

Compliance Advisory LAB

Investigación sobre *Compliance*, *Forensic* y R.P.P.J. de Grant Thornton

Report 5

Tres Autos -cruciales- sobre compliance de la Audiencia Nacional

Un análisis de los puntos clave de tres resoluciones judiciales dictadas en distintas investigaciones penales de relevancia que ilustran la especial trascendencia de los «sistemas de compliance»

Rafael Aguilera Gordillo

Codirector del *Compliance Advisory LAB*

Octubre 2021



Tres Autos -cruciales- sobre *compliance* de la Audiencia Nacional

Un análisis de los puntos clave de tres resoluciones judiciales dictadas en distintas investigaciones penales de relevancia que ilustran la especial trascendencia de los «*sistemas de compliance*»



Por la propia naturaleza de los casos que pueden ser instruidos en los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional nos encontramos con que, frecuentemente, se investigan asuntos de gran repercusión ligados a la presunta comisión de delitos en contextos corporativos¹. Evidentemente, este tipo de asuntos pueden tener implicaciones directas en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica, coyuntura donde la aportación documental que muestre la previa ejecución de un «sistema de compliance» eficaz juega un papel «decisivo» para fijar el estatus de la empresa en el proceso penal.

En este informe, el lector podrá profundizar en los aspectos determinantes de **tres Autos, emitidos en el presente año, que demuestran con enorme claridad la virtualidad de los sistemas de compliance** en aquellas instrucciones judiciales donde se considera la posible responsabilidad penal de alguna persona jurídica. El documento se divide en tres apartados, cada uno de los cuales se dedica a examinar los presupuestos y los argumentos esgrimidos en cada Auto.

En los dos primeros apartados se examinan cuestiones como la repercusión de la *fundamentación* de la responsabilidad penal de la persona jurídica sobre la *carga probatoria* en la práctica procesal penal o la propia naturaleza del sistema de *compliance* conforme a la línea jurisprudencial establecida. Con tales presupuestos, veremos el **muy favorable efecto (sobreseimiento) que, para la persona jurídica, produce la aportación de evidencias que muestren la aplicación efectiva de un sistema de compliance** ante la ausencia de actividad de la acusación tendente a señalar la existencia de un *defecto estructural organizativo* del ente (sin que la propia comisión del delito protagonizado por el empleado de la empresa pueda constituir indicio bastante de la existencia de dicho defecto).

Asimismo, en el segundo de los epígrafes **se detallarán cuáles fueron los documentos** aportados al juzgado por dos grandes empresas -previamente imputadas- que **servieron para obtener**

el convencimiento del magistrado instructor de que los sistemas de compliance que se ejecutaban en el momento de comisión de los presuntos delitos resultaron «eficaces» y que, por tanto, resulta procedente acordar el sobreseimiento respecto de aquellos.

Por otro lado, en el tercer apartado verificaremos si, de conformidad con la jurisprudencia española y europea, un **requerimiento judicial** dirigido a una persona jurídica para que **aporte su sistema de cumplimiento y todas las denuncias internas recibidas en el «canal de denuncias», atenta o no contra el derecho fundamental a la «no autoincriminación» de la persona jurídica.**

El examen del contenido de los Autos que se desarrolla en el presente informe ayuda a incrementar el conocimiento de la realidad judicial en materia de *compliance* y responsabilidad penal de las empresas. En este sentido, las conclusiones que pueden extraerse de su lectura pueden ser realmente **útiles para adoptar mejores decisiones en diversos planos, por ejemplo: para reforzar el sistema de compliance por la importancia crítica de contar con mecanismos de prevención de delitos que se evidencien precisos y «eficaces», para mejorar los sistemas de aseguramiento de evidencias o para prefijar una estrategia concreta de defensa penal corporativa.**

1. Ámbito competencial señalado en el artículo 88 en relación con los artículos 62 a 69 de la L.O.P.J.

Artículo 88: «En la villa de Madrid podrá haber uno o más Juzgados Centrales de Instrucción, con jurisdicción en toda España, que instruirán las causas cuyo enjuiciamiento corresponda a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional o, en su caso, a los Juzgados Centrales de lo Penal...».

Artículo 65: «La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá:

a) Del enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas por los siguientes delitos: [...]
b) Defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia.

1. Auto del Juzgado Central de Instrucción No. 6, de fecha 23 de marzo de 2021.

Sobreseimiento provisional de una persona jurídica por ausencia de defecto organizativo estructural al apreciarse la implementación y ejecución de un «*modelo eficaz de prevención supervisado por un órgano autónomo*».

Esta resolución judicial se incardina en la macrocausa conocida como «caso Púnica», concretamente en la *pieza separada 9* de las Diligencias Previas 85/2014. Como resulta conocido, se trata de una investigación dirigida a esclarecer y depurar responsabilidades penales dimanantes de un conjunto de supuestas irregularidades en la adjudicación de contratos públicos, cobro de comisiones ilegales y financiación irregular². Pues bien, en la citada pieza 9, la persona jurídica Indra Sistemas S.A. fue imputada en septiembre de 2019 como presunta autora de un *delito continuado de cohecho* previsto en el artículo 427 bis del Código Penal³.

El Auto que determinó el llamamiento de dicha persona jurídica como investigada⁴ señalaba que, indiciariamente, varios de sus trabajadores habían participado en un plan que tenía por objeto utilizar los fondos públicos de una agencia pública autonómica para financiar a un determinado partido. A tal efecto, se utilizó a la persona jurídica como instrumento de desvío de fondos públicos y caja pagadora de servicios electorales en favor del partido. En ese contexto, se arguye que la persona jurídica

había resultado beneficiada por una serie de adjudicaciones -como proveedor de la agencia pública autonómica- sin que se hubiera activado o aplicado procedimiento alguno tendente a impedir la comisión de tales hechos delictivos.

Frente a lo señalado en dicho Auto, la defensa de Indra Sistemas S.A. presentó documentos y argumentos tendentes a mostrar que, en el momento de los hechos presuntamente delictivos, ya se había adoptado y aplicado de manera diligente un *modelo de cumplimiento penal ajustado a los altos estándares*, que desarrollaba un extenso elenco de acciones y controles para la prevención, detección y control de riesgos penales. Así, aportó **Informe de la Unidad de Cumplimiento** donde se describe cómo la entidad dispone desde el año 2001 de un «código de conducta», donde se fijan unas normas de obligado cumplimiento para directivos y empleados y que dicho documento incorporaba una «guía de comportamiento», que recogía un conjunto de normas de actuación de obligado cumplimiento (extremo ratificado en la declaración de su representante legal).

2. Investigación iniciada con el operativo policial realizado por la Unidad Central Operativa (UCO) de la Guardia Civil y dirigida por el entonces titular del Juzgado Central de Instrucción No. 6 de la Audiencia Nacional, el magistrado Eloy Velasco Núñez. En 2015 se procedió a dividir la macrocausa en 12 piezas. Entre el catálogo de delitos posibles a dilucidar en la macrocausa pueden señalarse: cohecho, prevaricación, tráfico de influencias, financiación ilegal de partidos, organización criminal, etc. En el año 2017 pasó a ser titular de dicho juzgado el magistrado Manuel García-Castellón García-Lomas.

3. Artículo 427 bis C.P.: «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quintuple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso.

c) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

4. Auto de fecha 2 de septiembre de 2019.

Igualmente, la defensa de la persona jurídica expuso que, en febrero de 2011 (a raíz de la reforma del Código Penal operada por L.O. 5/2010), se procedió a la aprobación de un «Programa de Cumplimiento»; programa que, precisamente, teniendo como punto de partida las directrices, valores y principios de actuación contenidos en un código ético precedente, vino a ampliar y reforzar sus estándares de prevención y cultura del cumplimiento. La defensa realizó, además, un análisis pormenorizado de su sistema de cumplimiento, donde se incide en las políticas y procedimientos adoptados dirigidos a incrementar la regulación y control en la gestión económica y operacional.

En ese ámbito, hizo hincapié en las normas internas impuestas sobre anticipos y cajas; donde sólo se contemplaba la posibilidad de crear cajas a los efectos de sufragar gastos de viaje o representación, estando obligado todo empleado a justificar cada gasto mediante la aportación de factura o recibo. Asimismo, se destacó que, como muestra de una diligente ejecución de su compliance, la mercantil reaccionó adecuadamente identificando a los presuntos responsables que -eludiendo los procesos y mecanismos de prevención- protagonizaron las conductas irregulares, procediendo a su despido.

Por último, junto a la documental y las precisiones ofrecidas sobre la idoneidad y eficacia del sistema de compliance orientados a obtener la convicción del instructor de que no existió un defecto organizativo en la persona jurídica, la defensa esgrimió que, de lo contrario, no se habían aportado evidencias que permitieran apuntar la existencia de un incumplimiento de los deberes de vigilancia y control de los empleados. Y es que, considera, **corresponde a la «acusación» acreditar la existencia de un incumplimiento del deber de vigilancia por parte de la organización que, además, ha de tener el carácter de grave; es decir, ha de existir un déficit organizativo estructural y no meramente coyuntural⁵.**

Con este nuevo panorama, el magistrado instructor decreta, mediante Auto de 23 de marzo de 2021, el sobreseimiento provisional de las actuaciones respecto de la persona jurídica Indra Sistemas S.A. Un extremo que, posteriormente, se vio confirmado por la sección cuarta de la Audiencia Nacional.

Resulta particularmente representativo lo contenido en el razonamiento jurídico séptimo de la citada resolución, concretamente lo siguiente:

«Quien suscribe esta resolución entiende que de la documentación aportada hasta el momento se desprende que la mercantil Indra tenía implantado, al tiempo de producirse los hechos objeto de la presente pieza separada un sistema de prevención y cumplimiento eficaz, sin que se haya aportado por el Fiscal elementos de cargo que permitan concluir la existencia de un defecto estructural en el modelo de prevención, vigilancia y supervisión vigente en la sociedad.»⁶

No se puede compartir la afirmación del Ministerio Público, cuando señala que la mera existencia de un programa de cumplimiento normativo únicamente es un “indicio muy vago de la posible exoneración prevista en el código penal”. Al contrario, como se ha referido, tanto la jurisprudencia como la propia Circular de la FGE 1/2016, han puesto en valor la importancia de valorar la existencia de una “cultura de cumplimiento” implantada en la sociedad, como fundamento de la responsabilidad penal.

En el presente caso, la documentación aportada permite constatar que los mecanismos de prevención normativos implantados en la empresa permitieron localizar, identificar y erradicar a los responsables de los hechos aparentemente delictivos.»

5. Extremos contemplados en los últimos párrafos del razonamiento jurídico primero del Auto de 23 de marzo de 2021. Sobre ello, procede extraer dos párrafos de la resolución aludida:

«Entiende la defensa de la mercantil que en la presente causa no se ha acreditado que por parte de su representada se haya incurrido en ese incumplimiento de los deberes de vigilancia y control, entendiéndose que la carga de la prueba correspondería a la acusación (SSTS 221/2016).

Es importante subrayar, en este sentido, que no estando ante un sistema de responsabilidad objetiva, rechazado expresamente por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la indiciaria existencia de conductas ilícitas cometidas por personas físicas en el seno de Indra no puede constituir siquiera indicio de ese defecto estructural de organización que conformaría el “delito corporativo”, puesto que el hecho de referencia y el hecho propio de la persona jurídica constituyen dos elementos distintos, con diferentes substratos fácticos, por tanto, dado que, como destaca la jurisprudencia, “cada uno de ellos es responsable de su propio injusto” (STS 221/2016, de 21 de marzo).»

6. Subrayado añadido.



El instructor recuerda que la sola comisión de irregularidades por parte de determinados empleados no debe implicar un cuestionamiento -automático- de la «eficacia» del sistema de *compliance*⁷ y, por consiguiente, de la existencia de una adecuada organización corporativa orientada a prevenir riesgos o incumplimientos de trascendencia penal.

De ese modo, se subraya que una cuestión es la existencia de indicios que apunten hacia la comisión de hechos delictivos protagonizados por personas físicas de la organización y otra cuestión -distinta- son los indicios que permitan señalar la existencia de un defecto organizativo estructural en la corporación. Es decir, siguiendo la línea jurisprudencial fijada por el Tribunal Supremo, el magistrado distingue, con rotundidad, entre el posible injusto de personas físicas y el elemento configurador del «delito corporativo» de la jurídica. **Por ello, ante la presencia de evidencias que constatan una adecuada ejecución eficaz del sistema de *compliance* y la ausencia de indicios que indiquen la existencia de defecto organizativo en la persona jurídica, se acuerda el sobreseimiento respecto a la misma.** Como síntesis de la postura jurisprudencial adoptada sobre la cuestión sustantiva, puede señalarse lo recogido en el razonamiento jurídico tercero, *in fine*:

«...la responsabilidad penal de una persona jurídica exige tres requisitos positivos; un delito de los expresamente previstos; cometido por directivo o un empleado -no adecuadamente controlado-; y que reporte beneficios a la entidad, y uno negativo: que no exista un programa de cumplimiento que se pueda considerar adecuado o eficaz en un juicio *ex ante* (en un juicio *ex post*, siempre será ineficaz).

Así pues, la faz negativa de esa responsabilidad (que quedará excluida) será la existencia de mecanismos efectivos de exclusión o disminución relevante del riesgo de perpetración de delitos en la empresa. Si la ausencia de medidas eficaces de prevención es un elemento constitutivo de la misma responsabilidad penal y por tanto solo cuando haya quedado debidamente acreditada podrá exigirse la misma, la consecuencia es que la prueba corresponderá a la acusación como proclama sin vacilación alguna la STS 221/2016, de 16 marzo»

7. En este sentido se pronuncia, también, la Circular 1/2016 FGE en su apartado 5.6. Criterios para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión, en particular, con lo señalado en la pauta exegética octava: «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.»

Resulta palpable que esta resolución abraza -sin fisuras- la concepción de que el compliance constituye un factor asimilable a un elemento negativo del tipo. Sobre la naturaleza del *compliance program* mucho se discute y, lógicamente, existen diversas posturas doctrinales (p. ej.: elemento negativo del tipo, causa de justificación, causa de exclusión de la culpabilidad o excusa absolutorias), pero muchas de ellas discrepan abiertamente de la postura que, de momento, adopta el Tribunal Supremo y, además, cada una de ellas puede conllevar el despliegue de distintos efectos en materia de carga probatoria⁸. Así, por ejemplo, GÓMEZ TOMILLO expone que, más que un elemento negativo del tipo, el *compliance program* debe incardinarse como factor de exclusión de «la culpabilidad de la persona jurídica, entendida como organización defectuosa»⁹; desde este enfoque, la carga de la prueba con relación a la acreditación del programa de cumplimiento correspondería a la defensa. GONZÁLEZ CUSSAC, también sitúa fuera de los presupuestos fácticos que constituyen el delito corporativo al *compliance program* y los considera como eximente -o, en su caso, atenuante-¹⁰, ya que, a tenor de lo expuesto en los apartados 2 y 4 del 31 bis C.P. puede extraerse con claridad que se viene a equiparar la adopción eficaz de los programas de cumplimiento con ese tipo de circunstancias. En esta línea, y desde una enérgica posición contra las tesis del Alto Tribunal, LEÓN ALAPONT destaca la amplitud y solidez del voto particular recogido en la STS núm. 154/2016, de 29 de febrero (vendría a situar al *compliance program* como componente que excluye la culpabilidad/carga de la prueba sobre la defensa)¹¹. Este autor, incide en la confusión que genera concebir al *compliance program* como elemento nuclear del tipo en lugar de situarlo en un estadio ulterior del análisis (ajustándonos al propio significado de los términos «exenta»/«exención» en el contexto jurídico-penal)¹².

De cualquier modo, el instructor del caso subraya **la necesidad de que la acusación señale unos mínimos elementos indiciarios que apunten hacia la existencia de un defecto organizativo estructural y, ante la falta de aquellos, estima la pertinencia de proceder el archivo respecto a la persona jurídica en orden a garantizar el principio de presunción de inocencia y evitar imputaciones arbitrarias.** Sobre ello, en el razonamiento Jurídico Tercero del Auto, se dice:

«El sometimiento a investigación, mediante la imputación de hechos delictivos, supone, o puede suponer, una afectación del principio de presunción de inocencia entendido como estándar que garantiza el estatuto de libertad de los ciudadanos.

Es por ello, que esta actuación procesal reclama un fundamento indiciario que justifique, precisamente, la necesidad de la limitación. Dicho de otra manera; solo cuando haya razones que justifiquen la llamada al proceso como investigado, deberá impelerse a una persona a ejercitar el derecho de defensa.

El juez de instrucción, como recuerda de forma admonitiva el Tribunal Constitucional -SSTC 41/98, 87/2001- debe administrar de forma responsable y razonable las reglas de 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.»

Como se recuerda en el Auto, **el criterio determinante de la oportunidad de mantener la consideración de investigado se sustenta en dos presupuestos («doble pronóstico»):**

- La **presunta tipicidad** de los hechos justiciables.
- La **suficiencia indiciaria objetiva y subjetiva** de los mismos.

Y, dado que, desde el enfoque jurisprudencial expuesto, el *compliance program* se sitúa como elemento negativo en el marco de la tipicidad, resulta ajustado acordar el sobreseimiento de la persona jurídica.

8. Para profundizar vid. AGUILERA GORDILLO, R.; Manual de Compliance Penal en España, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2020, en particular, epígrafe III. «Estado del arte» en España. Inminente publicación de la 2ª edición del manual.

9. GÓMEZ TOMILLO, M.; «Presunción de inocencia, carga de la prueba de idoneidad de los *compliance programs* y cultura de cumplimiento», en AAVV/FRAGO AMADA, JA. [Dir.] Actualidad Compliance 2018, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 201-214.

10. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; «La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos», op. cit., 2019, p. 654. En sentido similar, MORALES HERNÁNDEZ, quien afirma que, al constituir el defecto de organización sustento de la culpabilidad, la carga de la prueba la detenta la defensa [vid. MORALES HERNÁNDEZ, M.A.; «Los criterios jurisprudenciales para exigir responsabilidad penal a la personas jurídicas en el delito corporativo», en Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 19, 2018, p. 367].

11. LEÓN ALAPONT, J.; Compliance Penal: especial referencia a los partidos políticos, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 311-312.

12. El autor asevera: «1) Ya hemos defendido que no estamos ante una causa de atipicidad.

a) Podría sostenerse que no es una causa de exclusión de la pena, porque el art. 31 bis 2 y 4 CP dicen literalmente: “quedará exenta de responsabilidad”, y no de pena. Y, por tanto, esta sí sería una distinción pretendida por el legislador.

Pero es que, por ejemplo, el art. 207 CP [calumnias] habla de exención de pena, y el art. 210 CP [injurias] habla de exención de responsabilidad; cuando ambos preceptos regulan la misma exención [exceptio veritatis]...» (Ibid. pp. 311-312).

No obstante, existen voces autorizadas que entienden que el momento adecuado para pronunciarse acerca de una cuestión tan compleja como es la eficacia del *compliance program* y su idoneidad para prevenir delitos de similar naturaleza al cometido no es en fase de instrucción -o, en su caso, la intermedia-, sino a la finalización del juicio oral. La sentencia se presenta, por tanto, como el soporte ideal para emitir el parecer sobre tales extremos. Esta postura puede sustentarse en una consideración divergente acerca de la naturaleza del *compliance program* (en un estadio distinto al *defecto estructural*) o sobre la idea de que el Juicio Oral es la fase del proceso más conveniente para analizar estos factores (de gran complejidad), puesto que, en puridad, es aquel momento procesal donde se practica la prueba y puede someterse a contradicción en toda su amplitud. En relación con esta posibilidad, resulta oportuno traer a colación la **sentencia del Juzgado de lo Penal de Avilés de 13 de febrero de 2020, que dispone la absolución por ausencia de una «mínima actividad acusadora» por parte de la Fiscalía o la acusación particular dirigida a acreditar la responsabilidad de la persona jurídica** (se acusaba a una sociedad anónima de cohecho)¹³. Dicha resolución se refiere a la declaración del representante legal de la mercantil y a la documental presentada, señalando que se había adoptado previamente un sistema preventivo de riesgos penales y un órgano de cumplimiento. Consecuentemente, ante la concurrencia de tales elementos y, sobre todo, ante la inexistencia de actividad acusadora dirigida a mostrar defecto organizativo, se absuelve a la mercantil¹⁴.

En cualquier caso, como se ha desarrollado en este apartado -y veremos en las próximas páginas- **la práctica judicial nos muestra que, en esta tipología de supuestos, resulta totalmente posible el acordar el sobreseimiento respecto a la persona jurídica antes del inicio de la fase de enjuiciamiento, por aplicación de lo dispuesto en el apartado 1o del artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal**¹⁵.



13. En el Fo Do Trigésimo Segundo de la sentencia (Pte.: Ilma. Sra. Da Olga Vara García) se dice: «Ni la Fiscalía ni la acusación particular del Ayuntamiento de Corvera efectúan pregunta alguna relativa a intentar acreditar un defecto estructural u organizativo grave que pudiera haber facilitado la comisión del delito cometido por Justiniano»

14. En el Fundamento anteriormente citado y en todas las sesiones del consejo de administración de la compañía, se recoge lo siguiente respecto a las actuaciones previas de la persona jurídica: «... se contrata a diferentes asesorías y despachos especializados, se hace un planteamiento reorganizativo designando funciones específicas en esta materia dentro de la compañía, se nombra un "compliance officer" o un comité de prevención de riesgos penales, y a partir de ese momento se elabora todo el sistema. Hay un análisis y una elaboración de un mapa de riesgos penales, se establece una serie de protocolos de actuación (...) se establece un canal de denuncias específico en relación a la prevención de riesgos penales, se hace una exhaustiva y minuciosa información y formación a todos los trabajadores y a los LRTs y todas las sesiones de consejo de administración de la compañía se informa específicamente de esta materia. También existe una memoria actual de actuaciones". [...]

Se presentó igualmente documental al inicio de las sesiones del juicio oral, que consta en la pieza separada documental 2, que acredita precisamente las declaraciones efectuadas por el testigo Sr. Carlos Antonio (a quien se nombró "compliance officer" a partir de marzo del año 2017); pues en la misma, que consta de 29 documentos, podemos encontrar efectivamente el acta del consejo de administración de fecha 28 de marzo del año 2017 en la que se refleja por ejemplo la adhesión al código ético y protocolo interno de prevención, detección y gestión de riesgos penales al que se refirió el Sr. Carlos Antonio durante su testimonio; o la aprobación de la actualización de los sistemas preventivos de gestión de riesgos penales, vigilancia y control interno y cumplimiento normativo. [...]

Esta juzgadora coincide con las alegaciones e ideas expuestas por el señor letrado que defiende los intereses de la mercantil en cuanto a carga probatoria se refiere, pues, al margen de la practicada y presentada por esta parte, nada se ha alegado, presentado ni acreditado por la acusación. Subrayado y negrita añadidos.

15. Artículo 641 LECrim:

«Procederá el sobreseimiento provisional:

- 1) Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa.
- 2) Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores.»

2. Auto del Juzgado Central de Instrucción No. 6, de fecha 29 de julio de 2021.

Sobreseimiento provisional de dos personas jurídicas ante la constatación de que no existió aquí defecto organización, pues tenían implantados unos sistemas de cumplimiento eficaces y la acusación no aportó «elementos de cargo que permitan concluir la existencia de un defecto estructural en los modelos de prevención, vigilancia y supervisión vigentes».

Otra resolución judicial que viene a acordar el sobreseimiento provisional de las actuaciones respecto de dos grandes entidades mercantiles en el seno de una investigación penal de especial repercusión es el Auto del Juzgado Central de Instrucción No. 6 de fecha 29 de julio de 2021. En este caso, nos situamos en la *pieza separada* 96 del caso iniciado por la conocida como «operación Tándem», marco en el que se investigan un conjunto de actuaciones presuntamente delictivas asociadas a la contratación de servicios de la empresa CENYT.

En esta concreta investigación judicial, que también se realiza por parte del Juzgado Central de Instrucción No. 6 de la Audiencia Nacional, se acordó la imputación de dos sociedades (Caixabank S.A. y Repsol S.A.), mediante Auto de 8 de julio de 2021, como presuntas autoras de un delito de revelación de secretos previsto en el artículo 197 quinquies¹⁶ y un delito de cohecho del artículo 427 bis¹⁷ del Código Penal. **La imputación inicial de estas personas jurídicas se sostuvo en algunos aspectos de los que se podía inferir ciertos defectos en los programas de cumplimiento.**

Pues bien, semanas después, **tras la declaración de los representantes procesales¹⁸ y la presentación de sendos escritos de las defensas, junto con amplia documental tendente a acreditar que contaban con unos eficaces sistemas de compliance destinados a prevenir delitos (que será detallada a continuación), el magistrado instructor dicta el Auto (29 de julio) que acuerda el sobreseimiento** de estas dos personas jurídicas al considerar que:

«Analizadas las diligencias practicadas y, en concreto, la documental aportada, se considera que ambas mercantiles tenían implantado, al tiempo de producirse los hechos objetos de la presente pieza separada, un sistema de prevención y cumplimiento eficaz, sin que las acusaciones hayan aportado elementos de cargo que permitan concluir la existencia de un defecto estructural en los modelos de prevención, vigilancia y supervisión vigentes en las compañías.»¹⁹

16. Artículo 197 quinquies C.P.:

«Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los artículos 197, 197 bis y 197 ter, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

17. Precepto ya expuesto en el apartado precedente.

18. Especialmente designados según los artículos 119 y 775 de la LECrim. Recordemos lo que determina el aludido artículo 119: «1. Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 118 de esta Ley, haya de procederse a la imputación de una persona jurídica, se practicará con ésta la comparecencia prevista en el artículo 775, con las siguientes particularidades: a) La citación se hará en el domicilio social de la persona jurídica, requiriendo a la entidad que proceda a la designación de un representante, así como Abogado y Procurador para ese procedimiento, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo, se procederá a la designación de oficio de estos dos últimos. La falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el Abogado y Procurador designado. b) La comparecencia se practicará con el representante especialmente designado de la persona jurídica imputada acompañada del Abogado de la misma. La inasistencia al acto de dicho representante determinará la práctica del mismo con el Abogado de la entidad. c) El Juez informará al representante de la persona jurídica imputada o, en su caso, al Abogado, de los hechos que se imputan a ésta. Esta información se facilitará por escrito o mediante entrega de una copia de la denuncia o querrela presentada. d) La designación del Procurador sustituirá a la indicación del domicilio a efectos de notificaciones, practicándose con el Procurador designado todos los actos de comunicación posteriores, incluidos aquellos a los que esta Ley asigna carácter personal. Si el Procurador ha sido nombrado de oficio se comunicará su identidad a la persona jurídica imputada.»

Como puede extraerse, lo que el instructor hace es aplicar el filtro del fundamento sostenedor de la responsabilidad criminal corporativa y la carga probatoria (ya señalados en el aparatado anterior). Por ello, dado que **las defensas sí ha aportado documental y esgrimido argumentos sostenedores acerca de la eficacia de sus compliances** (que, recordemos, jurisprudencialmente son considerados elementos negativos del tipo) y que la acusación no ha aportado elementos tendentes a evidenciar la existencia de un defecto organizativo estructural que posibilitara el delito²⁰, estima procedente acordar el sobreseimiento.

Son particularmente representativos de la **ratio decidendi del instructor** los argumentos vertidos en el razonamiento jurídico quinto del citado Auto, especialmente los siguientes:

«Pues bien, para lo que aquí interesa, como ya estableció la Sentencia del Excelentísimo Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero, **la circunstancia prevista en el artículo 31 bis. 2 del Código Penal forma parte del tipo objetivo de la imputación de la persona jurídica**, “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 persona jurídica (...) por lo que a nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia de la infracción”.

Así, una vez constatada la ausencia de este elemento objetivo del tipo “lo que persigue esencialmente [el Código Penal] no es otra cosa que posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la persona jurídica, en evitación de mayores daños reputaciones para la entidad” (Sentencia del Excmo. Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero). Por tanto, **“debe por ello permitirse al Instructor valorar esas causas de exención para no postergar innecesariamente la decisión del proceso y, sobre todo, la injusticia que supondría someter a una persona a un juicio oral, cuando se puede evidenciar ya que es penalmente irresponsable”** (Sentencia del Excmo. Tribunal Supremo 548/2018, de 13 de noviembre).»²¹

Queda claro, por tanto, cuál es el criterio jurisprudencial que da cobertura al sobreseimiento de las actuaciones respecto a la persona jurídica. **Detallemos, ahora, cuáles fueron los documentos²² que, en este escenario, han servido para obtener tan favorable pronunciamiento del magistrado instructor:**

a) Repsol S.A.

Informe pericial elaborado por experto independiente tras haber realizado un análisis forense de las medidas dispuestas por esta persona jurídica en el ámbito de la prevención de delitos corporativos, la cultura ética y el cumplimiento normativo con la finalidad de facilitar el examen y valoración del sistema de compliance.

Asimismo, en el Auto se expone lo siguiente:

«... en dicho informe se concluye que Repsol, S.A. ya había adoptado medidas de debido control en materia ética y de cumplimiento antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal.

Asimismo, tras la entrada en vigor de dicha norma, Repsol, S.A. habría implementado en el primer semestre del año 2011, esto es, antes de los hechos objeto de investigación, un programa de prevención de delitos. Dicho Programa fue auditado por un externo el 20 de mayo de 2011 que concluyó que “no se apreciaban aspectos significativos no sometidos a controles”.

El modelo de cumplimiento normativo instaurado en la entidad, contaba ya en 2011 con un órgano de la función de cumplimiento, mapa o matriz de riesgos penales, políticas procedimientos y controles, canal de denuncia, sistema disciplinario y monitorización del mismo.

19. Razonamiento jurídico quinto del Auto (p. 15).

Noción recogida en el razonamiento jurídico cuarto del Auto (página 12 respecto a Caixabank y 13 respecto a Repsol).

20. Como ya se expuso, desde ese enfoque jurisprudencial, **la posible comisión del delito protagonizado por una persona física de la organización no constituye indicio que apunte al defecto estructural de la propia organización sustentador del reproche penal a la jurídica; esa conducta delictiva es considerada un presupuesto, pero no forma parte del fundamento del reproche penal a la corporación.** Se trata de eludir los riesgos de asociación con una responsabilidad penal objetiva y de trasgresión de la culpabilidad corporativa. En este sentido, el magistrado instructor señala en el razonamiento jurídico tercero del Auto: «De este modo, a la hora valorar en las fase preparatoria la posible responsabilidad penal de la persona jurídica, debemos distinguir entre el **“fundamento”** de la responsabilidad del ente (incumplimiento de la obligación de adoptar medidas o sistemas orientados a controlar y evitar la comisión de determinados delitos), y **“el presupuesto”** para que dicha responsabilidad pueda surgir (la comisión de alguno de los delitos que pueden ser cometidos por la persona jurídica según el Código Penal por parte de algunas de las personas y en las condiciones establecidas en el artículo 31 bis y siguientes del CP), en el buen entendimiento que la persona jurídica no responde por el hecho del tercero, sino por haber sido posible, o por haber facilitado el delito, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa (autorresponsabilidad).»

21. Negrita añadida.

22. Recogidos en el razonamiento jurídico cuarto del Auto de 29/07/2021.

En concreto, para mitigar el riesgo de la comisión de un delito de cohecho, REPSOL contaría con 72 controles y para mitigar el riesgo de la comisión de un delito de descubrimiento y revelación de secretos, 69 controles.

Finalmente, desarrolla las actualizaciones de dicho Modelo en los años sucesivos a través de una **verificación y actualización periódica del programa**. Asimismo, en contestación al oficio de 23 de diciembre de 2019 se habría aportado documentación acreditativa de la existencia del Modelo y la investigación interna realizada.»²³

b) Caixabank S.A.

- «**El Modelo de Prevención de Delitos** de 29/06/2011 y sus versiones posteriores de 2012, 2017 y 2018.
- **El Código Ético y principios de actuación de la entidad** de 27/09/2011, aprobado por el Consejo de Administración, y sus versiones de los años 2013, 2016, 2019 y 2021.
- La **Matriz de riesgos penales y controles** de 29/06/2011 y sus **actualizaciones** de 2012, 2016, 2019, 2020 y 2021.
- El **plan estratégico de formación** de 2011 a 2014 y las circulares informativas difundidas desde la entrada en vigor del Código Penal.
- **Certificado de número de denuncias tramitadas** en los años 2011 y 2012, así como la **creación del Canal de Consultas y Denuncias**.
- El **sistema disciplinario** de la entidad.
- La **política de investigaciones internas** en sus versiones de los años 2013 y 2017.
- El **órgano de la función de cumplimiento**, habiendo aportado su **estatuto** de 2007, y posteriores modificaciones de su normativa de los años 2012, 2017 y 2020.
- Asimismo, la entidad ha obtenido la **certificación** de su Modelo por parte de AENOR conforme a las normas **UNE 19601:2017 "Sistema de Gestión de Compliance Penal" e ISO 37001:2017 "Sistema de Gestión de Antisoborno"**.

- **Respecto a los controles específicos para la prevención de los delitos investigados, se ha aportado la siguiente normativa:**

– **En relación con la prevención de la comisión en el seno de la persona jurídica de un delito de descubrimiento y revelación de secretos:**

- **Políticas globales corporativas:** Código Ético, Código de Conducta Telemático y Política de Seguridad de la Información.
- **Normas internas que regulan la operativa:** Norma 47 de tratamiento y confidencialidad de los datos personales, Norma 66 de seguridad informática, Norma 111 de archivo, prescripción y destrucción de la documentación y Norma 137 de cumplimiento normativo.
- **Controles y procedimientos operacionales:** Matriz de límites en la concesión de operaciones de activo, existencia de un Comité de créditos, control presupuestario, control de los límites concedidos por línea y por propuesta de aprobación (aplicación IPC) o necesidad de documentación contractual (SGP), procedimientos internos en la contratación de proveedores de bienes o servicios, y control centralizado de préstamos a partidos políticos y necesidad de información sobre dichos préstamos a la Administración Pública. Asimismo, limitación cuantitativa a pagos en efectivo relacionados con gastos de empleados, prohibición de obsequios a funcionarios y prohibición de gastos no justificados o razonables sometidos a auditoría. Asimismo, en contestación al oficio de 23 de diciembre de 2019 se habría aportado documentación acreditativa de la existencia del Modelo y la investigación interna realizada. [...]»

Y, todo ello, junto con los argumentos esgrimidos en los escritos presentados por sus defensas²⁵ y las declaraciones realizadas por los representantes especialmente designados de ambas mercantiles los días 26 y 27 de julio.

23. Subrayado y negrita añadidos.

24. Subrayado y negrita añadidos.

25. Escrito de la representación procesal de Repsol de fecha 27/07/2021 y escrito de la representación procesal de Caixabank de fecha 28/08/2021.

3. Auto de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, Sección 4, de fecha 1 de julio de 2021.

Revocación del requerimiento judicial de aportación de copia de los programas de *compliance* de la persona jurídica y de la totalidad de las denuncias internas recibidas a través de su «canal de denuncias».

En este último caso, nos situamos en una **instrucción penal donde se investiga, entre otros sujetos, a una entidad mercantil por presunto delito de estafa de inversión de capital** conforme a lo dispuesto en el artículo 288 del Código Penal²⁶. En dicho contexto, **después de un amplio elenco de actuaciones (entre las que procede destacar una entrada y registro en la sede principal de la persona jurídica, ejecutado en abril²⁷) se dicta una Providencia de fecha 10 de mayo donde se requería que aportara, entre otra, la siguiente documental:**

«Las copias certificadas de los programas de cumplimiento normativo (*compliance*) de "Abengoa, S.A." vigentes durante los años 2013 a 2016, así como de la totalidad de las denuncias internas de "Abengoa, S.A." recibidas a través del "canal de denuncias" durante los años 2013 a 2016, junto con los expedientes de tramitación de las mismas que se puedan haber generado...»

Contra dicha Providencia, la defensa de la persona jurídica presentó recurso de reforma, al considerar violentado el «derecho

a la defensa» y «no autoincriminación»; este recurso fue desestimado por el instructor mediante Auto de fecha 2 de junio. Y, contra este Auto, se presentó un recurso de apelación que sí fue estimado parcialmente por la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, mediante Auto de 1 de julio de 2011. **Este último Auto vino a revocar, justamente, el requerimiento de aportación de los documentos que conforman el sistema de *compliance* y los dimanantes de aquellos (los generados en virtud de la habilitación del «canal de denuncias»).** Y es que resulta notoria la enorme trascendencia de tales documentos para la esfera de la «defensa penal corporativa». Veamos cuáles son los -valiosos- argumentos que se exponen en el Auto para motivar que **la aportación a las autoridades de ese tipo de documentos debe ser plenamente voluntaria.**

La resolución recurre a la **jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)**, para recordar que resulta contrario al Convenio Europeo de Derecho Humanos (CEDH) la utilización de documentos obtenidos forzosa o coactivamente del investigado como basamento de una condena penal, si bien, **precisa que para que ese «derecho a la no autoincriminación»**

26. Artículo 288 C.P.: «... Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

1) En el caso de los delitos previstos en los artículos 270, 271, 273, 274, 275, 276, 283 y 286: a) Multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido, o que se hubiera podido obtener, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años. b) Multa del doble al triple del beneficio obtenido, favorecido o que se hubiera podido obtener, en el resto de los casos.

2) En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284, 285, 285 bis, 285 quater y 286 bis al 286 quater: a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad. b) Multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

3) Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

27. Una entrada y registro materializada por efectivos por la UCO y que fue respaldada por la sección 4ª de la sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, al rechazar el recurso planteado en su día por la compañía.

28. Compuesta por: Ilma. Sra. Da Carmen Paloma González Pastor / Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Martel Rivero / Ilmo. Sr. D. Fermín Javier Echarri Casi (este último, ponente de la resolución).

Otras resoluciones de órganos judiciales supranacionales en este sentido: STEDH de fecha 3 de mayo de 2001 y de fecha STJUE de 25 de enero de 2007.

pueda hacerse valer es necesario que se trate de una medida de la autoridad tendente a la obtención de un documento o fuente de prueba «cuya existencia dependa de la voluntad del investigado» (STEDH de 17 de diciembre 1996²⁹). Como es sabido, la adopción de un *compliance program* o, en su caso, de un sistema de *compliance* tendente a prevenir delitos resulta, en general, facultativa. La decisión sobre su adopción y ejecución pende del órgano de administración de la persona jurídica, esto es, su existencia se supedita a la voluntad que dimana del interior del ente.

GÓMEZ TOMILLO advierte que esta doctrina jurisprudencial que fija la imposibilidad de recurrir a la información recabada por las autoridades mediante coacción en un proceso punitivo, fue matizada en la STEDH de 8 de abril (conocida como sentencia del caso Weh). En esta resolución se distingue entre dos clases de supuestos donde se dilucida el quebranto del derecho a no autoincriminarse³⁰: por un lado, casos donde se intima a la persona para recabar información que puede incriminarla en procedimientos penales anteriores o presentes (por ejemplo, en el procedimiento donde ha sido imputada) y, por otro lado, casos donde la información inculpatória se recaba fuera del contexto del proceso penal, en una ulterior investigación penal. Además, este autor propugna, en un análisis exhaustivo sobre la cuestión, que la invalidez de tal coacción o la ineficacia de las evidencias obtenidas a raíz de aquella no solo operan³¹ en el marco de un proceso penal o administrativo sancionador³², sino

que puede tener efectos en otros procedimientos de naturaleza no punitiva.

Asimismo, el Auto objeto de examen alude también a la **jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional** para incidir en que cualquier requerimiento de colaboración o intimación para aportar cierta documental no transgrede per se el derecho a la no autoincriminación. Para esclarecer este particular, se afirma, **debemos diferenciar entre dos tipos de requerimientos:**

- **Aquellos que exigen la aportación de documentos, cuya configuración y existencia resulta obligatoria ex lege** (puede efectuarse el requerimiento sin trasgresión del derecho a la no autoincriminación)³³.
- **Aquellos que reclaman la entrega de documentos, cuya configuración y existencia descansa en la libre decisión de sujeto sometido a la investigación** (supuestos en que sí tiene virtualidad el derecho a la no autoincriminación).

A todo lo expuesto, debemos sumar que, tal y como viene incidiendo el Tribunal Supremo, en el proceso penal las personas jurídicas están revestidas de los mismos derechos que asisten a las físicas³⁴, por consiguiente, la doctrina jurisprudencial apuntada es aplicable en este supuesto.



29. Otras resoluciones de órganos judiciales supranacionales en este sentido: STEDH de fecha 3 de mayo de 2001 y de fecha STJUE de 25 de enero de 2007.

30. GÓMEZ TOMILLO, M.; Instrumentos jurídicos de tutela y ejecución de las potestades de inspección y supervisión administrativa de sociedades que operan en los mercados, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 102.

31. Queda excluido el debate acerca de la teoría de la impunidad del autoencubrimiento (actuaciones activas u omisivas del autor o cómplice del delito), cfr. STS de fecha 29 de enero 2013.

32. Se trata de un elemento tratado en el contexto de los procedimientos de inspección tributarios por la acción de la agencia tributaria o, en sectores regulados, por la protagonizada por entes reguladores.

33. La resolución cita, además, las siguientes sentencias: STC núm. 76/1990, de fecha 20 de abril y STC núm. 161/1997, de fecha 2 de octubre.

34. A este respecto, cfr. STS número 514/2015, de 2 de septiembre y STS número 277/2018. Muy simbólica resulta la siguiente afirmación vertida en la STS número 668/2017 de fecha 11 de octubre: «Y es que, más allá de la rica complejidad que anima el debate dogmático acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la **jurisprudencia hasta ahora dictada en esta materia ha proclamado la necesidad**, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propia, ya por una fórmula de heteroresponsabilidad, de que **“... cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”**»



Por ello, en el Auto de 1 de julio de 2021, la sección 4ª de la Sala de lo Penal anula el requerimiento. Puede afirmarse que adopta una decisión regida por la cautela, que tiene como propósito principal salvaguardar el derecho a la no autoincriminación, pero que, derivado de esto, **garantiza la licitud de los medios de prueba que se recaban en el proceso, previniendo así posibles riesgos de contaminación de otros medios de prueba asociados a una hipotética declaración de ilicitud probatoria (por posible «conexión de antijuridicidad»)**. El planteamiento aplicado por los magistrados de la Sala, queda especialmente reflejado en el siguiente extracto del razonamiento jurídico cuarto del Auto:

«... lo que resulta evidente, es que no se puede exigir a una persona física o jurídica contra la que se ha dirigido el proceso penal, la aportación de documentos que sostengan o puedan sostener directamente su imputación. En otras palabras, **no es dable imponer a la persona jurídica investigada, la carga de colaborar con su propia inculpación, mediante actuaciones como el requerimiento para aportar elementos probatorios directos de contenido incriminatorio.**

Desde la dificultad que entraña, deslindar aquellos documentos de la persona jurídica cuyo origen puede relajar la aplicación del derecho fundamental a no autoincriminarse, el Tribunal entiende que estarían amparados por aquél, los documentos internos procedentes del "canal de denuncias" de las empresas en los que consten los hechos denunciados y los resultados de las investigaciones internas que, voluntariamente haya llevado a cabo la entidad, así como cualesquiera declaraciones bien de la entidad, o de sus representantes legales, admitiendo la existencia de irregularidades o ilegalidades en su actuación corporativa.»³⁵

En este punto, puede ser interesante plantear dos interrogantes:

1. ¿Qué sucedería si, como algunos propugnan, la adopción y ejecución de un sistema de *compliance* se convierte en algo obligatorio *ex lege*?
2. ¿Qué pasaría si, en lugar de dirigir el requerimiento judicial de aportación del sistema de *compliance* o de las denuncias recibidas vía «canal de denuncias» a los legales representantes (que pueden ejercer el derecho a la no autoincriminación en nombre de la persona jurídica), se remitiera requerimiento a terceros que también están en poder de tales documentos (p. ej.: empresa que realiza la gestión externa del canal del «canal de denuncias» u otros trabajadores)?

Con relación a la primera cuestión, si se aprobaran disposiciones o normas, sean de ámbito general o sectorial (directamente aplicables) que fijaran -taxativamente- la obligación de la persona jurídica de adoptar un sistema de prevención de delitos en su seno, a *priori*, la aplicación del fundamento jurisprudencial expuesto podría ponerse en tela de juicio. Sin embargo, entendemos que debe considerarse que los argumentos que sirven como basamento de la línea jurisprudencial expuesta permiten defender que, **en el proceso penal, debe primar el derecho fundamental a guardar silencio y a la no autoincriminación de la persona jurídica y no puede imponerse al imputado un deber de colaboración consistente en la aportación de documentos que puedan incriminarle**³⁶.

35. Negrita y subrayado añadidos.

36. Cfr. STC número 142/2009, de 15 de junio, donde se expresa que el derecho a la presunción de inocencia implica que debe ser la parte acusadora aquella que detente la carga probatoria en el proceso penal, sin que pueda hacerse recaer sobre el acusado un hipotético deber de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación.

Respecto al segundo interrogante, cabe considerar que, si la entidad externa que gestiona el «canal de denuncias» (que, recordemos, debe transmitir cada denuncia al órgano con la función de *compliance* ex requisito 4º del Art. 31 bis 5 C.P.) se trata de un **tercero contratado para un asesoramiento y defensa penal**, podría oponerse planteando el **legal privilege o el deber de secreto profesional**³⁷ del letrado asociado a esta actividad (siempre que se demuestre que la actuación sí se incardina en esa esfera). Por otra parte, si el requerimiento judicial se dirigiera a directivos o mandos intermedios carentes de facultades de representación de la persona jurídica, podría acogerse el planteamiento de que **estos empleados también pueden ejercitar el derecho a la no autoincriminación del ente, pues este tipo de personal tiene capacidad para comprometer a la persona jurídica**³⁸.

Para concluir, **resulta pertinente subrayar el «aviso» que realizan los magistrados** de la de la sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional; en el **Auto, señalando que un medio lícito para obtener esa documental requerida habría sido aprovechando la diligencia de entrada y registro de la sede principal** que se había practicado un mes antes³⁹. Sobre esta advertencia, podría sostenerse lo siguiente: dado que la línea jurisprudencial establecida por el Alto Tribunal acoge, de momento, el modelo de autorresponsabilidad de la personas jurídicas o responsabilidad por «hecho propio» (donde se concibe al ente como sujeto con una supuesta capacidad real para autoorganizarse y, por ello, se le aplica sanción penal si existe un *defecto estructural organizativo*, que el mismo protagoniza, es decir, se le atribuyen facultades antropomórficas para salvar el principio de culpabilidad) y que propugna que personas jurídicas y físicas deben tener un tratamiento idéntico, el acceso judicial al «canal de denuncias» de una empresa es algo asimilable al acceso ilegítimo al pensamiento de una persona física. Y es que, **penetrar en lo contenido en el «canal de denuncias» es acceder a aquello que forma parte de la propia conciencia de la persona jurídica (algo totalmente proscrito respecto a las personas físicas).**

Menos incertidumbre genera la idea que se transmite en el Auto sobre la posibilidad de que, desde la empresa, **sí se decida libremente entregar los sistemas de *compliance* y la documental del canal de denuncias en orden de beneficiarse de una posible exención o, en su defecto, una atenuación de su responsabilidad penal**⁴⁰. **Lo relevante, por tanto, es que se trate de una «aportación voluntaria»⁴¹ de estos documentos.**

Indudablemente, la entrega de dicha documental debe ser una actuación que se encuentre plenamente alineada con la estrategia de defensa penal fijada para la persona jurídica. Y, sobre esto, no debemos olvidar que puede adoptarse la línea de defensa que se estime más adecuada. Es decir, la persona jurídica puede acomodarse en una línea más acorde con la clásica defensa y limitar el debate en la ausencia o inconsistencia del acervo probatorio ofrecido por la acusación o, por el contrario, puede adoptar una línea más proactiva, alineada con la colaboración y comprometida con los principios orientadores de los sistemas de *compliance*. La línea de defensa puede cambiar en cualquier momento y, por supuesto, ambas opciones resultan plenamente legítimas.

Rafael Aguilera Gordillo
Codirector del Compliance Advisory LAB

Octubre 2021

Web: [Compliance Advisory LAB](#)

37. Extremo expuesto en el Report 3 y que ha de complementarse con lo recogido en los apartados 2 y 3 del Artículo 1 y en lo contemplado en el Capítulo IV del Real Decreto 135/2021 por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

38. GÓMEZ TOMILLO, M.; *Instrumentos jurídicos de tutela y ejecución de las potestades de inspección y supervisión administrativa de sociedades que operan en los mercados*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 103-104.

39. En el razonamiento jurídico cuarto del Auto se dice: «uno de los documentos que por lógica deben ser recabados en la diligencia de entrada y registro de una entidad mercantil como la que nos ocupa, son los programas de cumplimiento normativo».

Negría añadida.

40. Y ello, sin olvidar que, en primer término, recae sobre la acusación acreditar el *defecto organizativo estructural* y, posteriormente la defensa ha de evidenciar el *elemento impeditivo (compliance)*.

41. A este respecto, el Auto afirma en su razonamiento jurídico cuarto: «Cuestión distinta es que la entidad en cuestión decida su aportación voluntaria a efectos de alcanzar una exención o una atenuación de la responsabilidad penal que en su día pudiera alcanzarse [arts. 31 bis 5 apartados 4o y 6o, y 31 quáter d) CP]...»

Resumen

Tres Autos -cruciales- sobre compliance de la Audiencia Nacional

Un análisis de los puntos clave de tres resoluciones judiciales dictadas en distintas investigaciones penales de relevancia que ilustran la especial trascendencia de los «sistemas de compliance»

Por la naturaleza de los casos que pueden ser instruidos en los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional nos encontramos con que, frecuentemente, **se investigan asuntos con implicaciones directas en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica.**

Este quinto report, se divide en 3 apartados, cada uno de ellos dedicado al examen de un Auto de especial trascendencia en la materia emitido este año. Las conclusiones que pueden extraerse son muy útiles para adoptar mejores decisiones en diversos planos (p. ej.: reforzar el sistema de *compliance* por la importancia crítica de contar con mecanismos de prevención de delitos que evidencien controles precisos y «eficaces», fijar una concreta línea de defensa penal corporativa, etc.). **Estos son los 3 Autos objeto de análisis:**

1. Auto del Juzgado Central de Instrucción No. 6 de 23 de marzo de 2021.

Sobreseimiento de persona jurídica por ausencia de defecto *organizativo estructural* al apreciarse la ejecución de un «modelo eficaz de prevención supervisado por un órgano autónomo».

2. Auto del Juzgado Central de Instrucción No. 6 de 29 de julio de 2021.

Sobreseimiento de 2 personas jurídicas ante la constatación de que tenían implantados unos sistemas de cumplimiento eficaces y la acusación no aportó «elementos de cargo que permitan concluir la existencia de un defecto estructural».

3. Auto de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, Sección 4, de 1 de julio de 2021.

Revocación del requerimiento judicial de aportación de los programas de *compliance* de una persona jurídica y de las denuncias internas recibidas en su «canal de denuncias».

En los dos primeros apartados se abordan, entre otras, las siguientes cuestiones: la repercusión en la práctica judicial del fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica sobre la *carga de la prueba* o **el favorable efecto (sobreseimiento) que produce la aportación de evidencias que muestren la aplicación efectiva de un sistema de *compliance* ante la ausencia de actividad de la acusación, tendente a señalar la existencia de un defecto estructural organizativo.**

Asimismo, **se detallan los documentos aportados al magistrado instructor** por dos grandes corporaciones -previamente imputadas- **que permitieron lograr el convencimiento de que los sistemas de *compliance* que ejecutaban en el momento de comisión de los presuntos delitos resultaron «efectivos»** y que, por tanto, es procedente acordar el sobreseimiento respecto de aquellas.

Por último, en el tercer apartado verificaremos si, de conformidad con la jurisprudencia española y del TEDH, un **requerimiento judicial dirigido a una persona jurídica para que aporte su sistema de cumplimiento y todas las denuncias internas recibidas** en el «canal de denuncias», atenta o no contra el **derecho fundamental a la «no autoincriminación» de la persona jurídica.**

Directores Compliance Advisory LAB

Fernando Lacasa

Socio de Forensic, Codirector del Compliance Advisory Lab

T +34 91 441 52 83

E Fernando.Lacasa@es.gt.com



Ver CV

Rafael Aguilera Gordillo

Codirector del Compliance Advisory LAB

T +34 91 576 39 99

E Rafael.Aguilera.ex@es.gt.com



Ver CV

 <https://www.grantthornton.es/servicios/financiam-advorsy/forensic/compliance-advorsy-lab/>

www.grantthornton.es



grantthornton.es

© 2021 Grant Thornton S.L.P. Todos los derechos reservados.

"Grant Thornton" se refiere a la marca bajo la cual las firmas miembro de Grant Thornton prestan servicios de auditoría, impuestos y consultoría a sus clientes, y/o se refiere a una o más firmas miembro, según lo requiera el contexto. Grant Thornton Corporación S.L. es una firma miembro de Grant Thornton International Ltd (GTIL). GTIL y las firmas miembro no forman una sociedad internacional. GTIL y cada firma miembro, es una entidad legal independiente. Los servicios son prestados por las firmas miembro. GTIL no presta servicios a clientes. GTIL y sus firmas miembro no se representan ni obligan entre sí y no son responsables de los actos u omisiones de las demás.