La responsabilidad penal de la persona jurídica en la fase de instrucción y el deber de sobreseer la causa cuando el sistema de prevención de delitos es eficaz

José María Ayala de la Torre
Abogado del Estado en excedencia
Socio de Ayala de la Torre Abogados

"Ya no es sostenible entender que corrupción equivale a cohecho, sino que dicho concepto es hoy mucho más amplio, pudiendo definirse como cualquier pago indebido realizado en el marco de una transacción económica que distorsiona la libre concurrencia y la libre competencia del mercado"

I. La responsabilidad penal de la persona jurídica en España: panorámica general

1. Introducción: naturaleza, fundamento y presupuestos de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas en Derecho Español

La intuición[1] nos conduce a pensar, inevitablemente y desde un primer momento (tan rápido como sea posible y la razón lo permita), que cuando hablamos de responsabilidad penal de la persona jurídica, nos referimos precisamente a la corrupción y a todo lo que ello supone, siendo así que no descubrimos nada si decimos que la corrupción genera, por definición, desafección de la ciudadanía por lo público, aumentando la distancia entre representantes y representados, entre gobernantes y gobernados, planteando, en definitiva, una crisis de legitimación de ese *espacio público compartido* que debe ser un Estado. Precisamente por ello, un Estado de Derecho, entendiendo por tal aquél que garantiza el cumplimiento y ejercicio de los derechos públicos subjetivos mediante el sometimiento pleno de los poderes públicos a la ley y al Derecho, debe proteger a aquellas personas que, conociendo dentro de una organización, por razón de sus relaciones laborales o profesionales, irregularidades susceptibles de ser calificadas de corrupción, hagan aflorar esas conductas reprobables y permitan al Estado reprimirlas y a las organizaciones impedir la comisión de nuevos hechos análogos[2].

A tal efecto, hemos de comenzar señalando que el concepto de corrupción ha evolucionado en los últimos tiempos desde un concepto puramente administrativo a uno más amplio. En efecto, ya no es sostenible entender que corrupción equivale a cohecho, es decir, la acción del funcionario o autoridad pública que recibe o solicita dádiva o presente a cambio de la realización de un acto relacionado con el ejercicio de la función pública, donde el bien jurídico protegido es la correcta función administrativa en aras de un cumplimiento de los fines de la Administración[3], sino que dicho concepto es hoy mucho más amplio, pudiendo definirse como cualquier pago indebido realizado en el marco de una transacción económica que distorsiona la libre concurrencia y la libre competencia del mercado. Ya no protege, por consiguiente y de forma única, el recto actuar del funcionario público cuanto el adecuado funcionamiento del mercado, dado que en los países de nuestro entorno uno de los valores esenciales es precisamente el libre mercado[4]. Existe pues, junto a una corrupción de lo público, otra corrupción entre particulares, y ambas deben ser neutralizadas por el Estado y por las propias organizaciones privadas, a quienes interesa tanto o más evitar una corrupción que únicamente distorsiona el mercado y lo hace menos eficiente y competitivo.

Cuando hablamos de responsabilidad penal de la persona jurídica nos estamos refiriendo, pues, a la segunda de las acepciones indicadas, que responde a un concepto actual de corrupción y soborno, que incluye la corrupción entre particulares.

Resulta conocido el clásico principio acuñado por Franz Von Lizst *"societas delinquere non potest"* (una persona jurídica no puede delinquir), que ha determinado históricamente que las sociedades y personas jurídicas, al actuar necesariamente en el tráfico jurídico a través de sus representantes, directivos y empleados –que, como es lógico, son personas físicas– no podían cometer delitos. Los delitos, en su caso, serían cometidos por las citadas personas físicas. Paulatinamente, se ha ido superando este principio hasta llegar en la actualidad a una regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, donde no hay duda de que la persona jurídica delinque, pudiendo distinguir dos modelos o formas diferenciadas de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas: el modelo vicarial de responsa-

bilidad y el modelo de culpabilidad o por defecto de la propia organización.

1º. El modelo vicarial de responsabilidad o de responsabilidad por trasferencia o heterorresponsabilidad, conforme al cual el delito cometido por una persona física que forma parte de la organización, cuando lo hace en nombre y en beneficio de la misma, conlleva de forma automática la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica. Y ello con independencia de que la organización a la que se impute el delito tenga un sistema de prevención de delito (Plan de prevención o *corporate compliance program)* eficaz o carezca del mismo, dado que lo relevante para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica no es la ausencia de medidas de prevención, sino el hecho de formar parte integrante de la organización a la que se imputa responsabilidad la persona física que comete el delito por cuenta o en nombre y en beneficio de la misma.

Es el modelo que rige en Estados Unidos y, como decimos, se basa en la *agency relationship:* el principal debe responder por los actos del agente. Como decimos, el hecho de que la entidad disponga de un *corporate compliance program* no la exime de responsabilidad penal si la entidad es llevada a juicio, dado que el modelo vicarial presupone la ajenidad a toda idea de culpabilidad de la propia organización.

2º. Por otro lado, el modelo de culpabilidad de la propia organización, responsabilidad por hecho propio o autorresponsabilidad, en el que la esencia de la responsabilidad es la ausencia de un sistema de control adecuado que impida la comisión de delitos en la organización, modelo que es más acorde a las nociones de cultura de cumplimiento y de buen ciudadano corporativo.

La diferencia entre ambos sistemas no es baladí o puramente doctrinal sino que tiene consecuencias prácticas importantes: mientras que en el sistema vicarial a la defensa de la persona jurídica le corresponderá acreditar que cumplió con sus deberes de supervisión, vigilancia y control, en el sistema de autorresponsabilidad corresponde a la acusación demostrar que la persona jurídica no ha cumplido con dichos deberes de supervisión, vigilancia y control (ya sea por no disponer de un Plan de Prevención de Delito, ya sea por disponer de uno que no sea eficaz para prevenir delitos).

En España, la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue introducida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que modificó el Código Penal, reforma que fue complementada a través de la Ley Orgánica 1/2015[5], optando por un modelo de responsabilidad por hecho propio o culpabilidad por defecto de la organización.

De acuerdo con el artículo 31 bis del Código Penal, la persona jurídica responde penalmente en dos supuestos:

a. Por un lado, de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de la persona jurídica, y en su beneficio directo o indirecto, por sus directivos[6].
b. Por otro, de los delitos cometidos por sus empleados o por terceros que se relacionan con la compañía (contratistas, clientes, proveedores) en beneficio de la compañía cuando quienes ejercen el control hayan incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

Por consiguiente, en nuestro sistema para que exista responsabilidad penal de la persona jurídica no basta con la comisión de un delito por una persona de la organización, sino que debe concurrir un *presupuesto* (delito cometido en beneficio de la persona jurídica) y un *fundamento* (incumplimiento del debido control, es decir, el incumplimiento por parte de las personas jurídicas de la obligación de adoptar, antes de que cometa el delito cometido la persona física, medidas idóneas de prevención, vigilancia y control que reduzcan de forma significativa el riesgo de su comisión[7]; o, desde un enunciado negativo, que no exista un programa de cumplimiento que se pueda considerar adecuado o eficaz en un juicio *ex ante*[8]). Si no concurren ambos requisitos (fundamento y presupuesto), sencillamente no habrá responsabilidad penal de la persona jurídica.

2. Autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica respecto de la persona física autor del delito. La responsabilidad penal del administrador por incumplimiento del debido control

En el modelo español existe una autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica respecto de la responsabilidad penal de la persona física que comete el delito, que se traduce en una serie de consecuencias:

- Es perfectamente concebible que exista responsabilidad penal de la persona jurídica cuando no exista responsabilidad penal de la persona física (por concurrir, por ejemplo, una causa de justificación en el autor persona física).
- No son relevantes para la persona jurídica las circunstancias que afecten a la culpabilidad de la persona física.
- Hay un sistema específico de penas para la persona jurídica (artículo 33.7 del CP).
- La persona jurídica tiene sus propias circunstancias atenuantes de responsabilidad.

Mención especial requiere la cuestión de la responsabilidad penal del administrador por no disponer de un Plan de Prevención de Delito, donde debemos indicar que el proyecto de reforma del Código Penal de 2013 tipificaba como delito el hecho de la no implementación de Planes de Prevención de delito en el caso de que como consecuencia de ello se cometiera algún delito en la organización, previendo en este caso una pena de privación de libertad para el administrador de la compañía. Finalmente, ese proyecto no fue aprobado. No obstante, con la Ley 2/2023 de 20 de febrero de Protección del Informante se ha establecido, en línea de principio y sin perjuicio de lo que luego se expondrá, la obligatoriedad

de disponer de un canal de denuncias interno en la compañía, de modo que si los administradores incumplen esta obligación (hasta ahora inexistente) estarán colocando a la organización en una situación de riesgo cuya consumación deberán evitar y si no lo hacen podrían llegar a ser condenados como autores del correspondiente delito en "comisión por omisión" (artículo 11 del Código Penal).

3. Eximentes y atenuantes: el Plan de Prevención de Delito

Este sistema de responsabilidad penal se ve asimismo configurado junto a una serie de requisitos que debe cumplir la persona jurídica para eximirse de responsabilidad (recogidas por el artículo 31 bis en sus apartados 2 y 4) y que, por consiguiente, eliminan toda responsabilidad penal del sujeto que ha cometido el delito, requisitos que serán mayores cuando nos encontremos ante un delito cometido por los administradores, representantes o por el que ejerce funciones de control que cuando lo haya sido, por el contrario, por empleados o terceros.

1º. En cuanto a la eximente aplicable a los directivos de la compañía, la misma se aplica únicamente cuando se cumplan las siguientes cuatro condiciones. Si no concurren todas ellas o solo se acreditan parcialmente, se considerarán como atenuantes:

a. El órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión[9].
b. La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos o que tenga encomendada legalmente dicha supervisión (el *compliance officer).* Este órgano de la persona jurídica puede ser unipersonal o colegiado y en este caso puede contar (es aconsejable) con vocales externos independientes para garantizar una mayor imparcialidad en la función de cumplimiento[10].
c. Los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención.
d. 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 el punto b.

2º. En relación con la eximente aplicable cuando el delito ha sido cometido por empleados o terceros, a que se refiere el apartado 4 del artículo 31 bis, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, dejando claro que es el quebrantamiento del debido control el fundamento, como decíamos anteriormente, de la responsabilidad penal de la persona jurídica, sin el cual, sencillamente, no hay responsabilidad.

En cuanto a las circunstancias atenuantes el artículo 31 quater del Código Penal contempla las siguientes:

a. Confesar la infracción antes de tener conocimiento de que hay un procedimiento judicial contra ella.
b. Colaborar en la investigación aportando pruebas nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales[11].
c. Reparar o disminuir el daño causado por el delito antes del juicio oral.
d. Establecer, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse.

Como podemos comprobar, en nuestro sistema jurídico se otorga capital importancia al debido control de la persona jurídica sobre los actos de sus representantes legales, administradores y empleados, hasta tal punto que es el fundamento de la atribución de responsabilidad[12].

Estos deberes de supervisión, vigilancia y control que mencionamos suelen cumplirse a través de la implantación por la empresa de modelos de organización y gestión o *corporate compliance programs,* que no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial, y que han de cumplir los requisitos del apartado 5 del artículo 31 bis CP:

a. Identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
b. Establecer los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, adopción de decisiones y de ejecución de las mismas.
c. Disponer de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos.
d. Imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención (al *compliance officer).*
e. Establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
f. Realizar una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones, cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

Los Planes de Prevención de Delito son, por consiguiente, la esencia del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica y deben ser claros, precisos y eficaces y, desde luego, redactados por escrito. No basta la existencia de un programa, por completo que sea, sino que deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha co-

metido, debiendo llevarse a cabo un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción cometida[13].

El Plan de Prevención debe tener un contenido mínimo que incluya:

1. Procesos de PREVENCIÓN, que incluyen análisis de riesgos penales a través de los mapas de riesgos, que deben ser revisados periódicamente; la formación a sus empleados y directivos.
2. Procesos de DETECCIÓN, a través de los cuales se descubren las irregularidades, donde adquiere especial relevancia el canal interno de denuncias.
3. Procesos de INVESTIGACIÓN, que debe incluir las políticas, prácticas y procedimientos de una empresa dirigidos a determinar la existencia de irregularidades y, en su caso, cuál es su relevancia, abarcando asimismo las investigaciones internas.
4. Procesos de SOLUCIÓN, es decir, la respuesta que da la entidad frente a la mala conducta o irregularidad: tanto internamente, comunicándolo al infractor y adaptando el modelo de prevención tras los fallos detectados, como externamente, comunicándolo a las autoridades competentes.

4. Referencia a la afectación de la Ley 2/2023 de 20 de febrero de protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción al régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Finalmente, en lo que respecta a los modelos de organización y gestión o *corporate compliance programs,* es obligado mencionar la aprobación de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (que traspone al ordenamiento interno la Directiva 2019/1937 *Whistleblower),* pues la misma instituye con carácter general la obligación de que las personas jurídicas dispongan de un sistema interno de información por medio del cual los trabajadores de la empresa puedan informar de las acciones u omisiones previstas en la Ley. Esta norma exige que el responsable del sistema interno sea nombrado por el órgano de administración de la organización, pudiendo ser un órgano unipersonal o un órgano colegiado, si bien en este caso será preciso designar la persona del órgano en quien se delegue las facultades de gestión del sistema. Si la compañía opta por un órgano colegiado es recomendable que el mismo cuente con algún experto externo a la organización, pues ello redundará en la independencia de la función de cumplimiento[14].

El responsable del sistema deberá desarrollar sus funciones de forma independiente y autónoma respecto del resto de los órganos de la entidad u organismo, no podrá recibir instrucciones de ningún tipo en su ejercicio, y deberá disponer de todos los medios personales y materiales necesarios para llevarlas a cabo. Asimismo, la Ley permite que se designe como responsable del sistema a la persona responsable de la función de cumplimiento normativo o de políticas de integridad, es decir, al *compliance officer.*

Dentro de este sistema interno de información, cobra especial importancia el establecimiento de un canal de denuncias. Como bien indica la Exposición de Motivos de la Ley, *"Estos canales de denuncias, mediante el anonimato, han colaborado a instituir un instrumento esencial para la 'compliance' de una empresa y ha sido fundamental para poder recibir denuncias graves que de otra manera las personas trabajadoras y los colaboradores no se atreverían a señalar por temor a represalias en caso de ser identificados".*

Están obligados a disponer de un canal de denuncias las personas físicas y jurídicas del sector privado que cuenten con más de 50 empleados[15] y cualquier entidad del sector público, sin excepción[16]. Es posible externalizar la gestión

"Están obligados a disponer de un canal de denuncias las personas físicas y jurídicas del sector privado que cuenten con más de 50 empleados y cualquier entidad del sector público, sin excepción. Es posible externalizar la gestión del canal de denuncias (no así la función de compliance) y pueden las entidades compartir medios para gestionar el canal"

"En cuanto a la relación entre investigación interna y secreto profesional del abogado debe señalarse que cuando la investigación sea asumida por un abogado no podrá la persona física que fue objeto de la investigación invocar el secreto profesional para evitar que la empresa aporte esa investigación al proceso, ya que el secreto profesional rige entre abogado y cliente, es decir, entre el abogado y la compañía que la realiza"

del canal de denuncias (no así la función de *compliance)* y pueden las entidades compartir medios para gestionar el canal[17].

Dentro de las funciones esenciales del sistema interno de información, especial mención merecen las investigaciones internas de las organizaciones, que podemos clasificar en tres tipos:

1º. Investigaciones preventivas, que pretenden evitar potenciales incumplimientos detectando riesgos e introduciendo protocolos de control en previsión de irregularidades; 2º. Investigaciones confirmatorias, que pretenden constatar si lo expuesto en la denuncia constituye o no una irregularidad; 3º. Investigaciones defensivas, que persiguen obtener pruebas que exculpen a la compañía de la responsabilidad que se le imputa[18].

Por lo demás, conviene añadir que la Ley 2/2023 establece la obligación de las personas jurídicas de informar al Ministerio Fiscal cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito, obligación que tiene como límite y debe entenderse "sin perjuicio" del derecho a no declarar contra sí mismo o derecho a no autoincriminarse (artículo 24.2 de la CE de 1978). Precisamente por ello se ha dicho que las investigaciones internas, al tener su origen en la voluntad de la compañía y no en un deber legal, están amparadas en este derecho a no autoincriminarse y, por consiguiente, no se puede por el Juez obligar a la compañía a su aportación[19].

No obstante, el problema se plantea en relación con las personas físicas afectadas por esa investigación y se producirá cuando la empresa decida aportar esa investigación interna por producirle beneficios en el procedimiento, ya sea exención de la responsabilidad o atenuación de la misma. En esos casos, el derecho de defensa de las personas físicas que han declarado en las investigaciones internas de la compañía pudiera verse afectado, de ahí que sea aconsejable que los encargados de la investigación adviertan de que el resultado de la misma puede ser aportado voluntariamente por la empresa al procedimiento penal.

Finalmente, en cuanto a la relación entre investigación interna y secreto profesional del abogado debe señalarse que cuando la investigación sea asumida por un abogado no podrá la persona física que fue objeto de la investigación invocar el secreto profesional para evitar que la empresa aporte esa investigación al proceso, ya que el secreto profesional rige entre abogado y cliente, es decir, entre el abogado y la compañía que la realiza.

Precisamente por ello, los abogados corporativos deben advertir (y así debiera constar en los protocolos internos de las compañías que regulen el procedimiento de investigaciones derivadas de denuncias) a los subordinados a quienes entrevistan de una serie de aspectos:

1. Que el Abogado actúa para la entidad (no para los subordinados).
2. Que las comunicaciones con los subordinados están protegidas por la relación abogado cliente.
3. Que la compañía puede renunciar al privilegio legal que le corresponde y aportar la investigación o el resultado de la misma al órgano judicial[20].
4. Que el subordinado no debe revelar la conversación que mantenga con un tercero, a excepción de trasladarla a su abogado.

II. Sobre el sistema de responsabilidad en EEUU y la eventual incorporación de los acuerdos entre las partes como forma de terminación de los procedimientos frente a personas jurídicas

Como dijimos anteriormente, el modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica en EEUU se configura como un sistema de heterorresponsabilidad o responsabilidad por hecho de otro o responsabilidad vicarial o por trasferencia, que encuentra su fundamento en la *agency relationship* según el cual la persona jurídica responde de los delitos cometidos por sus empleados en su nombre y en

su beneficio, con independencia de que dispongan de un Plan de Prevención de delito y que el mismo sea eficaz. Quiere decirse con ello que el modelo vicarial es ajeno a la idea de culpabilidad propia de la organización, la persona jurídica responde porque el empleado comete un delito en su nombre y en su beneficio.

Sin embargo, pocas veces llega a juicio la persona jurídica en EEUU, siendo así que son frecuentes los acuerdos alcanzados por la Fiscalía con la defensa, acuerdos que no requieren en modo alguno la intervención ni la aprobación del Juez. Es más, el Juez no sólo no controla el contenido del acuerdo, sino que tampoco vigila su cumplimiento[21].

Se pueden distinguir los siguientes tipos de acuerdos entre la Fiscalía y la empresa, donde son decisivos tanto el *corporate compliance* de la entidad como la colaboración de ésta con la Fiscalía en la investigación:

a. *Plea guilty:* la persona jurídica reconoce los hechos y su culpabilidad y obtiene una rebaja de la pena en una figura similar a la conformidad prevista en Derecho español.
b. *Deferred prosecution agreement:* la Fiscalía formula acusación contra la persona jurídica y pide la suspensión del procedimiento supeditada al cumplimiento de los requisitos que deba cumplir la persona jurídica de acuerdo con el pacto.
c. *Non prosecution agreement:* la Fiscalía decide no acusar, condicionando esa decisión al cumplimiento de una serie de requisitos. Si no se cumplen las condiciones acordadas, la Fiscalía iniciará el procedimiento penal formulando la correspondiente acusación.
d. *Declination letter:* la Fiscalía decide no acusar, ya sea por entender que no hay delito, ya sea como premio a la denuncia voluntaria, la plena colaboración con la investigación y la adecuada reparación del daño por la persona jurídica[22].

Los acuerdos suelen contener (en los casos del *deferred prosecution agreement* y *non prosecution agreement)* una serie de compromisos (cuyo incumplimiento provoca el alzamiento de la suspensión el procedimiento y la continuación del mismo a través del correspondiente juicio oral):

1. Cooperar con las Autoridades en la investigación.
2. Mejorar el *corporate compliance program.*
3. Quedar bajo la supervisión de un *compliance monitor* independiente durante un cierto periodo de tiempo (normalmente elegido por el DOJ de entre una serie de candidatos propuestos por el acusado).
4. Tener en cuenta el acuerdo en cualquier operación de fusión societaria.
5. Procurar que nadie que represente a la compañía realice declaraciones tendentes a negar la responsabilidad sobre lo ocurrido.

Debe indicarse, por otro lado, que el sistema se completa con el denominado *evaluation of corporate compliance,* un documento esencial que contiene las preguntas que debe hacerse el fiscal para decidir si acusa o no a la persona jurídica, es decir, si el Plan de Prevención de delito es o no eficaz. Esas preguntas son tres: ¿Está bien diseñado el Plan?[23]. ¿Se está aplicando con seriedad el Plan?[24]. ¿Funciona en la práctica el Programa?[25].

Sin duda, una forma de solucionar los problemas de aplicación práctica de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el sistema español, donde existe una derivación casi automática de la responsabilidad hacia la persona jurídica por el hecho de cometer un delito en su nombre y en su beneficio un empleado o un directivo podría venir de la mano de la incorporación al ordenamiento español de este modelo de acuerdos entre Fiscalía y la persona jurídica en una fase inicial de la instrucción y con ello se lograría evitar un incremento innecesario del coste reputacional en las compañías y, al mismo tiempo, una mejora de los sistemas de prevención de delito, lo que, sin duda, redundará en la reducción de los delitos cometidos por las personas jurídicas, que es el verdadero interés protegido y perseguido por la norma.

Para ello es aconsejable que la Fiscalía elaborase unos criterios o guías donde se recogieran los parámetros de evaluación de los Programas de prevención de delito de las personas jurídicas, una especie de *evaluation of corporate compliance programs* de la Fiscalía de los EEUU, para de ese modo dotar al sistema de seguridad jurídica. Entre otros, esos principios que debiera tener en cuenta la Fiscalía para alcanzar un acuerdo serían: naturaleza del delito, tolerancia en la comisión del delito por parte de la organización, el historial delictivo de la persona jurídica, la voluntad de colaborar en la investigación, la existencia de un Plan de Prevención de delito eficaz y las medidas adoptadas una vez cometido el delito para remediar la situación.

III. La fase de instrucción como momento procesal oportuno y adecuado para apreciar la exención de responsabilidad de la persona jurídica por incumplimiento del debido control

De acuerdo con el artículo 299 de la LECR constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio oral 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 derivadas de los mismos.

Como es sabido, el objeto del sumario constituye la investigación de un hecho, en principio, delictivo que se va construyendo con el devenir de diligencias de investigación, de manera que se va produciendo una cristalización progresiva del objeto, con una delimitación objetiva que se verifica de forma paulatina, en función del resultado de las diligencias, pues la idea central es la creación de espacio habilitado para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan in-

fluir en su calificación[26]; proceso de investigación que ha de realizarse de forma contradictoria, con intervención del instructor, de la acusación y la defensa en la práctica de las diligencias sumariales en aras de evitar cualquier atisbo de indefensión.

Por otro lado, el art. 779.1.1º de la LECrim dispone que practicadas las diligencias pertinentes para el esclarecimiento de los hechos, el Juez podrá acordar el sobreseimiento provisional si entendiere que no ha resultado debidamente justificada la participación de alguno de los investigados, siendo así que, en relación con las facultades sobreseyentes del juez instructor, cuando se pronuncia sobre la crisis anticipada del procedimiento, tales facultades deben ejercerse atendiendo a un doble pronóstico, por un lado, de presunta tipicidad de los hechos justiciables y, por otro, en su caso, de suficiencia indiciaria objetiva y subjetiva. De ahí que cuando falte alguno de los dos presupuestos resulte obligado, por exigencias derivadas del principio de presunción de inocencia, como regla de tratamiento procesal que condiciona todo el proceso inculpatorio, ordenar la decisión de crisis anticipada que proceda, ya sea el sobreseimiento libre, por falta de tipicidad de los hechos justiciables, ya sea el sobreseimiento provisional por debilidad indiciaria, objetiva subjetiva (STC 186/90).

Ello por cuanto que el hecho de dirigir el proceso penal contra una persona determinada comporta siempre graves consecuencias para ésta, afectación que se *"tanto en el ámbito de las personas físicas como en el de las personas jurídicas",* como acertadamente señaló el Auto de 9 de marzo de 2021 del Juez Central de Instrucción número 6 de la Audiencia Nacional.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que es al Magistrado instructor[27] a quien compete en exclusiva determinar si los indicios de criminalidad existentes son o no suficientes tanto desde un punto de vista cuantitativo, como cualitativo, a efectos de mantener la condición de investigado de determinados sujetos (STC 135/1989, de 19 de julio), debiendo administrar de forma responsable y razonable las reglas de la imputación, no sometiendo al proceso penal a ninguna persona si no hay causa para ello y no manteniendo dicho efecto de imputación si desaparecen las causas o razones que lo justificaron (STC 87/2001).

Por lo demás, los Tribunales son claros al entender que es perfectamente posible adoptar una decisión sobreseyente respecto de aquellos investigados en quienes concurran las circunstancias para ello, aun cuando resten diligencias por practicar, cuando estas resulten intrascendentes para los hechos imputados al investigado[28].

No se puede alegar que un sobreseimiento en estos casos vulnere el derecho de defensa, pues *"de acuerdo con lo dispuesto por el art. 779.1.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el ámbito del procedimiento abreviado, deberá adoptarse sin demora [el sobreseimiento], una vez practicadas las diligencias pertinentes, si concurren los presupuestos de los en relación con los arts. 637 y 641 del mismo cuerpo legal. En todo caso, si se produjese la revocación, siempre sería eludible el eventual perjuicio, mediante la reproducción de la diligencia a la que no pudo concurrir el afectado, o la práctica, a instancia de este, de otras que resulten pertinentes, con la finalidad de contradecir los resultados de la realizada sin su concurrencia".*

En esa línea, el Auto de la sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 51/2022 (procedente de la Pieza separada 21 de las DPPA 96/2017, caso Villarejo), por el que se revocó el Auto del Juez Central de Instrucción 6 que había acordado el sobreseimiento de dos personas jurídicas, viene a indicar que *"asiste la razón a las acusaciones recurrentes cuando alegan que la instrucción no puede darse por finalizada en lo que respecta a la responsabilidad penal de REPSOL concierne, sin haber practicado dichas diligencias de declaración y sin haberse aportado la documentación de soporte del informe de KPMG, porque tales diligencias, teniendo relación con el objeto de la controversia, es decir, la determinación de si el modelo de prevención establecido por aquella compañía era adecuado para evitar la comisión de los delitos que se atribuyen a personas físicas pertenecientes a su organización o para reducir de manera significativa el riesgo de que tales infracciones se cometieran, son necesarias para un adecuado esclarecimiento, en el plano provisional e indiciario propio de esta fase procesal, de la posible responsabilidad"* de la persona jurídica.

En un sentido similar, el Auto 179/22 de 14 de marzo de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (sección cuarta), vino a indicar que *"lo cierto es que no existe inconveniente alguno, cuando menos legal, desde el punto de vista procesal para que en la fase de instrucción se llegue a la estimación de la existencia de un programa de cumplimiento con eficacia excluyente de la responsabilidad penal de la empresa, se aparte a ésta del procedimiento, siguiéndose exclusivamente éste frente a las personas físicas responsables, lo que evitaría daños reputacionales innecesarios",* añadiendo la Sala en el Auto 405/2021 de 8 de julio que *"el órgano instructor es plenamente competente para abordar, conocer y decidir sobre los elementos subjetivos del hecho punible sujeto a escrutinio judicial; puesto que cercenar su derecho deber de valorar si concurre o no la circunstancia exonerativa de la responsabilidad criminal establecida en el artículo 31 bis 2 del Código Penal implicaría implantar un ilícito y desproporcionado límite en su actuación judicial".*

Quiere decirse con ello que es perfectamente posible tanto decretar el sobreseimiento de la persona jurídica en fase de instrucción como decretarlo cuando las personas físicas vinculadas a la organización que hayan cometido el delito sigan investigadas en el procedimiento. Lo que puede (y debe) suceder, desde luego, en el caso de acreditar que el delito investigado no ha beneficiado a la

persona jurídica (en cuyo caso, faltará el *presupuesto* para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica), pero también cuando haya quedado acreditado que hubo un cumplimiento del debido control (no concurriendo entonces el *fundamento* de la responsabilidad).

En definitiva, *"no hay ningún obstáculo para que, al igual que ocurre con las personas físicas, tratándose de una persona jurídica investigada, llegado el momento en el que se han practicado todas las diligencias de investigación, pueda el Juez valorar, a partir de los indicios aportados por la acusación, si se dan los presupuestos que justifican mantener la imputación del ente corporativo"* (Auto del Juez Central de Instrucción número 6 de la Audiencia Nacional de 9 de marzo de 2021 antes comentado).

El momento de la aplicación de la eximente por cumplimiento del debido control tiene importancia capital, por cuanto la involucración de las personas jurídicas en los procedimientos penales tiene un efecto directo en su reputación. El daño reputacional se reconoce en el artículo 640 LECR, que a su vez declara aplicable el artículo 638 LECR en los supuestos de sobreseimiento libre por exención de la responsabilidad penal de los procesados[29].

Este daño reputacional que se causa a los procesados se reconoce de la misma forma por los Tribunales en relación con las personas jurídicas, por ejemplo, en el Auto 405/2021, de 8 de julio, de la sección 4ª de la Audiencia Nacional, que al hablar de las dilaciones indebidas en los procedimientos donde forman parte dichas personas jurídicas dispone que:

"La decisión, por tanto, redunda en que los procesos penales no deben sufrir dilaciones indebidas, sino también deben evitar los daños reputacionales de naturaleza empresarial que implicaría el mantenimiento de una artificial atribución delictiva carente de sustancialidad".

Entendemos en definitiva que el Juez de instrucción tiene el deber de decretar el sobreseimiento de la persona jurídica en el momento en el que se determine la inexistencia del fundamento de la responsabilidad, es decir, en el momento en el que se acredite que la empresa cuenta con un plan de prevención de delitos eficaz y por lo tanto concurre la eximente del artículo 31 bis en sus apartados 2 y 4, lo que plantea un problema de prueba.

Con objeto de agilizar el proceso y minimizar los daños reputacionales, es indispensable que la persona jurídica acredite la existencia en la entidad de una cultura de cumplimiento normativo y de controles destinados a prevenir los delitos que estén siendo investigados, mediante la aportación de su modelo de prevención de delitos, su Código Ético, su plan estratégico, sistema disciplinario, etc.

En esta misma línea, la persona jurídica puede acreditar la eficacia de su modelo de organización y gestión a través de informes periciales elaborados por terceros que analicen las medidas implantadas por la Compañía en el ámbito de la prevención de delitos corporativos, cultura ética y cumplimiento normativo, así como la aplicación práctica que se venga realizando de dichas medidas con objeto de probar que en el momento de los hechos investigados, se contaba con un modelo de prevención penal adecuado y con controles eficaces para la prevención de los delitos investigados.

De esta manera, la prueba de la eficacia de los modelos de organización y gestión y de los planes de prevención de los delitos y de la existencia de una verdadera cultura empresarial de cumplimiento normativo derivará en la existencia de una eximente completa que determinará, en el momento en el que se acrediten dichos extremos, el sobreseimiento de la persona jurídica por parte del Juez instructor.

Por lo demás, el Juez, a la hora de decantarse por el sobreseimiento de la persona jurídica por cumplimiento del debido control, puede tener en cuenta, además del Plan de Prevención de Delito y que el mismo cuente con informes de externos que verifiquen su idoneidad para prevenir delitos, así como de in-

"El momento de la aplicación de la eximente por cumplimiento del debido control tiene importancia capital, por cuanto la involucración de las personas jurídicas en los procedimientos penales tiene un efecto directo en su reputación. El daño reputacional se reconoce en el artículo 640 LECR, que a su vez declara aplicable el artículo 638 LECR en los supuestos de sobreseimiento libre por exención de la responsabilidad penal de los procesados"

formes periciales o *forensic* que hayan constatado el correcto funcionamiento del sistema en el caso concreto, los siguientes indicios indicativos de la existencia de una cultura de cumplimiento en la empresa:

1. Tolerancia cero de la empresa en la comisión de delitos dentro de la organización.
2. El no haber tenido precedentes de comisión de delitos la compañía.
3. La voluntad de colaboración de la empresa en la investigación, por ejemplo, aportando los informes internos de investigación que hayan sido elaborados tras la comisión del delito.
4. Las medidas adoptadas tras la comisión del delito para reforzar el modelo o sistema de prevención.

IV. Conclusión

Como conclusión, podemos afirmar que acordar el sobreseimiento de la persona jurídica investigada en una fase preliminar de la instrucción penal[30], una vez acreditado el cumplimiento del debido control, lejos de afectar al modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica, contribuye sin duda al éxito de nuestro sistema, redundando en una mejora de la cultura de cumplimiento y de buen ciudadano corporativo y mitigando los riesgos reputacionales derivados de la existencia del procedimiento penal contra la persona jurídica cuando ésta acredite que dispone de un modelo eficaz de prevención de la comisión de ilícitos penales. ■

V. Bibliografía

- AYALA DE LA TORRE, J.M. *Compliance.* Lefebvre, segunda edición (2018).
- AYALA DE LA TORRE, J.M. *Sombras en la aplicación de la directiva Whistleblower y su transposición al derecho interno español.* Revista de Abogados del Estado, n.º 58 (2022).
- AYALA DE LA TORRE, JM, y BUENO SÁNCHEZ, J.M. *La protección del informante en Derecho Español.* Aranzadi (2023).
- BACIGALUPO, E y HERMIDA, C. *Compliance y Derecho penal.* Editorial Aranzadi (2011).
- *BAJO FERNÁNDEZ, M;* FEIJÓO SÁNCHEZ, B y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas.* Editorial Civitas, (2012).
- CALVO VÉRGER, J. *El delito fiscal en las personas jurídicas.* Editorial Aranzadi (2019).
- GIMENO BEVIA, J. *Compliance y Derecho Penal.* Thomson Reuters Aranzadi (2016).
- RUBIO LLORENTE, F. *La forma del poder.* Centro de Estudios Constitucionales (1997).
- SCHMITT, C. *El concepto de lo político.* Alianza Editorial, segunda edición (2014).
- SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución.* Alianza Editorial (1982).

"Podemos afirmar que acordar el sobreseimiento de la persona jurídica investigada en una fase preliminar de la instrucción penal30, una vez acreditado el cumplimiento del debido control, lejos de afectar al modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica, contribuye sin duda al éxito de nuestro sistema"

NOTAS

1) Bergson estructuraba su discurso en tres conceptos: memoria (conservación y acumulación del pasado en el presente), duración ("espacio" que media entre dos instantes, dos momentos concretos) e impulso vital, siendo la intuición el método más preciso para ese *"esfuerzo por sobrepasar la condición humana"* que debía pretender ser la filosofía. Nos referimos aquí a la intuición como método preciso, alejado de toda idea que lo relaciona con el instinto o forma meramente primaria del conocimiento.

2) Esa es precisamente la finalidad de la Directiva 2019/1937, conocida como Directiva *Whistleblower,* y de la Ley 2/2023 de 20 de febrero de Protección de las personas que informen sobre infracciones del ordenamiento jurídico y de lucha contra la corrupción que, desde esta perspectiva, merecen necesariamente una favorable acogida.

3) Que sirve con objetividad a los intereses generales y actúa con sometimiento pleno a la Ley y al derecho, como apunta el artículo 103.1 de la CE de 1978.

4) Puede decirse que el libre mercado, la libre competencia, forman parte del orden público español, entendido éste como el conjunto de valores y principios que una sociedad determinada en un momento dado erige en valores esenciales de su ordenamiento jurídico, que no dejan de ser las decisiones políticas fundamentales en la terminología schmittiana.

5) En cuya Exposición de Motivos queda patente que se descarta un sistema vicarial, al señalar que es el *"quebrantamiento del debido control"* el eje medidor de idoneidad de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

6) Es decir, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

7) En este sentido merece especial atención el Auto de 7 de febrero de 2022 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección tercera, en los recursos de apelación 427, 429 y 432/2021 Diligencias previas 96/2017, Pieza separada 21.

8) Ya que en un juicio *ex post,* siempre habrá sido ineficaz.

9) La implementación del Plan de Prevención de delito eficaz ha de ser antes de la comisión del delito; si lo fuera con posterioridad pero antes del juicio oral valdrá como atenuante.

10) Cuando la función de control corresponda a un órgano colegiado es preciso que se delegue en uno de los miembros la tramitación de los expedientes de investigación.

11) Especial relevancia adquiere en este punto las investigaciones internas de la compañía llevadas a cabo cuando ésta conoce la existencia de una conducta irregular en su organización con ocasión de las denuncias presentadas en el canal de denuncias. A ello volvemos más adelante.

12) Por eso se habla de una "cultura de cumplimiento", de un "buen ciudadano corporativo".

13) Puede (y debe) apreciarse en fase de instrucción el cumplimiento del debido control dictando el consiguiente Auto de sobreseimiento respecto de la Persona Jurídica, sin que sea necesario que acudir al juicio oral para poder apreciar que ha habido un cumplimiento debido, como veremos más adelante.

14) Al fin y al cabo, *compliance* no es sino el resultado de una organización que cumple con sus obligaciones, como decía la Norma UNE ISO 19600.

15) En el caso de partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales, la obligatoriedad lo es con independencia del número de empleados.

16) Las compañías de más de 250 trabajadores y las entidades del sector público deben disponer de un canal desde el pasado 14 de junio de 2023, a los tres meses de la entrada en vigor de la norma; en el caso de municipios de menos de 10.000 habitantes y de personas jurídicas de menos de 250 trabajadores y más de 50, el 1 de diciembre de 2023 es la fecha límite para la implementación del canal.

17) En el caso de grupos de sociedades, la matriz debe aprobar una política general para todo el grupo y las filiales pueden establecer reglas específicas que delimiten y configuren su propio sistema de gobierno corporativo; siendo así que puede tener un responsable del sistema para todo el grupo.

18) Puede hablarse de un cuarto tipo de investigaciones, las investigaciones "reactivas", es decir, aquéllas que surjan tras la decisión de archivar una denuncia por ser falsa, en cuyo caso, la compañía puede iniciar una investigación que finalice en la decisión de ejercitar las acciones oportunas contra el autor de la denuncia falsa y que ha sido inadmitida, ya que la inadmisión de la denuncia deja "desprotegido" al informante, tal y como indica el artículo 35.2 de la Ley 2/23.

19) Auto de la Audiencia Nacional 391/2021.

20) La Circular 1/2016 de Fiscalía General del Estado viene a indicar que *"la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio de su consideración como atenuante, revela indiciariamente el nivel de compromiso ético de la sociedad y pueden permitir llegar a la exención de la pena"* (punto 5.6 y conclusión 19.9).

21) Es lo que sucedió en el caso HSBC, que versaba sobre la procedencia delictiva, en concreto del narcotráfico, de dinero que había ingresado sin mayor problema en el referido Banco. El acuerdo de HSBC con la Fiscalía para no acusar conllevaba que un *compliance monitor* verificase la implementación de un sistema de *compliance* eficaz, para lo cual emitió un informe final. Se discutió entonces si ese informe final del *compliance monitor* era o no un documento judicial a efectos de su exhibición a las partes y aun cuando el Juez entendió que lo era y autorizó la exhibición, dicha decisión fue revocada en apelación.

22) Esta recompensa a la plena colaboración con la Fiscalía, aunque de manera embrionaria, se planteó ya en la Circular 1/2016, que indica que *"la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio de su consideración como atenuante, releva indiciariamente el nivel de compromiso ético de la sociedad y puede permitir llegar a la exención de la pena".*

23) Requiere una evaluación de los riesgos, de los procedimientos de actuación, de la formación a los empleados y directivos, de los procesos del canal de denuncias y de la diligencia debida.

24) Analizando el compromiso ético de la compañía, los medios suficientes y el grado de independencia del órgano de supervisión y los incentivos al cumplimiento, como recompensas.

25) Reacción frente al incumplimiento, desarrollo de investigaciones internas, monitoreo del programa.

26) Ver Sentencia del Tribunal Supremo 860/2014, de 17 de diciembre, por todas.

27) En este sentido se ha pronunciado en reiteradas ocasiones la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (por ejemplo, Auto 316/2021 de 4 de junio, de la Sección Cuarta).

28) Auto 51/2022 de la Sección tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

29) *"En los casos 1.º y 2.º del artículo anterior podrá declararse, al decretar el sobreseimiento, que la formación de la causa no perjudica a la reputación de los procesados",* indica el referido artículo 638 del CP.

30) Sin que sea necesario diferir la evaluación de los Programas de Prevención de Delito para el acto del juicio oral.