 24 julio, ECLI:ES:TS:2001:6559.

STS núm. 224/2002 de 12 de febrero, ECLI:ES:TS:2002:936.

STS núm. 544/2002 de 18 marzo, ECLI:ES:TS:2002:1927.

STS núm. 904/2002 de 16 de mayo, ECLI:ES:TS:2002:3421.

STS núm. 2144/2002 de 19 de diciembre, ECLI:ES:TS:2002:8638.

STS (Sala 3ª) de 21 diciembre 2002, ECLI:ES:TS:2002:8754.

STS (Sala 1ª) núm. 246/2003 de 14 marzo, ECLI:ES:TS:2003:1749.

STS núm. 867/2003 de 22 septiembre, ECLI:ES:TS:2003:5622.

STS núm. 1212/2003 de 9 octubre, ECLI:ES:TS:2003:6146.

STS núm. 590/2004 de 6 de mayo, ECLI:ES:TS:2004:3079.

ATS (Sala 1ª) de 2 de febrero de 2005, ECLI:ES:TS:2005:1176A.

STS núm. 13/2006 de 20 de enero, ECLI:ES:TS:2006:63.

STS núm. 669/2006 de 14 junio, ECLI:ES:TS:2006:4065.

STS núm. 672/2006 de 19 junio, ECLI:ES:TS:2006:3988.

STS núm. 670/2006 de 21 junio, ECLI:ES:TS:2006:6162.

STS núm. 714/2006 de 29 junio, ECLI:ES:TS:2006:4069.

STS núm. 778/2006 de 12 de julio, ECLI:ES:TS:2006:4280.

STS núm. 1276/2006 de 20 diciembre, ECLI:ES:TS:2006:8255.

STS núm. 46/2007 de 31 enero, ECLI:ES:TS:2007:480.

STS (Sala 4ª) de 26 septiembre de 2007, ECLI:ES:TS:2007:6128.

ATS de 4 de diciembre de 2007, ECLI:ES:TS:2007:14951A.

STS núm. 187/2008 de 18 abril, ECLI:ES:TS:2008:1935.

STS núm. 309/2009 de 17 marzo, ECLI:ES:TS:2009:2162.

STS núm. 480/2009 de 22 mayo, ECLI:ES:TS:2009:3057

STS núm. 611/2009 de 29 mayo, ECLI:ES:TS:2009:3683.

STS núm. 850/2009 de 28 julio, ECLI:ES:TS:2009:5455.

STS núm. 941/2009 de 29 septiembre, ECLI:ES:TS:2009:5849.

STS (Sala 3ª) de 30 de septiembre de 2009, ECLI:ES:TS:2009:6258.

STS (Sala 3ª) de 10 noviembre 2009, ECLI:ES:TS:2009:6870.

STS núm. 1329/2009 de 4 diciembre, ECLI:ES:TS:2009:8249.

STS núm. 802/2010 de 17 septiembre, ECLI:ES:TS:2010:4954.

STS núm. 59/2011 de 2 febrero, ECLI:ES:TS:2011:684.

STS núm. 88/2011 de 11 de febrero, ECLI:ES:TS:2011:1463.

STS núm. 1304/2011 de 30 noviembre, ECLI:ES:TS:2011:8296.

STS núm. 1073/2012 de 29 noviembre, ECLI:ES:TS:2012:9076.

STS núm. 974/2012 de 5 de diciembre, ECLI:ES:TS:2012:8701.

STS (Sala 1ª) núm. 80/2013 de 7 marzo, ECLI:ES:TS:2013:854.

STS núm. 342/2013 de 17 de abril, ECLI:ES:TS:2013:2222.

STS núm. 323/2013 de 23 abril, ECLI:ES:TS:2013:1918.

STS núm. 436/2013 de 17 de mayo, ECLI:ES:TS:2013:2743.

STS núm. 624/2013 de 27 junio, ECLI:ES:TS:2013:3785.

STS núm. 657/2013 de 15 julio, ECLI:ES:TS:2013:3864.

STS núm. 199/2014 de 4 de febrero, ECLI:ES:TS:2014:1007.

STS núm. 129/2014 de 26 febrero, ECLI:ES:TS:2014:1096.

STS núm. 277/2014 de 7 abril, ECLI:ES:TS:2014:1522.

STS núm. 372/2014 de 15 mayo, ECLI: ECLI:ES:TS:2014:1874.

STS núm. 528/2014 de 16 junio, ECLI:ES:TS:2014:2844.

STS núm. 655/2014 de 15 octubre, ECLI:ES:TS:2014:4085.

STS núm. 53/2015 de 18 febrero, ECLI:ES:TS:2015:686.

STS núm. 338/2015 de 2 junio, ECLI: ECLI:ES:TS:2015:2555.

STS núm. 277/2015 de 3 junio, ECLI:ES:TS:2015:2563.

STS núm. 154/2016 de 29 de febrero, ECLI:ES:TS:2016:613.

STS (Sala 3ª) de 16 marzo de 2016, ECLI:ES:TS:2016:1274.

STS núm. 221/2016 de 16 de marzo, ECLI:ES:TS:2016:96.6.

STS núm. 259/2016 de 1 abril, ECLI:ES:TS:2016:1408.

STS núm. 700/2016 de 9 septiembre, ECLI:ES:TS:2016:397.

STS núm. 802/2016 de 26 octubre, ECLI:ES:TS:2016:4655.

STS núm. 980/2016 de 11 de enero de 2017, ECLI:ES:TS:2017:16.

STS núm. 116/2017 de 23 febrero, ECLI:ES:TS:2017:471.

STS núm. 422/2017 de 13 junio, ECLI:ES:TS:2017:2354.

ATS de 7 de julio de 2017, ECLI: ES:TS:2017:7770A.

STS núm. 583/2017 de 19 de julio, ECLI:ES:TS:2017:3210.

STS núm. 668/2017 de 11 octubre, ECLI:ES:TS:2017:3544.

STS núm. 682/2017 del 18 de octubre, ECLI:ES:TS:2017:3738.

STS (Sala 4º) núm. 119/2018 de 8 de febrero, ECLI:ES:TS:2018:594.

STS núm. 742/2018 de 7 de febrero de 2019, ECLI:ES:TS:2019:279.

STS núm. 152/2018 de 2 abril, ECLI:ES:TS:2018:1285.

STS núm. 277/2018 de 8 junio, ECLI:ES:TS:2018:2056.

STS núm. 316/2018 de 28 de junio, ECLI:ES:TS:2018:2498.

STS núm. 489/2018 de 23 octubre, ECLI:ES:TS:2018:3754.

STS núm. 649/2018 de 14 diciembre, ECLI:ES:TS:2018:4153.

STS núm. 690/2018 de 21 diciembre, ECLI:ES:TS:2018:4558.

ATS de 27 de diciembre de 2018, ECLI:ES:TS:2018:13594A.

ATS núm. 231/2019 de 17 enero, ECLI:ES:TS:2019:2304A.

STS núm. 91/2019 de 19 febrero, ECLI:ES:TS:2019:565.

STS núm. 108/2019 de 5 marzo, ECLI:ES:TS:2019:736.

STS núm. 123/2019 de 8 de marzo, ECLI:ES:TS:2019:757.

STS núm. 515/2019 de 29 octubre, ECLI:ES:TS:2019:3326.

STS núm. 35/2020 de 6 de febrero, ECLI:ES:TS:2020:272.

STS núm. 435/2020 de 9 septiembre, ECLI:ES:TS:2020:2926.

STS núm. 328/2021 de 22 de abril, ECLI:ES:TS:2021:1486.

STS núm. 383/2021 de 5 de mayo, ECLI:ES:TS:2021:1712.

STS núm. 455/2021 de 27 de mayo, ECLI:ES:TS:2021:2267.

V. AUDIENCIA NACIONAL

SAN núm. 13/2020 de 29 de septiembre de 2020, ECLI:ES:AN:2020:2347.

VI. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo), núm. 727/2014 de 4 abril, ECLI:ES:TSJCL:2014:1548.

VII. AUDIENCIA PROVINCIAL

SAP de León (Sección 2ª) núm. 31/2001 de 7 febrero, ECLI:ES:APLE:2001:291.

SAP de Almería (Sección 1ª) núm. 263/2002 de 5 noviembre, ECLI:ES:APAL:2002:1487.

SAP de Huelva (Sección 2ª), núm. 16/2003 de 10 febrero, ECLI:ES:APH:2003:95.

SAP de Zaragoza (Sección 5ª) núm. 586/2007 de 24 de octubre, ECLI:ES:APZ:2007:1684.

AAP de Madrid (Sección 17ª) núm. 645/2009 de 17 junio, ECLI:ES:APM:2009:19668A.

AAP de Barcelona (Sección 2ª) núm. 133/2010 de 2 marzo, ECLI:ES:APB:2010:2039A.

AAP de Castellón (Sección 2ª) núm. 383/2010 de 25 octubre, ECLI:ES:APCS:2010:944A.

SAP de Córdoba (Sección 1ª) núm. 921/2010 de 22 diciembre, ECLI:ES:APCO:2010:1648.

SAP de Valencia (Sección 9ª) núm. 252/2011 de 15 junio, ECLI:ES:APV:2011:3070.

AAP de Salamanca (Sección 1ª) núm. 287/2011 de 26 septiembre, ECLI:ES:APSA:2011:317A.

SAP de Madrid (Sección 3ª), núm. 260/2012 de 10 mayo, ECLI:ES:APM:2012:14083.

SAP de Madrid (Sección 3ª) núm. 198/2013 de 19 abril, ECLI:ES:APM:2013:7025.

SAP de Barcelona (Sección 12ª), núm. 85/2015 de 18 de febrero de 2015, ECLI:ES:APB:2015:1805.

AAP de Huesca (Sección 1ª) núm. 211/2017 de 12 julio, ECLI:ES:APHU:2017:100A.

SAP de Tarragona (Sección 4º) núm. 25/2018 de 5 de febrero de 2018, ECLI:ES:APT:2018:401.

SAP de Málaga (Sección 2ª) núm. 161/2018 de 24 abril, ECLI:ES:APMA:2018:320.

SAP de Madrid (Sección 7ª) núm. 512/2018 de 25 de junio, ECLI:ES:APM:2018:11368.

SAP de Cáceres (Sección 2ª) núm. 185/2019 de 28 junio, ECLI:ES:APCC:2019:640.

SAP de Madrid (Sección 23ª) núm. 492/2020 de 3 noviembre, ECLI:ES:APM:2020:13436.