

¿Oportunidad procesal en las causas penales seguidas contra personas jurídicas? Una reflexión a la luz de la práctica de los NPAs y DPAs en Estados Unidos

Sumario

-

Cada vez son más los países del entorno comparado que, siguiendo los pasos de Estados Unidos, han abierto la puerta al principio de oportunidad procesal en las causas penales seguidas contra personas jurídicas de la mano de los denominados NPAs/DPAs. Esto da a pensar si acaso convendría que España fuese la siguiente en sumarse a la lista. Para arrojar algo de luz a esta cuestión en el presente trabajo analizo las ventajas e inconvenientes de estos instrumentos procesales desde el prisma de la experiencia estadounidense. A continuación, compruebo sus posibles problemas de compatibilidad con el sistema procesal español. Para terminar, examino la capacidad de rendimiento de otros cauces procesales alternativos al juicio oral debidamente consolidados en el sistema legal español que tal vez ofrezcan ya de por sí una buena salida en los procesos penales contra personas jurídicas.

Abstract

-

Following on the US footsteps, an increasing number of countries have opened the door to prosecutorial discretion in criminal cases against corporations by means of the so-called NPAs/DPAs. This makes one wonder whether Spain should be the next in line to join the list. In order to shed some light on this issue I analyze both the advantages and disadvantages of these procedural tools from the viewpoint of the US experience. I then check their compatibility problems with the Spanish legal system. Last but not least, I examine the usefulness of other alternatives to trial duly established in the Spanish legal system that may already work in criminal proceedings against corporations.

Title: *Prosecutorial Discretion in Criminal Proceedings Against Corporations? Reflections in the light of the NPAs and DPAs' praxis in the U.S.*

-

Palabras clave: principio de oportunidad procesal, responsabilidad penal de las personas jurídicas, NPAs/DPAs

Keywords: *prosecutorial discretion, corporate criminal liability, NPAs/DPAs*

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.16

-

2.2020

Recepción
02/04/2020

-

Aceptación
11/04/2020

-

1. Introducción

2. Ventajas y críticas contra los NPAs/DPAs en Estados Unidos

2.1. Ventajas

- a. Prevención de daños colaterales. Los beneficios para la empresa (y terceras partes)
- b. Celeridad, ahorro de costes y colaboración empresarial. Los beneficios para el Estado

2.2. Críticas

- a. Amplia discrecionalidad de la fiscalía
- b. Concesión de NPAs/DPAs a empresas investigadas por la comisión de crímenes especialmente graves
- c. Falta de persecución de los infractores individuales
- d. Condiciones controvertidas
- e. Erosión del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas

3. Posibles problemas de compatibilidad de los NPAs/DPAs con el sistema procesal español

- 3.1. El papel desempeñado por el Ministerio Fiscal en la instrucción
- 3.2. La carencia de monopolio por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción penal
- 3.3. Los derechos y garantías procesales reconocidos constitucionalmente

4. Cauces procesales alternativos a la celebración del juicio oral basados en razones de oportunidad ya contemplados en el sistema español

- 4.1. La conformidad (artículo 787.8 Lecrim)
- 4.2. El proceso por aceptación de decreto (artículos 803 bis a y ss.)
- 4.3. El sobreseimiento acordado por razones de oportunidad en el marco del procedimiento para el juicio de delitos leves (artículo 963.1.1º Lecrim)

5. Balance final

6. Bibliografía

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

-

1. Introducción*

Dada la hegemónica vigencia en España del principio de legalidad (artículo 105 Lecrim) en las causas penales seguidas contra personas jurídicas¹, hoy por hoy, el Ministerio Fiscal, con carácter general, está obligado a ejercer la acción penal allá donde constate la comisión de un círculo cerrado de hechos de trascendencia penal definidos en los términos del artículo 31 bis CP, lo cual supone que la empresa investigada se vea abocada a atravesar un procedimiento judicial. Es en la fase de juicio oral donde el juez, tras la oportuna valoración probatoria, acuerda motivadamente en sentencia judicial la condena de la persona jurídica², la mitigación de su responsabilidad penal o incluso su exoneración³, a no ser naturalmente que el proceso se dé por concluido en una fase procesal anterior (por ejemplo, fruto de haberse acordado el sobreseimiento provisional o libre por alguna de las razones tasadas legalmente⁴).

La situación en Estados Unidos es parcialmente divergente. Como no podía ser de otro modo, se contempla, al igual que en nuestro país, un proceso penal para las personas jurídicas en el marco del cual el juez, tras la celebración del juicio oral, dicta una sentencia motivada en la que acuerda una pena calculada con arreglo a los parámetros asentados en el *Chapter VIII* de las *U.S. Sentencing Guidelines*⁵. Sin embargo, contra lo que suele ocurrir en España, las personas

* Autor de contacto: Alejandro Turienzo Fernández, alejandro.turienzo@ub.edu.

Esta contribución se gestó en el marco del Proyecto I+D+I “Personas jurídicas y responsabilidad criminal: imputación (atribución, limitación, exclusión) y coautoría con personas físicas” (DER2014-58217-R). Investigador principal: Prof. Joan Josep Queralt Jiménez. Agradezco a mis maestros, el Prof. Joan Josep Queralt Jiménez y el Prof. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, así como a los dos evaluadores anónimos de InDret, la revisión del texto y sus atinadas sugerencias. Hago extensivos mis agradecimientos a la Prof. Jennifer Arlen por las provechosas conversaciones que mantuvimos durante la estancia de investigación que realicé bajo su dirección durante los meses de marzo, abril y mayo de 2018 en la *New York City University School of Law*.

¹ BANACLOCHE PALAO, «Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas», en V.V.A.A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, 2018, pp. 36-37; NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, p. 50; GIMENO BEVIÁ, «Los acuerdos con la persona jurídica como alternativa al proceso penal», en CASTILLEJO MANZANARES (dir.), *Nuevos debates en torno a la justicia española*, 2017, p. 68.

² Son abundantes los pronunciamientos judiciales condenatorios contra personas jurídicas dictados en España durante estos últimos años. Cabe nombrar, entre otros, la STS 154/2016 de 29 de febrero, relativa a la realización de un delito de tráfico de drogas, la STS 4728/2016 de 3 de noviembre, vinculada con un caso de estafa procesal, o la STS 3210/2017 de 19 de julio, relacionada con la comisión de un tipo penal de blanqueo de capitales.

³ Por el momento, las absoluciones de personas jurídicas acordadas por el Tribunal Supremo han estado motivadas por razones ajenas a la estimación de la eximente legal del artículo 31 bis CP. Por ejemplo, en la STS 506/2018 de 25 de octubre el Tribunal Supremo absolvió a la empresa investigada por no declarar probada la antijuridicidad del comportamiento de la persona física imputada.

⁴ Considérese el Auto del Juzgado de Instrucción nº 4 de 11 de mayo de 2017 por el que se acordó el sobreseimiento de las actuaciones penales contra Deloitte a propósito de la aprobación de las fraudulentas cuentas de Bankia que posibilitaron su posterior salida a Bolsa. El juez instructor adoptó esta decisión y calificó a Deloitte como mera responsable civil subsidiaria, primero, dada la existencia en la entidad de protocolos de vigilancia y control conformes a lo dispuesto en el artículo 31 bis. 2 CP y, segundo, porque estimó que el socio responsable de la auditora actuó con absoluta autonomía e independencia y, consiguientemente, al margen de la sociedad. Fue por el segundo de los motivos aducidos que la Audiencia Nacional revocó este Auto en septiembre del mismo año al entender que no había lugar para la autonomía profesional referida. Lamentablemente la Audiencia Nacional no entró a valorar la deficitaria motivación ofrecida por el juez instructor en lo referente a la cuestión del *compliance* de la entidad. Cabe notar que, pese a tratarse del comportamiento típico de un socio encuadrado dentro de la primera vía de imputación (artículo 31 bis a) CP), el juez instructor omitió comprobar la concurrencia del resto de presupuestos que condicionan la concesión de la exención legal del artículo 31 bis. 2 CP, como son la designación de un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control responsable del modelo de organización y gestión de la mercantil o la elusión fraudulenta del mentado modelo por el infractor individual.

⁵ Cabe notar, no obstante, que desde el pronunciamiento *USA v. Booker* 543 US 220 (2005) las *U.S. Sentencing Guidelines* son de seguimiento voluntario.

jurídicas en Estados Unidos muy rara vez van a juicio⁶. Usualmente su condena tiende a obtenerse a partir de una suerte de conformidad negociada con la fiscalía por medio de la cual la persona jurídica declara su responsabilidad penal frente a los hechos⁷ y acepta satisfacer una serie de condiciones que persiguen fines de distinta índole⁸ (*guilty plea*)¹⁰. Para ser más exactos, mientras que entre los años 2006 y 2010 un total de 873 condenas judiciales fueron obtenidas mediante *guilty pleas* y sólo 1 tras la celebración de un juicio, la proporción en el periodo comprendido entre los años 2011 y 2015 fue de 610 frente a 3, respectivamente¹¹. Lo interesante, y aquí llega la gran diferencia con España, es que, desde hace algo más de un par de décadas¹², las empresas, a modo de alternativa al proceso penal, tienen paralelamente a su alcance la práctica de los denominados DPAs (*Deferred Prosecution Agreements*) y NPAs (*Non-Prosecution Agreements*), pese a que, todo sea dicho, los datos empíricos demuestren que su uso es más reducido que el que generalmente se cree: por cada cinco condenas judiciales solamente una empresa alcanza un NPA/DPA con la fiscalía¹³.

Con los NPAs la fiscalía omite perseguir a la persona jurídica investigada a cambio de que admita los hechos investigados, si bien sin declarar formalmente su culpabilidad¹⁴, y colme además una serie de requisitos, distintos según el caso, que reciben formalmente el nombre de *mandates*: pagar multas¹⁵, cooperar con las autoridades, ejecutar reformas estructurales, contratar a monitores externos, etc. En caso de incumplimiento, la fiscalía procede a acusar a la empresa investigada y el proceso judicial da, entonces, comienzo. Mientras, los DPAs guardan una estrecha relación con los acuerdos de no persecución precedentes, si bien les separa una pequeña aunque significativa disimilitud. Aquí, al contrario que antes, la fiscalía presenta desde buen comienzo cargos contra la persona jurídica, no obstante, a modo de periodo de prueba (*probation*), el proceso judicial se suspende durante un plazo específico en los mismos términos que los NPAs. Si la empresa satisface lo acordado, la fiscalía retira los cargos, de lo contrario, el proceso se reabre, reanudándose, con ello, la causa penal seguida contra la

⁶ MILLER, *The Law of Governance, Risk Management and Compliance*, 3ª ed., 2019, p. 317.

⁷ Esta es la opinión general. Sin embargo, contra esta visión tan extendida, GARRETT, «Why Plea Bargains Are Not Confessions», *William & Mary Law Review*, (57-4), 2016 a, pp. 1.415 y ss., pone en tela de juicio que los *guilty pleas* impliquen auténticas confesiones por la forma en la que se producen las admisiones sobre los hechos investigados.

⁸ Señalan que las condenas de personas jurídicas en Estados Unidos suelen derivar de acuerdos procesales negociados ALEXANDER/ARLEN, «Does Conviction Matter? The Reputational and Collateral Effects of Corporate Crime», en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, pp. 87-147, p. 92.

⁹ En más detalle, sobre los *guilty plea*, vid. MILLER, *The Law of Governance, Risk Management and Compliance*, 3ª ed., 2019, pp. 317-319.

¹⁰ Harina de otro costal son los *pleas of nolo contendere* permitidos por los tribunales en Estados Unidos pero desalentados por el DOJ en tanto en cuanto no implican una declaración de culpabilidad sino sólo una aceptación de la pena acordada. Vid. MILLER, «The Compliance Function: An Overview», en GORDON/RINGE (eds.), *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*, 2018 a, p. 997, nota a pie de página nº 63.

¹¹ ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA, «Compliance y responsabilidad penal de entes colectivos en E.E.U.U.», en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 1.540.

¹² ALEXANDER/COHEN, «The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective of Non-Prosecution, Deferred Prosecution and Plea Agreements», *American Criminal Law Review*, (52-3), 2015, p. 544.

¹³ ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 1.533, nº de pie de página 118. Señalan, de hecho, DIAMANTIS/LAUFER, «Prosecution and Punishment of Corporate Criminality», *Annual Review of Law and Social Science*, (51), 2019, p. 459 que el nivel de atención de la academia sobre los NPAs/DPAs es desproporcionado en comparación con el número de acuerdos concedidos cada año que suelen rondar entre los 30 y los 40.

¹⁴ ALEXANDER/COHEN, *American Criminal Law Review*, (52-3), 2015, p. 544; MILLER, en GORDON/RINGE (eds.), *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*, 2018 a, pp. 997-998.

¹⁵ Este requerimiento siempre se exige.

empresa investigada¹⁶. Topamos, consiguientemente, con lo que sería la máxima expresión del principio de oportunidad procesal¹⁷: pese a constatar un hecho penalmente relevante y una empresa perfectamente identificada, la fiscalía, con base en concretas razones de política criminal (veremos con posterioridad cuáles), se halla expresamente autorizada para abstenerse de presentar cargos bajo los términos previamente desarrollados.

Pues bien, basta con echar una rápida mirada al entorno comparado para percatarse de que cada vez son más los países que, aun guardando significativas divergencias, han empezado a apostar por la mecánica de los DPAs (no, en cambio, la de los NPAs)¹⁸ gestada en el país norteamericano. Valga nombrar como ejemplos de este giro de timón Reino Unido¹⁹, Singapur²⁰, Australia²¹, Francia²² o Argentina²³. España todavía se ha resistido a esta tendencia²⁴, sin embargo, la legislación procesal parece decantarse cada vez más por criterios de oportunidad²⁵ y, de hecho, parte de la doctrina ya ha empezado a ofrecer su respaldo a importar, aun con matices, la *praxis* estadounidense²⁶. A meditar sobre su posible implementación en el sistema español dedico este trabajo. Para ello, he optado por dividir el presente estudio en tres partes. En la primera parte (apartado 2) analizo tanto los pros como los contras de los NPAs/DPAs a la luz de la experiencia estadounidense. En la segunda parte (apartado 3) expongo los posibles problemas de compatibilidad que podrían presentar estos instrumentos procesales con el ordenamiento jurídico español. Finalmente en la tercera parte (apartado 4) examino la capacidad de rendimiento de otros cauces procesales contemplados en el Derecho español empleados como alternativa al tradicional enjuiciamiento a fin de comprobar si ya de por sí constituirían una buena salida, convirtiendo, entonces, en superfluo el debate sobre la extrapolación de los NPAs/DPAs por carecer de una necesidad práctica.

¹⁶ Vid. ALEXANDER/COHEN, *American Criminal Law Review*, (52-3), 2015, pp. 544-545.

¹⁷ Sobre la noción de oportunidad procesal, vid. GIMENO SENDRA, «Los procedimientos penales simplificados. (Principio de ‘oportunidad’ y proceso penal monitorio)», *Poder Judicial*, (extra 2), 1988, p. 36; GIMENO SENDRA, «El principio de oportunidad y el M.F.», *Diario La Ley*, (8746), 2016, pp. 2-3; SANTANA VEGA, «Principio de oportunidad y sistema penal», *ADPCP*, (47-2), 1994, p. 108.

¹⁸ Quizás esto se deba a las mayores reticencias que los NPAs han generado en comparación con los DPAs. Vid. GARRETT, «The Metamorphosis of Corporate Criminal Prosecutions», *Virginia Law Review*, (101-19), 2016 b, pp. 69-70.

¹⁹ *Crime and Courts Act 2013*, c. 22, sch. 17, *Deferred Prosecution Agreements Code of Practice 2.3* (UK).

²⁰ *Criminal Justice Reform Act* (Bill No. 14/2018) § 35.

²¹ *Crimes Legislation Amendment (Combatting Corporate Crime) Bill 2017* (Cth) sch 2 pt 3 item 17C(1)(a) (Austl.).

²² *Loi 2016-1691 du 9 decembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (Loi Sapin II)*.

²³ Artículos 16 a 21 de la Ley 27.401 de 8 de noviembre de 2017 de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de cohecho, concusión y otros delitos.

²⁴ Precisa BANACLOCHE PALAO, «El principio de oportunidad y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel de los programas de cumplimiento normativo (*Compliance Programs*)», en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, pp. 571-572 que “hay que partir de la base de que, en nuestro actual proceso penal, no se contempla expresamente la posibilidad de que el Ministerio Fiscal pueda no perseguir o no acusar a una persona jurídica por un delito en el que ésta haya podido participar, por más que se entienda que estas fórmulas pudieran resultar positivas tanto para la propia entidad afectada como para el conjunto de la sociedad”.

²⁵ Son varias las instituciones basadas en razones de oportunidad procesal de eventual aplicación a las causas penales seguidas contra personas jurídicas que han ido incorporándose en el ordenamiento jurídico español a lo largo de estos últimos años, siendo éstas la conformidad (artículo 787.8 Lecrim), el proceso por aceptación de decreto (artículos 803 bis a y ss.) y el sobreseimiento acordado por razones de oportunidad en el marco del procedimiento para el juicio de delitos leves (artículo 963.1.1º Lecrim). Tendremos ocasión de entrar en detalle sobre cada una de ellas en otra parte de este trabajo.

²⁶ BANACLOCHE PALAO, en V.V.A.A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, 2018, pp. 37-39; GIMENO BEVIÁ (2017), «Los acuerdos con la persona jurídica como alternativa al proceso penal», en CASTILLEJO MANZANARES (dir.), *Nuevos debates en torno a la justicia española*, 2017, pp. 68-69.

2. Ventajas y críticas contra los NPAs/DPAs en Estados Unidos

2.1. Ventajas

a. Prevención de daños colaterales. Los beneficios para la empresa (y terceras partes)

Desde la óptica de la organización, el principal atractivo para querer acordar con la fiscalía un NPA/DPA ha sido la evitación de nocivos daños colaterales originados a propósito de la imputación formal en el proceso y la posterior condena judicial. Daños colaterales que, en puridad, cabría dividir en dos grandes grupos. Primero, la exclusión de la organización para poder ser contratada por la administración pública²⁷, dado el peligro que admitirla supondría para su imagen e intereses. Y segundo, el sufrimiento de costes reputacionales²⁸ que desencadenarían serias dificultades para hacer tratos con terceras partes operativas en el mercado (clientes, proveedores, etc.) por mor del riesgo percibido a salir perjudicadas en un futuro si entablan una relación de negocio con la corporación infractora, y, muy especialmente, con aquellas otras que, en cumplimiento de su política de *third party compliance*, rechacen vincularse con organizaciones con un historial delictivo²⁹.

Es indudable que las personas físicas corren, al igual que las jurídicas, un peligro real a experimentar importantes consecuencias colaterales a propósito de una condena acordada en sede judicial³⁰. Pensemos, sin ir más lejos, en las dificultades con las que topan los condenados para encontrar trabajo hasta que sus antecedentes penales son cancelados o, incluso, después de que eso acontezca. Ahora bien, que en Estados Unidos la preocupación por minimizar unas tales consecuencias colaterales haya sido más acentuada en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica se justifica por el hecho de que, a pesar de que éstas repercuten en la entidad empresarial, lo cierto es que también perjudican a terceros inocentes que nada han tenido que ver con el ilícito investigado³¹: la pérdida de puestos de trabajo por los empleados contratados por la compañía seguramente sea el mejor ejemplo^{32 33}. La insistencia del DOJ por

²⁷ ALEXANDER/COHEN, *American Criminal Law Review*, (52-3), 2015, pp. 539, 556, 592; ARLEN, «Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals Into Corporate Cops», *NYU University School of Law Research Paper*, (17-12), 2017, p. 1; GARRETT, «Structural Reform Prosecutions», *Virginia Law Review*, (93-4), 2007, pp. 879-880; SENKO, «Prosecutorial Overreaching in Deferred Prosecution Agreements», *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, (19), 2009, pp. 164-165.

²⁸ SENKO, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, (19), 2009, p. 164; GIMENO BEVIÁ, en CASTILLEJO MANZANARES (dir.), *Nuevos debates en torno a la justicia española*, 2017, pp. 50-51. A raíz principalmente del problema de los costes reputacionales, se cuestiona si, en el caso español, la Fiscalía puede hacer un uso del principio de oportunidad semejante a Estados Unidos BANACLOCHE PALAO, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, pp. 568-570.

²⁹ Cada vez es más frecuente que las empresas condicionen el inicio de sus relaciones de negocio al cumplimiento de la legalidad por la contraparte a partir de la incorporación en el contrato de las conocidas cláusulas de integridad o, como más recientemente se les ha denominado, cláusulas de *compliance*. Sobre estas cláusulas, vid. SCHLÖSSER, «Vertraglich vereinbarte Integritätsklauseln und strafrechtliche Haftung der Unternehmensleitung», *Wistra*, (12), 2006, p. 446; BUSEKIST/ÜHLIG, «Third Party Compliance», en HAUSCHKA et al. (dirs.), *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 3ª ed., C.H. Beck, München, 2016, p. 1.150, Nm. 83.

³⁰ AMULIC, «Humanizing the Corporation While Deshumanizing the Individual: The Misuse of Deferred-Prosecution Agreements in the United States», *Michigan Law Review*, (116), 2017, pp. 139 y ss.

³¹ Tal como recuerda metafóricamente COFFEE, «No Soul to Damn: No Body to Kick? An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment», *Michigan Law Review*, (79-3), 1981, pp. 401 en uno de sus seminales artículos: «cuando la empresa coge una resfriado, alguien más estornuda».

³² Vid. PAULSEN, «Imposing Limits on Prosecutorial Discretion in Corporate Prosecution Agreements», *New York City Law Review*, (82-5), 2007, p. 1.449; EPSTEIN, «Deferred Prosecution Agreements on Trial: Lessons from the Law of

neutralizar estos efectos tan contraproducentes está presente, cuanto menos, desde la publicación del Thompson Memo de 2003 cuyo contenido fue importado a los *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* contenidos en el *Justice Manual* tomado como guía por los fiscales norteamericanos en la llevanza de sus investigaciones contra personas jurídicas. Concretamente es en el Apartado 9-28.1100 (b) donde queda dicho que en los casos en los que las consecuencias colaterales de la condena de la empresa para terceros inocentes sean significativas, puede ser apropiado considerar un acuerdo de no persecución con establecimiento de condiciones que, entre otras cosas, estén diseñadas para promover el cumplimiento del Derecho aplicable y prevenir la reincidencia³⁴. Esa preocupación, sin embargo, también resulta extensible al propio castigo penal dirigido a la persona jurídica, pues no cabe duda de que su imposición también repercute negativamente en ese colectivo de partes ajenas al ilícito penal³⁵, extremo éste igualmente advertido por el DOJ en la misma parte del *Justice Manual*.

Entrando en algo más de detalle en las mentadas consecuencias colaterales, y comenzando por la inhabilitación de la empresa para contratar con el sector público, cabe advertir que un buen número de organizaciones se nutren de celebrar contratos gubernamentales en el marco del desarrollo de su actividad de negocio (pensemos, por ejemplo, en las empresas constructoras que recurrentemente participan en licitaciones públicas), de modo que su exclusión a causa de una condena judicial previa ciertamente les comportaría un serio perjuicio. En Estados Unidos son abundantes las normativas reguladoras de específicos sectores de actividad que permiten descalificar a aquellas empresas perseguidas judicialmente³⁶. Algo similar acontece en España donde, con arreglo al artículo 71.1 a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, las personas jurídicas condenadas por un listado cerrado de graves delitos establecido en esa misma legislación administrativa tienen prohibido contratar con la Administración Pública.

Visto lo visto, es normal que tanto los partidarios como los opositores de los NPAs/DPAs coincidan en que estos instrumentos procesales pueden ser realmente útiles como herramienta

Unconstitutional Conditions», en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, p. 41; AMULIC, *Michigan Law Review*, (116), 2017, pp. 135, 137.

³³ La doctrina estadounidense también tiene en cuenta aquí las pérdidas económicas sufridas por los socios. Sin embargo, cabe señalar que recientemente se está comenzando a poner en duda si acaso los accionistas pueden ser considerados realmente partes inocentes frente a una realización típica. En Europa, de hecho, desde la publicación de la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas, el clásico paradigma de la separación entre la propiedad y el control está comenzando a cuestionarse. Este panorama ha suscitado un debate entre los académicos respecto a la posible fundamentación de una responsabilidad penal por omisión en los socios. Sobre ello, vid. CIGÜELA SOLA, «La responsabilidad penal de los accionistas por la criminalidad corporativa», en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DUEÑAS (dir.), *Interés social y gobierno corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionistas*, 2019, pp. 732 y ss.

³⁴ U. S. Department of Justice: *Justice Manual* (Nov. 2018) 9-28.1100 (b).

³⁵ La incidencia que el castigo a la empresa despliega en los intereses de terceras partes ha generado en España un debate doctrinal acerca de si la responsabilidad penal de la persona jurídica vulnera o no el principio de personalidad de las penas. A este respecto, DOPICO GÓMEZ ALLER, «Pero, ¿es que nadie va a pensar en los socios? », *Legal Today*, 2009, p. 1 cree que no hay tanta diferencia en este punto entre las penas dirigidas a personas físicas y las impuestas a personas jurídicas, pues cada vez que se condena a una persona a prisión, quienes dependen económicamente de ella (hijos, pareja, etc.) se ven afectados de modo sumamente negativo. Responde críticamente a este pensamiento GÓMEZ MARTÍN, «Penas para personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobo?», en LANDA GOROSTIZA (dir.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, 2017, pp. 271-274.

³⁶ Con amplias referencias, vid. GARRETT, *Virginia Law Review*, (93-4), 2007, p. 879, nota pie de página nº 118.

para amparar a las empresas frente a esas consecuencias tan ruinosas³⁷. Aun coincidiendo con dicha opinión, interesa precisar que en Estados Unidos existen normativas que reconocen al denominado *debarring official* cierta discrecionalidad para valorar circunstancias tales como el establecimiento de sistemas de internos de prevención delictiva o la prestación de cooperación con las autoridades durante la fase de investigación como factores para considerar excepcionar la exclusión de contratación con el sector público que por regla general procedería acordar³⁸ (así, 48 CFR § 9.406-1³⁹)⁴⁰. Esto da a pensar si mediante disposiciones de este tipo el recurso a los NPAs/DPAs resultaría, al menos en este aspecto, fútil, puesto que las corporaciones que hayan materializado aquellos factores tenidos en cuenta a efectos de descartar la inhabilitación, en teoría, no deberían temer sufrir esa serie de consecuencias colaterales tan desastrosas, toda vez que ya optarían por sortearlas *ex lege* pese a la condena judicial impuesta. El problema es que, pese a lo dispuesto por esos preceptos, las empresas seguirían teniendo razones para continuar resistiéndose a entrar en un *guilty plea*, toda vez que su aceptación precede a la decisión adoptada por la agencia en cuestión de excepcionar a la persona jurídica de una exclusión, por lo cual, en puridad, no es del todo seguro que acaben por verse eximidas en este terreno, lo que implica que en su pronóstico hayan de continuar considerando que una condena judicial puede acabar por generarles posibles consecuencias colaterales como las vistas⁴¹. Consiguientemente, la presencia de los NPAs/DPAs estaría en esta sede plenamente justificada.

Mayores dudas plantean los presuntos costes reputacionales que la persona jurídica afrontaría fruto de su mera imputación formal. Pues, a pesar del temor de la empresa a perder toda o buena parte de la reputación social que tanto le ha costado aunar a lo largo de sus años de actividad⁴², no está nada claro que su persecución en un proceso judicial represente siempre una cuestión de vida y muerte⁴³. Gracias al revelador estudio de corte empírico emprendido por MARKOFF, sabemos que el temido “efecto Andersen”⁴⁴, esto es, la desaparición de la persona jurídica por su simple acusación, no es más que un mito. En su elaborado estudio MARKOFF sigue la pista a un total de 54 sociedades cotizadas condenadas judicialmente mediante *guilty pleas* en algún momento entre los años 2001 y 2010. Tras su análisis, el criminólogo norteamericano llega a la conclusión de que ninguna de las empresas que cerró sus puertas tras la condena penal acordada judicialmente lo hizo por esa razón sino por otras de índole diversa (algunas de ellas, por ejemplo, ya se encontraban al borde de la quiebra). Algo así sólo suele ocurrir cuando la infracción está directamente enlazada con la principal línea de negocio de la

³⁷ Así lo destacan ALEXANDER/COHEN, *American Criminal Law Review*, (52-5), 2015, p. 592.

³⁸ Concretamente, ALEXANDER/ARLEN, en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, p. 139 consideran que a las agencias les compensa excluir a las corporaciones cuando la empresa presenta un alto riesgo de atentar contra sus intereses y ese riesgo no puede ser más eficientemente solventado mediante la imposición de reformas estructurales.

³⁹ <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/48/9.406-1>

⁴⁰ La referencia la he extraído de GARRETT, *Virginia Law Review*, (93-4), 2007, p. 879, nota pie de página nº 118.

⁴¹ ALEXANDER/ARLEN, en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, p. 120.

⁴² El magnate de las finanzas y “gurú de las inversiones”, Warren Buffet, fue tajante cuando expresó: “toma veinte años construir una buena reputación y sólo cinco minutos arruinarla”.

⁴³ Esta expresión es empleada en el pronunciamiento *USA v. Stein*, 435 F. Supp. 2d 330, 381 (S.D.N.Y. 2006).

⁴⁴ Vid. HENNING, «Corporate Criminal Liability and the Potential for Rehabilitation», *American Criminal Law Review*, (46), 2009, p. 1.434.

entidad, tal como ocurrió con el célebre caso Andersen⁴⁵. Es por ello que a este planteamiento MARKOFF lo bautiza con el nombre de modelo del núcleo del negocio (*core business model*)⁴⁶.

En mi opinión, el modelo de MARKOFF goza de un buen potencial explicativo: la empresa sufrirá una estigmatización social que ponga fin a su continuación en el mercado allá donde la infracción penal cometida tambalee su habilidad para desarrollar correctamente el núcleo de su actividad comercial. Y ello porque, en tal caso, los terceros, presumiendo su condición de agentes racionales y maximizadores de su beneficio⁴⁷, perciben un riesgo real de que sus intereses puedan acabar por verse mermados de optar por vincularse con la organización. Por dar un ejemplo, los potenciales clientes de una entidad que ha incurrido en un fraude colectivo sobre la calidad de sus productos disponen de motivos de peso para rechazar adquirirlos precisamente por temer ser ellas las víctimas en un futuro. En cambio, nada de eso ocurriría, a no ser que se antepongan convicciones éticas en la toma de decisiones económicas, cuando la infracción penal o bien no tenga capacidad de incidir directamente en sus intereses (por ejemplo, un delito de cohecho activo) o cuando su efecto sea tan difuso que, al menos a corto plazo, ni siquiera sea perceptible (por ejemplo, un delito medioambiental). Escándalos corporativos como el de las cajas negras de Siemens o el de la alteración de los controles de emisión de Co2 de los automóviles de Volkswagen parecen avalar esta tesis: tanto una como otra entidad siguen a flote a pesar de la gravedad de los ilícitos penales por los que fueron perseguidas.

Con todo, importa subrayar que la sugerente propuesta de MARKOFF tiene en cuenta la clase de delito cometido y su vinculación con la actividad de negocio desarrollada pero deja sin atender otras variables que seguramente pueden incidir también en la percepción por las terceras partes del riesgo de salir perjudicadas: concretamente la información relativa a cómo se ha desarrollado el delito en la empresa (su tolerancia por parte de la gestión corporativa o bien, todo lo contrario, la existencia de un consolidado *tone from the top*, etc.) así como la actitud de la empresa frente al mismo (realización de investigaciones internas, modificación del CMS⁴⁸ adoptado, etc.)⁴⁹. Pues, si bien es cierto que el coste a hacer negocios con una empresa es *prima facie* relevante cuando el delito guarda estrecha relación con el núcleo del negocio, no es menos cierto que ese coste puede relativizarse en caso de que el delito haya sido cometido por una oveja negra mediante la elusión de los controles debidamente implementados y contra el designio de la dirección corporativa o bien cuando la persona jurídica ha demostrado

⁴⁵ Con razón, explican ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 1.528, nota a pie de página nº 95: “Andersen desapareció porque dependía de forma crucial de su reputación de empresa confiable, no sólo por sus clientes sino también por terceros, y su actuación en el caso Enron mostró que quizás lo primero fuera cierto, pero desde luego no lo era lo segundo. Lo anterior, unido a la previsible mayor atención que recibiría en el futuro por parte de las autoridades, hacía que la empresa no resultara competitiva en comparación con otras del sector”.

⁴⁶ MARKOFF, «Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century», *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, (15-3), 2013, pp. 797 y ss. Relativiza también el miedo generado por el caso Andersen ELIASON, «We Need to Indict Them. Deferred Prosecution Agreements Won't Deter Enough Crime», *Legal Times*, (31-38), 2008, pp. 1-2.

⁴⁷ Parten de esa presunción MARKOFF, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, (15-3), 2013, p. 831; ALEXANDER/ARLEN, en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, p. 90.

⁴⁸ Las siglas CMS responden a *compliance management system* (sistema de gestión de cumplimiento).

⁴⁹ Concretamente ALEXANDER/ARLEN, en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, pp. 97-107 manejan tres variables que pueden afectar las expectativas de terceros interesados: clase de delito cometido, información sobre el *statu quo* de la empresa al tiempo de su realización e iniciativas para reducir el riesgo de una futura reiteración delictiva.

sobradamente tanto una actitud modélica en la prevención, detección y reacción de la delincuencia de empresa como el emprendimiento de reformas estructurales para reducir el riesgo de que vuelvan a ocurrir hechos de esa naturaleza.

Tras haber desmentido que una imputación formal despliegue siempre y automáticamente costes reputacionales a la empresa, otra cuestión no menos importante es la de si acaso es acertado estimar los NPAs/DPAs como la panacea en términos de evitación de costes de dicha naturaleza y, por tanto, conviene acudir a ellos cuando sea previsible, conforme a las consideraciones hechas, que una condena judicial los desencadenará⁵⁰. Las cosas tampoco parecen estar del todo claras en este punto. ALEXANDER y ARLEN han tenido ocasión de justificar que, dado el tipo de información que diseminan en el mercado, los NPAs/DPAs son también capaces de estigmatizar socialmente⁵¹. En efecto, pese a que el proceso de negociación de estos acuerdos se produce siempre a puerta cerrada⁵², ocurre que su contenido, por regla general, es accesible al público⁵³ ⁵⁴, aunque en ocasiones se haya omitido reproducir adrede toda la información que desearía conocerse⁵⁵. Y resulta que en dichos acuerdos, al igual que con los *guilty pleas*, cabe hallar datos que pueden incidir en la percepción de riesgo por las terceras partes, siendo estos coincidentes con las variables antes mentadas: información sobre la clase de delito cometido, el *statu quo* de la empresa al tiempo de su comisión y la reacción corporativa a efectos de reducir el riesgo a que en un futuro se repitan tales hechos. Da la impresión, por lo visto, que los NPAs/DPAs no son realmente tan ventajosos en esta sede como tiende normalmente a creerse.

b. Celeridad, ahorro de costes y colaboración empresarial. Los beneficios para el Estado

Los juicios suelen ser vistos como procesos largos y significativamente costosos. Es por ello que el recurso a los NPAs/DPAs ha solido calificarse como una buena ruta de escape respecto a esta serie de inconvenientes a fin de ganar en celeridad y ahorrar en recursos públicos. Nos encontramos, pues, ante un argumento de pura economía procesal normalmente aducido en favor de la operatividad del principio de oportunidad en general⁵⁶. Pareciese, con lo dicho, que

⁵⁰ MARKOFF, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, (15-3), 2013, p. 835 cree que el DOJ sólo debe emplear los DPAs cuando, conforme a su modelo del núcleo de negocio, se prevea que una condena judicial pondrá en peligro la supervivencia de la empresa.

⁵¹ Vid. ALEXANDER/ARLEN, en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, pp. 87 y ss.

⁵² REILLY, «Sweetheart Deals, Deferred Prosecution and Making a Mockery of the Criminal Justice System: U.S. Corporate DPAs Rejected in Many Fronts», *Arizona State Law Journal*, (50), 2018, pp. 1.164-1.165. También en Argentina se guarda una estricta confidencialidad tanto de la negociación entre la persona jurídica y el Ministerio Fiscal como de la información que se intercambia en el marco de ésta, hasta el punto de que su revelación es castigada penalmente (artículo 17 de la Ley 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de cohecho, concusión y otros delitos). Más transparente es el proceso en el Reino Unido, dividido en dos fases: una primera, opaca, si es que todavía no es seguro que vaya a alcanzarse un DPA, y otra, sujeta al escrutinio público, programada para cuando existe una convicción de que las partes van a celebrar un acuerdo (*Schedule 13* de la *Crime and Courts Act* de 2013).

⁵³ ALEXANDER/ARLEN, en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, p. 100. Matizan, sin embargo, que algunos NPAs/DPAs no eran inicialmente accesibles al público y para acceder a su contenido tuvieron que presentarse varios requerimientos GARRETT, «The Metamorphosis of Corporate Criminal Prosecutions», *Virginia Law Review*, (101-19), 2016 b, p. 71; REILLY, *Arizona State Law Journal*, (50), 2018, pp. 1.164-1.165.

⁵⁴ El profesor GARRETT, junto con la ayuda de ASHLEY, han realizado una magnífica labor de indexación de gran parte de los NPAs/DPAs alcanzados hasta el momento. Disponible en: <http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/about.html> (visitado el día 01/03/2020).

⁵⁵ GARRETT, *Virginia Law Review*, (101-19), 2016 b, pp. 70-71.

⁵⁶ NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, p. 65.

las empresas norteamericanas se hallan en una disyuntiva de difícil resolución: o bien afrontar un juicio y una posible condena posterior o bien negociar un NPA/DPA con la fiscalía. No obstante, resultaría errado plantear la cuestión en estos términos⁵⁷, cuanto menos, en dicho país. Recordemos que en Estados Unidos la vasta mayoría de condenas judiciales son logradas a partir de acuerdos procesales (*guilty pleas*) cuya introducción en el ordenamiento jurídico estadounidense, previa a la de los NPAs/DPAs, pretendió justamente sortear las desventajas ligadas a la celebración de juicios⁵⁸. Es decir, tanto los *guilty pleas* como los NPAs/DPAs comparten entre sí una característica común: servir como válidas herramientas en pos de una resolución del caso más ágil y económica. No obstante, en tanto que los primeros acarrear una declaración de culpabilidad y una condena judicial de la persona jurídica que los últimos son capaces de impedir, es en otro plano, ya examinado con anterioridad, donde yace su diferencia: el del desencadenamiento de consecuencias colaterales (más en concreto, la exclusión de la empresa para contratar con el sector público). Es decir, no es característica exclusiva de los NPAs/DPAs la evitación de largos y costos juicios, puesto que también los *guilty pleas* fueron introducidos con esa intención, algo que, a la vista de la información empírica disponible, ha conseguido lograrse exitosamente, dada la minimización de su celebración hasta niveles de práctica excepcionalidad⁵⁹.

Paralelamente, a los NPAs/DPAs se les anuda una triunfante capacidad para promover una colaboración por parte de las empresas investigadas, al tratarse precisamente de uno de los presupuestos ineludibles para su concesión. Colaboración que parece antojarse necesaria buena parte de las veces. Pensemos que investigar sobre una presunta realización típicamente relevante acontecida en el seno de una entidad empresarial demanda del ejercicio de una serie de prácticas (entrevistar a empleados, contratar expertos en investigación forense, revisar documentación, etc.) que o bien suelen acarrear un coste que el Estado no siempre está en condiciones de sufragar⁶⁰ o bien reclaman de una inversión de tiempo que dificulta seriamente a los poderes públicos investigar paralelamente otros ilícitos corporativos⁶¹. El Estado, al momento de perseguir la criminalidad de empresa, se sitúa en una desmejorada posición para penetrar dentro del “ecosistema” de la organización, debido a su menor capacidad o al considerable gasto que supone descubrir desde fuera los ilícitos penales cometidos o bien, una vez descubiertos, identificar y sancionar a los sujetos infractores⁶². Y máxime a tenor del usual nivel de opacidad y complejidad que puede presentar la organización⁶³, las dificultades que acarrea detectar los daños provocados por el ilícito corporativo⁶⁴ o la recurrente multiplicidad

⁵⁷ NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, p. 65.

⁵⁸ ALEXANDER/COHEN, *American Criminal Law Review*, (52-3), 2015, p. 543.

⁵⁹ Sobre el reciente uso de estos acuerdos negociados vid. ALEXANDER/COHEN, *American Criminal Law Review*, (52-3), 2015, p. 591.

⁶⁰ Destaca los limitados recursos que dispone el Estado para luchar contra la criminalidad corporativa BROWN, «The Problematic and Faintly Promising Dynamics of Corporate Crime Enforcement», *Ohio State Journal of Criminal Law*, (1), 2004, p. 539.

⁶¹ ARLEN, *NYU University School of Law Research Paper*, (17-12), 2017, p. 1.

⁶² Vid. BROWN, *Ohio State Journal of Criminal Law*, (1), 2004, pp. 526 y ss.; ARLEN, «Removing Prosecutors from the Boardroom: Limiting Prosecutorial Discretion to Impose Structural Reforms», en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, pp. 70-71; GRIFFIN, L. K: «Inside-Out Enforcement», en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, p. 113.

⁶³ ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones materiales», en V.V.A.A., *Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, 2016, p. 186, Nm. 1.499.

⁶⁴ COFFEE, «Making the Punishment Fit the Corporation: The Problems of Finding an Optimal Corporation Criminal Sanction», *Northern Illinois Law Review*, (1-3), 1980, p. 8 afirma que rara vez la víctima de un delito corporativo será

de intervinientes involucrados en el evento delictivo, muchas veces desaparecidos (por haber fallecido o haber abandonado hace años la organización, por ejemplo) o desconocidos por completo como consecuencia del clima de anonimato propiciado en la estructura de empresa⁶⁵, especialmente cuando ésta presenta grandes dimensiones⁶⁶ o interviene a nivel internacional. En definitiva, dadas estas dificultades, la probabilidad de detección por el Estado de los crímenes de empresa tiende a ser reducida⁶⁷.

A la vista del panorama descrito, no es de extrañar la acentuada necesidad de que las empresas extiendan su mano colaboradora a fin de dar con los culpables individuales⁶⁸. Después de todo, nadie mejor que la organización conoce su actividad de negocio, su estructura o los protocolos internos de actuación, resultándole mucho más sencillo detectar el evento antijurídico, obtener aquella información que conduzca hacia sus intervinientes⁶⁹ mediante la ejecución de actuaciones de distinta índole (revisión de los e-mails contenidos en el correo corporativo, entrevistas a los empleados, ejecución de búsquedas de información mediante tecnología forense, etc.) y recopilar fuentes de prueba que sirvan para incriminarlos. En fin, su ayuda resulta inestimable con tal de asegurar que los ilícitos cometidos no se mantienen al margen del espectro de conocimiento del Estado con tal de que acabe haciendo uso del *ius puniendi* del que es titular.

Queda claro, por lo expuesto, que el Estado posee una legítima pretensión de fomentar una alianza con las organizaciones a fin de perseguir mejor y al menor coste posible la criminalidad de empresa. La pregunta que se suscita, entonces, es si acaso esa ansiada cooperación empresarial únicamente cabe obtenerla recurriendo a los NPAs/DPAs, sin negar que estos instrumentos negociales consiguen lograrla exitosamente. Pues, tras haber relativizado en parte la cuestión de las consecuencias colaterales, en Estados Unidos todavía estaría disponible una tercera vía de uso mayoritario en la *praxis*, los *guilty pleas*, que, del mismo modo que los acuerdos precedentes, condicionan su ofrecimiento a la prestación de colaboración efectiva por la empresa⁷⁰. Aparte, tengo la impresión de que el factor clave que subyacería en el adecuado aliento de una consistente colaboración empresarial radicaría, antes bien, en el establecimiento de una eficaz política legislativa que ofrezca suficientes incentivos como para que una empresa colija que le compensa más auxiliar a las autoridades antes que tolerar y/o encubrir el delito⁷¹.

consciente de que sus intereses han sido lesionados. Así, por ejemplo, la víctima de una práctica de fijación de precios probablemente no sepa que ha pagado un producto o servicio en exceso. Por eso, este autor afirma que para que esta clase de eventos antijurídicos sean descubiertos se precisa una confesión desde dentro. También pone de relieve los problemas de detectar los daños causados por el delito de empresa ARLEN, «Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence», en HAREL/HYLTON (eds.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, 2012, p. 163.

⁶⁵ Vid. BUELL, «Criminal Procedure Within the Firm», *Stanford Law Review*, (59-6), 2007, p. 1.625.

⁶⁶ Sobre las ventajas que asisten a las grandes empresas en el encubrimiento de sus delitos en comparación con las pequeñas, vid. BROWN, *Ohio State Journal of Criminal Law*, (1), 2004, p. 528.

⁶⁷ Vid. ARLEN, en HAREL/HYLTON (eds.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, 2012, p. 163.

⁶⁸ Explica ARLEN, *NYU University School of Law Research Paper*, (17-12), 2017, p. 1: “cuando los fiscales deben detectar e investigar cada caso por su cuenta y llevar cada caso a juicio, se detectan pocos delitos, se investigan a fondo aún menos, y pueden ejercerse todavía menos acciones legales”.

⁶⁹ Vid. ARLEN, en HAREL/HYLTON (eds.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, 2012, p. 166.

⁷⁰ Identifican entre las características comunes de los NPAs/DPAs y los *plea agreements* la aceptación por parte de la empresa de cooperar con las autoridades ALEXANDER/COHEN, *American Criminal Law Review*, (52-3), 2015, p. 538.

⁷¹ De hecho, este es el primer paso que BAER, «When the Corporate Investigate Itself», en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, pp. 314-315 da en su análisis: valorar cuál es el mejor modelo de responsabilidad penal para que las empresas sean correctamente inducidas para querer llevar a cabo investigaciones internas.

En este sentido, pienso que una propuesta político-legislativa altamente prometedora es aquella que ARLEN bautiza con el nombre de régimen multinivel basado en el cumplimiento de deberes (*multi-tiered duty-based regime*)⁷². Este modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica no condiciona la respuesta sancionadora del Estado en función de si se han cumplido íntegramente todas aquellas medidas orientadas hacia el aumento de la probabilidad de detección del delito (implementar un CMS, confesar el delito y colaborar con las autoridades), conocidas formalmente como medidas de indagación (*policing measures*)⁷³. En vez de eso, valora de manera independiente cada uno de los pasos *ex ante* y *ex post* dados secuencialmente por la organización y modula la sanción a imponer en función de los que se han cumplido y los que se han transgredido, siempre y cuando sea constatable con carácter previo la comisión de un delito en la organización. Mediante este modo de proceder, se deja claro, desde buen comienzo, cuales son las medidas que se pretende que se lleven a cabo (adoptar un CMS adecuado, confesar el delito y colaborar con las autoridades) y cuales son las consecuencias correlativas (tanto positivas como negativas) que la empresa afrontará en cada caso (tanto si satisface las medidas referidas como si no). De este modo, la consecuencia sancionatoria guarda una entera dependencia con la actitud adoptada por la empresa, toda vez que la menor o mayor gravedad de la primera vendrá condicionada por las medidas que la organización opte por emprender. El objetivo es asegurar que, a la hora de la verdad, la entidad que actúa en línea con el Derecho se halla en mejores condiciones que la transgresora, ofreciéndose una incentivación adecuada para alentar en cada momento a la organización a que satisfaga las mentadas acciones preejecutivas y postejecutivas. Dicho con otras palabras, el *multi-tiered duty-based regime* perseguiría que las corporaciones perciban que el beneficio obtenido por ejecutar las medidas de indagación es superior en comparación a cuando ello no tiene lugar, lanzándose el mensaje que cuánto más actúen conforme al sentido anhelado por el Estado, mayores serán las gratificaciones a recibir⁷⁴.

Sea como fuere, poco importa que las empresas sean adecuadamente incentivadas en aras de que cooperen con las autoridades si luego el Estado plantea mal la estrategia colaborativa público-privada⁷⁵. Particularmente sería ineficiente que la fiscalía espere pacientemente a que las investigaciones internas concluyan⁷⁶ para luego confiar ciegamente en la información

⁷² ARLEN, en HAREL/HYLTON (eds.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, 2012, pp. 177 y ss.

⁷³ ARLEN/KRAAKMAN, «Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes», *New York University Law Review*, (72-4), 1997, pp. 694, 706.

⁷⁴ Con todo, debe notarse que ARLEN, *NYU University School of Law Research Paper*, (17-12), 2017, pp. 1 y ss., sí considera que su modelo puede disuadir mejor mediante un coordinado uso de los NPAs/DPAs. Su opinión la sustenta en un par de razones que ya tuvimos ocasión de examinar: la minimización de consecuencias colaterales (concretamente las relativas a la exclusión de la empresa para contratar con el sector público) y la evitación de largos y costosos juicios.

⁷⁵ BAER, en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, p. 323 pone de relieve que el responsable de diseñar políticas públicas debe decidir cuál es el mejor modo de estructurar la relación del investigador con el fiscal.

⁷⁶ Investigaciones internas que, por supuesto, deben desarrollarse conforme a Derecho si lo que se pretende es obtener un material probatorio jurídicamente válido de cara a un futuro proceso. En Estados Unidos las preocupaciones doctrinales gravitan esencialmente en torno a la protección del privilegio abogado-cliente, el desarrollo de las entrevistas realizadas con los empleados y cuestiones relativas a privacidad a propósito de la revisión de documentos e información electrónica. Al respecto vid. BAER, en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, pp. 315-323; ARLEN/BUELL, «The Law of Corporate Investigations and the Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement», *NYU School of Law Public Law Research Paper*, (19-43), 2020, pp. 13 y ss. Por lo que respecta a los límites de las investigaciones internas ejecutadas en España desde una óptica jurídico-laboral y penal, vid. NIETO MARTÍN, «Investigaciones internas», en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, 2015, pp. 242 y ss.; GÓMEZ MARTÍN, «Compliance y derecho de los trabajadores», en MIR PUIG et al., (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, 2014, pp. 429 y ss.

entregada⁷⁷, en cuyo caso, pareciese que más que hablar de una colaboración *stricto sensu* haríamos referencia a una plena delegación de competencias Estado-empresa. Si eso acontece, como advierte COPELAND, se corre el riesgo de que los datos recabados meramente reflejen parte de la historia, bien porque el abogado que haya dirigido la investigación omita dejar por escrito todo aquello descubierto a fin de preservar el privilegio abogado-cliente o el privilegio del producto de trabajo, bien por hacer cargar todo el peso de la responsabilidad penal individual en un chivo expiatorio que jugó un papel tangencial en el ilícito en comparación con un alto cargo que interesa perseguir⁷⁸ (“desplazamiento del riesgo”). Es decir, la búsqueda de la verdad procesal⁷⁹ acabaría siendo abandonada en pos de una verdad adulterada⁸⁰, facilitada por el hecho de que ni siquiera las circunstancias relativas a la comisión del delito son validadas con posterioridad por un juez⁸¹. Evidentemente la causa penal seguida contra la persona jurídica conseguiría cerrarse, pero la calidad del saldo final obtenido dejaría, al menos en este aspecto, mucho que desear.

Con tal de evitar que algo como lo descrito ocurra, no comparto, sin embargo, que, conforme lo sostenido de COPELAND, haya de ser el Estado el que por sí solo investigue el delito de principio a fin⁸², dado que, como hemos razonado, éste no siempre va a estar en la mejor posición para dirigir una pesquisa que llegue a buen puerto⁸³. Por su proximidad a lo acontecido y su más robusto conocimiento sobre cómo se desenvuelven las cosas en su seno, sigo creyendo que son las organizaciones las que están en mejores condiciones para aumentar la probabilidad de persecución de los responsables individuales del delito económico. Sin embargo, ello en nada obsta para que los poderes públicos se coordinen de uno u otro modo con los agentes privados con tal de mitigar los efectos contraproducentes alertados, práctica ésta que, desde luego, demanda de una inversión de recursos públicos acorde a las circunstancias⁸⁴. Lo atinado, por tanto, es concebir las investigaciones internas como un mero complemento de las investigaciones públicas, no como un sustitutivo⁸⁵. A estos efectos, la doctrina ha barajado una serie de modelos de colaboración público-privada cuya elección dependerá del caso concreto. Siguiendo a BAER, los tres principales modelos sugeridos han sido los siguientes: (a) modelo secuencial: la empresa es responsable de recolectar en primera instancia fuentes de prueba sobre el ilícito para luego trasladárselas a la fiscalía con tal de que continúe con las labores de investigación; (b) modelo cooperativo: los agentes públicos y privados investigan al mismo tiempo el delito, comparten información entre sí y trabajan prácticamente codo a codo, pese a que los primeros son los que inevitablemente dirigen las pesquisas; (c) modelo competitivo: ambos investigadores, públicos y privados, trabajan de forma independiente, como si de

⁷⁷ COPELAND, «The Yates Memo: Looking for ‘Individual Accountability’ in All the Wrong Places», *Iowa Law Review*, (102), 2015, p. 1.924.

⁷⁸ COPELAND, *Iowa Law Review*, (102), 2015, p. 1.924. También, NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, pp. 344 y ss.

⁷⁹ TARUFFO, «La verdad en el proceso», *Derecho & Sociedad*, (40), 2013, pp. 246-247.

⁸⁰ Cree que las investigaciones internas suponen un enorme riesgo en la búsqueda de la verdad NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, p. 79.

⁸¹ ALEXANDER/ARLEN, en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, p. 110.

⁸² COPELAND, *Iowa Law Review*, (102), 2015, p. 1.924. Le da la razón REILLY, *Arizona State Law Journal*, (50), 2018, p. 1.168.

⁸³ COPELAND, *Iowa Law Review*, (102), 2015, p. 1.925 reconoce que su aproximación es más costosa. Coste que, como sabemos, el Estado, en ocasiones, no va a poder sufragar.

⁸⁴ Insisten en la necesidad de invertir recursos públicos en las causas penales dirigidas contra personas jurídicas GARRETT, *Virginia Law Review*, (101-19), 2016 b, p. 71; NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, p. 84.

⁸⁵ NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, p. 347.

adversarios se tratasen, y buscan ser los primeros en recopilar fuentes de pruebas acerca del hecho antijurídico⁸⁶.

2.2. Críticas

a. Amplia discrecionalidad de la fiscalía

Una de las más punzantes críticas a las que se han visto expuestos los NPAs/DPAs en Estados Unidos ha sido la amplísima discrecionalidad, exenta prácticamente de restricciones, de la que goza la fiscalía⁸⁷, proyectada, de entrada, a la hora de decidir cuando una empresa amerita optar por uno de estos instrumentos. Nadie, a excepción del propio DOJ, conoce cuál es el criterio material seguido, incertidumbre ésta a la que, sin duda, ha contribuido la inexistencia de un marco general que delimite los contornos de los NPAs/DPAs⁸⁸ – salvo por las escasísimas directrices emitidas por el DOJ en el *Justice Manual* sobre cuando los *mandates* pueden resultar apropiados⁸⁹ – así como la falta de control judicial⁹⁰. Lo único que, por el momento, sabemos, gracias a la información empírica recopilada por GARRETT, es que la fiscalía norteamericana tiende a privilegiar a empresas de gran tamaño y corporaciones nacionales por encima de pymes y organizaciones extranjeras que, la mayor parte de las veces, acaban por ser perseguidas judicialmente⁹¹. Pese a que el DOJ no ha ofrecido todavía una explicación o justificación a semejante persecución diferencial⁹², la academia ha intentado aclarar el porqué de esta tendencia:

⁸⁶ Vid. BAER, en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, pp. 323-326.

⁸⁷ REILLY, *Arizona State Law Journal*, (50), 2018, p. 1.167; ARLEN, «Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed through Deferred Prosecution Agreements», *Journal of Legal Analysis*, (8-1), 2016, pp. 191 y ss.; COFFEE, «Deferred Prosecution: Has It Gone Too Far?», *National Law Journal*, 2005, p. 1.

⁸⁸ Alertan sobre este vacío regulatorio GARRETT, *Virginia Law Review*, (93-4), 2007, p. 893; ARLEN/KAHAN, «Corporate Governance Regulation through Nonprosecution», *University of Chicago Law Review*, (84-1), 2017, p. 327.

⁸⁹ Vid. ARLEN, *Journal of Legal Analysis*, (8-1), 2016, pp. 220-221, 228.

⁹⁰ Como explicamos, los NPAs se desenvuelven completamente extramuros del contexto judicial, dado que la fiscalía omite presentar cargos formales contra la empresa, razón por la cual, el juez tan siquiera llega a albergar conocimiento del asunto investigado. Eso no ocurre con los DPAs, puesto que la fiscalía acusa formalmente a la empresa, pese a que luego suspenda tal acusación. De todos modos, poco importa eso en Estados Unidos. Al juez se le priva prácticamente de cualquier facultad de veto en relación con el DPA. Sólo, y por primera vez, en *USA v. Fokker Services B.V.*, Docket No. 1:14-cr-00121 (D.D.C. Jun 04, 2014) el juez Richard Leon tuvo a bien anular el DPA alcanzado por considerar inadmisibles la falta de previsión de una acusación formal contra los responsables individuales del delito y la permisividad de que estos siguiesen en sus puestos de trabajo. No obstante, este pronunciamiento fue apelado y anulado por un tribunal superior en *USA v. Fokker Services B.V.*, 818 F.3d 733, 742 (D.C. Cir. 2016) al concluirse que entre las atribuciones del juez no se encuentra la de controlar ni las condiciones impuestas en el DPA ni tampoco su cumplimiento, siendo este cometido exclusivo de la fiscalía. Pese a todo, sí se han llegado a reconocer algunas excepciones (pocas) a esta regla general. Mientras que, a juicio del DOJ, el DPA solamente podría ser rechazado judicialmente cuando la fiscalía lo esté empleando para burlar la *Speedy Trial Act* que establece límites temporales para completar las diferentes fases del proceso penal, hay quien, como el juez John Gleeson del caso *HSBC Bank*, ha considerado que esta posibilidad sólo podría darse si el DPA viola la Constitución norteamericana o la política del DOJ (*USA v. HSBC Bank*, US, WL 3306161*3 (EDNY, July 1, 2013)). Mucho más pronunciado es comparativamente el poder que al juez se le reconoce en las conformidades (*guilty plea*). Aquí la fiscalía recomienda una sanción penal pero es el juez quien tiene la última palabra a efectos de determinar la sentencia apropiada a imponer al investigado. Sobre todo lo explicado, vid. ARLEN, *Journal of Legal Analysis*, (8-1), 2016, pp. 217-219.

⁹¹ GARRETT, «Globalized Corporate Prosecutions», *Virginia Law Review*, (97-8), 2011, p. 1.811. También, destacan DIAMANTIS/LAUFER, *Annual Review of Law and Social Science*, (51), 2019, p. 458 que un número de NPAs/DPAs se reserva para grandes corporaciones. Críticamente, aboga UHLMANN, «Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability», *Maryland Law Review*, (27), 2013, pp. 1.327 y ss., por que el DOJ desarrolle unos estándares que aseguren que la posibilidad de acceder a un DPA no dependa de los recursos financieros de la empresa o de su *status* nacional o internacional.

⁹² ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 1.532.

Se cree que las empresas de grandes dimensiones suelen ser favorecidas, además de por su mayor capacidad de negociación y otras razones de índole diversa⁹³, porque la actividad que desarrollan es tan valiosa para el mercado que, ante el temor de ponerla en riesgo si son llevadas a juicio, las autoridades públicas optan por omitir perseguirlas⁹⁴. Es decir, del *too big to fail*⁹⁵ (“demasiado grande para caer”), expresión ésta surgida en el marco de la crisis bancaria del año 2008 referida a la necesidad de rescatar a aquellas instituciones financieras cuya quiebra es capaz de redundar en serio perjuicio de la economía (como ocurrió con Lehman Brothers en Estados Unidos o con Bankia en España), pasamos al *too big to jail*⁹⁶ (“demasiado grande para ir a la cárcel”). Paradójicamente, ocurre, entonces, que aquellas organizaciones que, con arreglo a sus características, cuentan con un mayor potencial para lesionar los intereses de la sociedad civil⁹⁷ – lo que se constata a propósito de las serias consecuencias dañinas derivadas del ilícito penal por el que están siendo investigadas⁹⁸ – son las que acaban por recibir un tratamiento procesal visto como más benévolo. Mientras, parte de la academia ha conjeturado que las sociedades mercantiles extranjeras tienden a ser llevadas a juicio a causa de los serios óbices a los que hace frente el DOJ a la hora de comprobar el cumplimiento de las condiciones del acuerdo pre-procesal alcanzado, especialmente cuando se contempla la imposición de medidas de reforma estructural⁹⁹.

Volviendo a la cuestión de la discrecionalidad de la fiscalía, cabe subrayar que ésta persiste al momento de fijar las cláusulas de los acuerdos de no persecución, además de por los preocupantes factores previamente señalados – recordemos: la inexistencia de unas directrices que delimiten sus contornos y la falta de control judicial –, debido también la unidireccionalidad que los caracteriza. La empresa carece de toda capacidad negocial, lo que significa que sólo puede sopesar si le compensa aceptar aquellas condiciones establecidas libremente por la fiscalía en una clara posición de desequilibrio¹⁰⁰. En la *praxis* esta situación ha

⁹³ Vid. DIAMANTIS/LAUFER, *Annual Review of Law and Social Science*, (51), 2019, p. 459.

⁹⁴ NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, p. 73.

⁹⁵ Vid. SORKIN, *Too Big to Fail: The Inside Story of How Wall Street and Washington Fought to Save the Financial System from Crisis — and Themselves*, 2009, pp. 1 y ss.

⁹⁶ Vid. GARRETT, *Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations*, 2014, pp. 1 y ss.

⁹⁷ Desde un posicionamiento altamente crítico hacia el mundo corporativo, los criminólogos TOMBS/WHYTE, *The Corporate Criminal. Why Corporations Must Be Abolished*, 2015, pp. 30-70 han desarrollado una interesante investigación empírica acerca del potencial lesivo desplegado por las organizaciones empresariales. Investigación que no sólo focalizan en los delitos cometidos en grandes corporaciones (“casos monstruosos”, les llaman) sino que amplían a aquellos crímenes producidos en entidades de medianas y pequeñas dimensiones.

⁹⁸ Piénsese, por ejemplo, en los billones de dólares que fueron defraudados a la Hacienda pública norteamericana entre los años 1996 y 2002 gracias al auxilio prestado por la auditoría y entidad de asesoramiento KPMG (falseamientos financieros, ocultación de documentos, etc.) a favor de sus clientes. Pese al grave impacto de sus acciones, KPMG alcanzó un DPA con la fiscalía en agosto de 2005. Disponible en: <http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/kpmg.pdf> (visitado el día 04/03/2020)

⁹⁹ ORTIZ DE ÚRBINA GIMENO/CHIESA, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 1.532.

¹⁰⁰ No me atrevería a calificar los NPAs/DPAs como un contrato de adhesión, tal como lo hace GIMENO BEVIÁ, en CASTILLEJO MANZANARES (dir.), *Nuevos debates en torno a la justicia española*, 2017, p. 59. También los califica como contratos REILLY, *Arizona State Law Journal*, (50), 2018, pp. 1.113, 1.115. Bien es cierto que la entidad accede voluntariamente al cumplimiento del conjunto de condiciones impuestas en el acuerdo de no persecución en aras de eludir las nefastas consecuencias derivadas del enjuiciamiento formal que tanto teme. Su consentimiento no es producto ni de coacciones ni de amenazas. Sin embargo, los NPAs/DPAs no deberían ser tratados como meros contratos privados precisamente porque la fiscalía, desde una clara posición de superioridad, ejerce, presuntamente en pos de la consecución de fines públicos legítimos, un amplio poder gubernamental a lo largo de la negociación que le permite o bien diferir la persecución o bien, todo lo contrario, perseguir formalmente a la corporación en caso de que ésta rechace las condiciones del acuerdo o en el supuesto de aceptarlas pero incumplirlas posteriormente. Así lo cree ARLEN, *Journal of Legal Analysis*, (8-1), 2016, p. 212. Pone en duda también que los NPAs/DPAs puedan ser tratados como meros

conducido hacia la materialización de algún que otro abuso, concretado en la imprevisibilidad de los presupuestos que la organización va a tener que satisfacer¹⁰¹ o incluso, durante el tiempo en que estuvo vigente el Thompson Memo y el McNulty Memo, en la habitual exigencia de renunciar a ciertos derechos procesales – concretamente el privilegio abogado-cliente (*attorney-client privilege*) y el privilegio del producto de trabajo (*work product-privilege*)¹⁰² –, fomentándose, a estos efectos, una auténtica “cultura de la renuncia”¹⁰³.

Por si fuese poco, le corresponde también a la fiscalía enjuiciar el grado de desempeño por la persona jurídica del conjunto de presupuestos que ella misma impone¹⁰⁴, razón por la cual, un sector de la doctrina le adscribe el rol tanto de juez como de parte¹⁰⁵. Semejante forma de proceder puede conducir a resultados tremendamente perversos, pues si la empresa coopera mediante el suministro de información y material probatorio pero luego la fiscalía estima que ha incumplido el acuerdo, entonces, toda la información diseminada podría ser utilizada en su contra a la hora de perseguirla judicialmente, lo que, a todas luces, refuerza la probabilidad de una futura condena¹⁰⁶. La falta de un estándar claro de medición acerca del cumplimiento de las condiciones convenidas no permite garantizar que en la *praxis* no lleguen a producirse tratos injustos. Y aun cuando la empresa pretenda manifestar su disentimiento contra la declarada transgresión de los términos del acuerdo, será, de todos modos, la propia fiscalía la que resuelva la súplica extra-judicial cursada¹⁰⁷.

Frente a un panorama tan incierto, buena parte de la doctrina, con tal de otorgar una mayor seguridad jurídica a las organizaciones y recortar la holgada autoridad concedida a la fiscalía, ha visto necesario proponer un par de mecanismos correctivos coincidentes con las dos vías empleadas normalmente en los sistemas legales modernos a efectos de restringir la discrecionalidad del poder ejecutivo y asegurar su ejercicio conforme a las exigencias del imperio de la ley (*rule of law*): primero, imponer limitaciones *ex ante*, y segundo, contemplar una revisión *ex post* de la decisión adoptada¹⁰⁸. Concretamente, las herramientas sugeridas han sido las siguientes:

contratos entre particulares CUNNINGHAM, «Deferred Prosecutions and Corporate Governance: An Integrated Approach to Investigation and Reform», *Florida Law Review*, (66-1), 2014, pp. 41 y ss.

¹⁰¹ PAULSEN, *New York City Law Review*, (82-5), 2007, pp. 1.459-1.462; ARLEN/KAHAN, *University of Chicago Law Review*, (84-1), 2017, p. 326.

¹⁰² Mientras que el privilegio abogado-cliente ampara las comunicaciones entabladas entre los miembros de la organización y el abogado de la corporación, el privilegio del producto de trabajo hace lo propio con aquel material escrito recopilado con carácter antecedente a la celebración de un litigio.

¹⁰³ El fomento de una “cultura de la renuncia” durante el periodo señalado trae causa de que buena parte de las investigaciones internas en Estados Unidos son dirigidas por abogados de empresa con tal de que los resultados de la pesquisa (la memoria de las entrevistas, el relato de los hechos, etc.) consigan estar bajo la cobertura de los privilegios antes mentados. Por esa razón, sólo si la empresa renuncia al amparo procesal jurídicamente garantizado la fiscalía se encuentra legitimada para tener acceso a esa documentación. A este respecto, vid. COPELAND, *Iowa Law Review*, (102), 2015, pp. 1902, 1.905, 1.908.

¹⁰⁴ REILLY, *Arizona State Law Journal*, (50), 2018, p. 1.167.

¹⁰⁵ GIMENO BEVIÁ, en CASTILLEJO MANZANARES (dir.), *Nuevos debates en torno a la justicia española*, 2017, p. 60; EPSTEIN, «The Deferred Prosecution Racket», *The Wall Street Journal*, 2006, p. 1.

¹⁰⁶ GARRETT, *Virginia Law Review*, (93-4), 2007, pp. 927-928; SENKO, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, (19), 2009, p. 177.

¹⁰⁷ SENKO, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, (19), 2009, p. 178.

¹⁰⁸ Vid. ARLEN, *Journal of Legal Analysis*, (8-1), 2016, pp. 206 y ss.

(1) Publicar unas directrices que, de antemano, esclarezcan cuándo cabe negociar un acuerdo con la empresa investigada y delimiten el contenido de las posibles condiciones a cumplir¹⁰⁹ no sólo a fin de evitar que casos similares sean tratados de un modo apreciablemente distinto¹¹⁰ sino también para abandonar la idea de una oportunidad procesal pura por otra algo más reglada¹¹¹. De este modo ha procedido, por ejemplo, Reino Unido por medio de la *Schedule 17* de la *Crime and Courts Act* del año 2013, donde aparecen regulados aspectos tan cruciales de los DPAs ingleses tales como sus características, efectos en el procedimiento judicial o contenido. El Congreso de Estados Unidos, desde el año 2009, ha intentado en diversas ocasiones aprobar una legislación en esta materia (*Accountability in Deferred Prosecution Act*, llevaba como nombre) pero, por una cosa u otra, nunca ha acabado de ver la luz¹¹².

(2) Contemplar un efectivo control judicial tanto durante el trámite negocial como tras la adopción del acuerdo con tal de garantizar una revisión imparcial de sus condiciones así como su grado de cumplimiento (o, en su caso, transgresión)¹¹³, propuesta ésta que, pese a carecer de validez en los NPAs, dada su total ajenidad al ámbito judicial, sí que cabría aplicar en los DPAs. Justo algo como lo descrito ocurre en Reino Unido donde el juez goza de la potestad tanto de revisar el DPA alcanzado a fin de comprobar si sirve intereses de justicia y si sus términos son justos, razonables y proporcionados¹¹⁴ como de revisar la transgresión alegada por la fiscalía. Mientras, en el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas argentino el artículo 19 de la Ley 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de cohecho, concusión y otros delitos reconoce al juez la capacidad de controlar el contenido de los llamados acuerdos de colaboración celebrados entre la empresa y el Ministerio Fiscal con miras a decidir su aprobación, observación o rechazo. Igualmente, en Francia, bajo la cobertura de la *Loi Sapin II*, el conocido acuerdo judicial en interés público (*convention judiciaire d'intérêt public*) es presentado en una audiencia pública para luego ser revisado por el juez quien puede o no aprobarlo. Con todo, algunos autores han puesto de relieve las dificultades con las que el juez puede toparse a la hora de ejecutar esa facultad de revisión si antes no se le dota de un estándar claro de medición en torno a los DPAs¹¹⁵. Incluso, no han faltado quienes, tras las bondades del garantismo judicial, han advertido importantes inconvenientes: entre otros, la falta de recursos para ejecutar una buena monitorización judicial, el entorpecimiento que el control judicial puede comportar en el proceso negocial o la falta de un consolidado conocimiento por el juez sobre el asunto investigado a fin de poder adoptar una u otra decisión¹¹⁶.

¹⁰⁹ REILLY, *Arizona State Law Journal*, (50), 2018, pp. 1.160-1.162; ARLEN, *Journal of Legal Analysis*, (8-1), 2016, pp. 229-230; ARLEN/KAHAN, *University of Chicago Law Review*, (84-1), 2017, p. 327; GARRETT, *Virginia Law Review*, (93-4), 2007, pp. 932-933; BARKOW/CIPOLLA, «Increased Judicial Scrutiny of Deferred Prosecution Agreements», *New York Law Journal*, 2013, pp. 2-3.

¹¹⁰ Pone sobre la mesa este grave problema ARLEN, *Journal of Legal Analysis*, (8-1), 2016, pp. 220-221.

¹¹¹ La oportunidad reglada consiste básicamente en someter la oportunidad procesal a parámetros legislativos preestablecidos que regulen con claridad en qué situaciones operaría. Al respecto, vid. GÓNZALEZ-CANO/ROMERO PRADAS, «El principio de oportunidad reglada», en V.V.A.A., *La reforma del procesal penal*, 1989, pp. 715 y ss.

¹¹² REILLY, *Arizona State Law Journal*, (50), 2018, p. 1.160.

¹¹³ UHLMANN, *Maryland Law Review*, (27), 2013, pp. 1.328-1.329; SENKO, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, (19), 2009, pp. 186-187; REILLY, *Arizona State Law Journal*, (50), 2018, pp. 1.168-1.169. También, aun con ciertas reservas sobre esta vía correctiva, PAULSEN, *New York City Law Review*, (82-5), 2007, pp. 1.464-1.465. Ofrece su respaldo a esta propuesta pero la considera, por sí sola, insuficiente para limitar la discrecionalidad de la fiscalía ARLEN, *Journal of Legal Analysis*, (8-1), 2016, pp. 226-227.

¹¹⁴ Esto también se prevé en igual sentido en Singapur y Australia.

¹¹⁵ ARLEN, *Journal of Legal Analysis*, (8-1), 2016, p. 228.

¹¹⁶ Vid. BARKOW/CIPOLLA, *New York Law Journal*, 2013, pp. 2-3.

b. Concesión de NPAs/DPAs a empresas investigadas por la comisión de crímenes especialmente graves

De los no tantos NPAs/DPAs que la fiscalía tiende a conceder – no olvidemos la proporción: sólo uno por cada cinco condenas – explicamos que, por lo general, suelen darse preferencia a empresas de gran tamaño y organizaciones nacionales. Lo alarmante es que, entre ellas, la fiscalía haya tenido a bien incluir corporaciones acusadas de crímenes especialmente severos que hubiese sido preferible procesar judicialmente.

Con diferencia, el caso que mayor polémica ha desatado entre los académicos es el de la empresa minera de extracción de carbón Upper Big Branch, propiedad de Massey Energy¹¹⁷. El 5 de abril de 2010 una explosión acontecida en la mina de Upper Big Branch provocó la muerte a veintinueve trabajadores. Tras más de dos años de investigaciones dirigidas por la *Mine Safety and Health Administration*¹¹⁸ se llegó a la convicción de que el fatídico accidente podría haber sido prevenido perfectamente. Alrededor de trescientas violaciones de la *Mine Safety and Health Act* fueron detectadas, nueve de las cuales contribuyeron a la producción del tragedia. La empresa arrastraba, además, un historial de infracciones en los años previos a la explosión. Junto a ello, quedó probado que los empleados de Massey Energy eran pre-avisados de las inspecciones que iban a ser realizadas por la *Mine Safety and Health Administration* e intimidados para que no denunciasen las transgresiones presenciadas. Por si fuese poco, se acreditó que la empresa controlaba un doble registro: uno interno, en el que dejaba constancia de las infracciones producidas en la mina, y otro dirigido a los inspectores de trabajo, en el que nada quedaba reflejado. A pesar de todo lo descrito, el 6 de diciembre de 2011 el DOJ anunció un NPA con Alpha Nature Resources (empresa adquirida por Massey Energy un año después de la explosión) por el que convino pagar la suma de 209 millones de dólares¹¹⁹.

Aun no siendo tan burdo como el anterior, merece la pena reproducir igualmente el escándalo de Toyota Motor Corporation. En agosto de 2009 tuvo lugar en San Diego, California, un accidente automovilístico que acabó con la vida de cuatro miembros de una familia a causa de un defecto en el sistema de aceleración de uno de los vehículos comercializados por la corporación. Ante la alarma suscitada entre los clientes, el gigante japonés emitió varios comunicados entre finales del año 2009 y principio del 2010 en los que aseguró haber resuelto la causa fundamental de los problemas de seguridad que afectaban a la flota de sus vehículos Toyota y Lexus, cuando en realidad no habían sido aún completamente solventados y otros problemas en los pedales habían sido detectados pero no anunciados públicamente. Con el afán de proteger a toda costa la garantía de calidad que le precedía, Toyota no sólo omitió retirar los vehículos defectuosos en circulación sino que siguió manufacturando otros con idénticos fallos, lo cual puso en serio riesgo la vida e integridad de los conductores. La fiscalía, pese a la gravedad de los hechos, aceptó pactar con Toyota un DPA en marzo de 2014¹²⁰.

¹¹⁷ Examinan este caso tan polémico UHLMANN, *Maryland Law Review*, (27), 2013, pp. 1.295-1.301; ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 1.537.

¹¹⁸ Es una agencia del Departamento del Trabajo estadounidense responsable de supervisar las condiciones de salud y seguridad en el sector minero.

¹¹⁹ <http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/alphanatural.pdf> (visitado el día 10/03/2020)

¹²⁰ <http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/68320143199424073725.pdf> (visitado el día 10/03/2020)

Casos como el de Upper Big Branch o el de Toyota realzan el riesgo a que una alternativa al proceso penal que, en principio, debería quedar reservada de forma excepcional a aquellas organizaciones que mayores esfuerzos demuestran en pos del cumplimiento del Derecho y en las que, en consecuencia, el delito se muestra como un hecho aislado y no como un síntoma de un estado de cosas antijurídico¹²¹, al final, acabe por convertirse en un instrumento negocial al que la fiscalía acude con cierta ligereza y poca selectividad¹²². Curiosamente lo descrito no ocurre con el tratamiento jurídico de las personas físicas para las cuales la evitación del proceso representa una alternativa a la que sólo pueden acceder delincuentes primarios o aquellos sujetos investigados por la comisión de delitos de escasa gravedad¹²³. Nuevamente la enorme discrecionalidad concedida a la fiscalía para decidir sobre el cuándo y el cómo, posibilitada por los factores examinados con anterioridad, da buena cuenta de este serio problema. Cobra sentido, por ello, que haya quien abogue por que la fiscalía presente cargos contra la empresa allá donde concluya que ese es el modo adecuado de proceder dada la severidad de los hechos investigados¹²⁴.

c. Falta de persecución de los infractores individuales

Preocupa enormemente que la concesión de un NPA/DPA haya derivado a menudo en el blindaje del agente individual¹²⁵. Y ello no tanto por haberse convenido su inmunidad en el acuerdo en cuestión sino, antes bien, por su falta de persecución una vez la persona jurídica satisface las condiciones impuestas por la fiscalía. Tan siquiera tras el énfasis que el Yates Memo de 2015¹²⁶ puso en la necesidad de focalizar los esfuerzos de las autoridades públicas en la investigación de los delincuentes individuales¹²⁷ esta práctica ha remitido, tal como lo demuestran los datos empíricos recopilados nuevamente por GARRETT¹²⁸. Ello plantea la duda de si el espíritu del Yates Memo, más que haberse visto aminorado en la actual política del DOJ, realmente nunca fue llevado a la práctica¹²⁹.

El propio GARRETT ha intentado ofrecer una explicación plausible a todo lo sucedido, siendo ésta de corte puramente práctico: aunque la empresa coopere, llegar hasta los delincuentes

¹²¹ La noción “estado de cosas antijurídico” la extraigo de SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, 2ª ed., 2016, pp. 393-394.

¹²² Comentan ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 1.536: “La inseguridad en la materia, junto con la capacidad de influencia de los entes colectivos más importantes contribuyen a explicar la errática praxis de la fiscalía, que lleva a que hoy en día se cierren acuerdos de no persecución en casos que parecen estar lejos de aquellos para los que supone (y se dice) que están previstos: empresas diligentes y bien configuradas en cuyo seno un empleado desviado comete un delito”.

¹²³ UHLMANN, *Maryland Law Review*, (27), 2013, pp. 1.303-1.307; ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 1.539.

¹²⁴ UHLMANN, *Maryland Law Review*, (27), 2013, p. 1.342; ELIASON, «We Need to Indict Them. Deferred Prosecution Agreements Won't Deter Enough Crime», *Legal Times*, (31-38), 2008, p. 2.

¹²⁵ Vid. GARRETT, *Virginia Law Review*, (101-19), 2016 b, p. 71.

¹²⁶ Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, 2ª ed., 2016, pp. 421-424.

¹²⁷ Fueron duras las críticas relativas a la no persecución de los delincuentes individuales que condujeron a la publicación de este Memorandum. Por ejemplo, vid. RAKOFF, «The Financial Crisis: Why Have No High-Level Executives Been Prosecuted?», *The New York Review of Books*, 2014, pp 1-2.

¹²⁸ En el primer estudio realizado por GARRETT, que abarcaba el periodo comprendido entre los años 2001 y 2012, había habido persecución de personas físicas en 89 de los 255 acuerdos alcanzados (34%) Mientras, en su último estudio, que engloba los acuerdos desde 2001 hasta 2018, el número de acuerdos acompañados de una persecución de personas físicas fue de 134 sobre un total de 497 acuerdos (27%). Cfr. GARRETT, «Declining Corporate Prosecutions», *American Criminal Law Review*, (57-1), 2020, pp. 129 y ss.

¹²⁹ GARRETT, *American Criminal Law Review*, (57-1), 2020, p. 134.

individuales en entornos corporativos complejos demanda de una sustancial inversión de recursos públicos¹³⁰. Recursos que el Estado, dadas sus limitaciones, no siempre dispone. Sea cual sea la razón que subyazca en el fondo de este asunto, hay algo que está bastante claro: el saldo final arrojado es, a todas luces, insatisfactorio¹³¹. La empresa cooperadora recibe un tratamiento más benévolo que aquella otra que omite actuar en este sentido, sin embargo, el sujeto infractor, que es el que realmente debe interesarnos por haber sido el que ha cometido materialmente el delito escudado en alguna que otra ocasión tras la opacidad y complejidad de la corporación, logra escapar de la justicia e incluso preservar su puesto de trabajo¹³². Salta a la vista, pues, que, además de ponerse en práctica una política de persecución contradictoria con lo dispuesto expresamente por el *Justice Manual*¹³³, una parte importante del problema – si no la que más – sigue sin resolverse¹³⁴.

Omitir corregir los déficits de irresponsabilidad organizada originados fruto de las asimetrías informativas de las que goza la empresa sobre aquello que ocurre en su seno en comparación con el deficitario conocimiento que normalmente disponen los poderes públicos¹³⁵ y, por tanto, dejar sin resolver quiénes fueron las agentes que, bien por acción, bien por omisión, estuvieron involucrados en el ilícito penal para poder llevarlos ante la justicia, no sólo convierte *de facto* la responsabilidad penal de la persona jurídica en un sustitutivo de aquella imputable a la persona física, lo cual quebranta su (conveniente) tratamiento jurídico cumulativo dada su respectiva autonomía¹³⁶, sino que además merma severamente el efecto disuasorio individual¹³⁷. Y ello en tanto en cuanto la probabilidad de detección y ulterior sanción del delito económico cometido por el concreto agente y, por ende, el coste percibido, se ve reducido drásticamente¹³⁸. Después de todo, tiene razón aquel sector de la doctrina que opina que la conminación con una pena de prisión a la persona física sigue siendo el principal desincentivo en esta materia¹³⁹.

¹³⁰ GARRETT, *American Criminal Law Review*, (57-1), 2020, p. 135.

¹³¹ De esta opinión, ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 1.541.

¹³² Prácticas como la descrita refuerzan la preocupación que GÓMEZ MARTÍN, en LANDA GOROSTIZA (dir.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, 2017, p. 253 manifiesta en uno de sus trabajos sobre esta materia, a saber, que la responsabilidad penal de la persona jurídica pueda derivar en una cierta relajación de la persecución de la persona física al grito de “siempre nos quedará la empresa”.

¹³³ El Apartado 9-28.210 del *Justice Manual* dice expresamente: “Generalmente Estados Unidos no debería eximir a los agentes individuales de responsabilidad penal sobre la base de los acuerdos alcanzados con las empresas”.

¹³⁴ ARLEN, «The Potential Promise and Perils of Introducing Deferred Prosecution Agreements Outside the U.S.», *NYU School of Law Public Law Research Paper*, (19-30), 2019, p. 15 insiste en que la confesión y la cooperación de las empresas no son fines en sí mismos y que los fiscales han de emplear la información obtenida para perseguir a los infractores individuales.

¹³⁵ Apunta ORTIZ DE URBINA GIMENO, en V.V.A.A., *Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, 2016, p. 186, Nm. 1.499: “En el caso de las personas jurídicas, éstas gozan además de una asimetría informativa sobre lo que ocurre en su interior en comparación con el conocimiento del que disponen los poderes públicos, por lo que su cooperación es esencial”.

¹³⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, 2ª ed., 2016, p. 388.

¹³⁷ ARLEN, *NYU School of Law Public Law Research Paper*, (19-30), 2019, p. 15.

¹³⁸ Desde la lógica de la disuasión, se estima fundamental que el potencial delincuente perciba que los costes esperados por el incumplimiento son mayores que el beneficio reportado. Y sabemos, cuantos menos desde BECCARIA y, con posterioridad, BENTHAM, que el coste esperado del delito debe calcularse a partir de tres parámetros: la probabilidad de detección, la magnitud de la sanción y la dilación en la imposición de esa sanción. Sobre lo dicho, fundamental, ROBINSON, *Principios distributivos del Derecho Penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, 2012, pp. 61 y ss.

¹³⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, 2ª ed., 2016, p. 388; ARLEN, *NYU School of Law Public Law Research Paper*, (19-30), 2019, pp. 4-5; COFFEE, «Corporate Crime and Punishment: A Non-Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions», *American Criminal Law Review*, (17), 1979-1980, p. 425.

Desincentivo que se pierde al momento de escudarla de un posible castigo¹⁴⁰.

Con lo anterior, desde luego, no se quiere venir a decir que la validación de la colaboración prestada por la empresa haya de quedar necesariamente supeditada a que sea ésta la que dé finalmente con el infractor individual, pues habrá ocasiones en que la complejidad de la investigación resulte ser de una entidad tal que a la corporación solamente le resulte factible auxiliar a esclarecer las responsabilidades dimanantes de los hechos delictivos. De lo que se trata, más bien, es que la organización suministre a las autoridades un material probatorio jurídicamente válido y verdaderamente útil de cara a facilitar la labor de investigación pública¹⁴¹, independientemente de que luego ésta llegue a buen puerto. Esto casa perfectamente con la idea de que las investigaciones internas solo sirven como complemento de las públicas, no como sustitutivo. Por consiguiente, que las autoridades no hayan conseguido recabar de la empresa cooperadora un material probatorio tal como para hallar al infractor individual no debería valer como excusa para renunciar a descubrir su identidad para castigarlo luego. A fin de lograr dicho objetivo, seguramente haga falta perfeccionar los mecanismos forenses de investigación de los hechos delictivos empresariales o emprender reformas institucionales de suficiente calado¹⁴², cuestión ésta que, sin duda, depende de una óptima inversión de recursos.

Lo expresado hasta el momento saca a la luz un aspecto esencial que no conviene perder de vista: en el fondo, las personas jurídicas, como tales, nos deben de dar igual, pues quienes verdaderamente importan son las personas físicas infractoras que hay detrás de ellas. Siendo esto así, cobra pleno sentido que el principal propósito que persigue (o debería perseguir) la responsabilidad penal de la persona jurídica sea el de satisfacer una función eminentemente

¹⁴⁰ Precisamente por eso hay quien cree que la amplia preocupación del enfoque tradicional de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Estados Unidos en el castigo de la persona jurídica por encima de la física fue un importante factor que contribuyó a su fallida en la consecución de una buena prevención de la delincuencia económica. Vid. ARLEN, en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, pp. 68-69.

¹⁴¹ En España el artículo 31 quater b) CP define la atenuante de colaboración del siguiente modo: “haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que hayan sido nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos”. Una cuestión no menor es la de cuándo se considerará que el material probatorio suministrado es nuevo y esencial. Parte de la academia, avalando un posicionamiento subjetivo, entiende que lo decisivo para la satisfacción de dichos requerimientos es su cumplimiento desde la óptica de la corporación, pese a que luego las pruebas proporcionadas no los colmen en términos objetivos, valorándose, con ello, los esfuerzos simbólicos de la empresa. Así, DOPICO GÓMEZ ALLER, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en V.V.A.A., *Memento Experto Reforma Penal 2010*, 2010, p. 34. Nm. 292; GÓMEZ-JARA, «La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ et al., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2016, p. 238. Otro sector de la doctrina adopta, en cambio, un punto de vista estrictamente objetivo. Con independencia de la creencia de la organización, el material probatorio será enjuiciado como nuevo siempre y cuando no esté ya a disposición de las autoridades investigadoras o instructoras y cabrá valorarlo como decisivo en la medida en que juegue un papel relevante en la convicción judicial. De esta opinión, DÍEZ RIPOLLÉS, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *Indret*, (1), 2012, p. 27; FEIJOO SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, 2011, p. 132. De las dos posiciones descritas, creo que hay que darle la razón a la segunda. Si la idea de fondo que late en la colaboración es la facilitación de la labor de investigación pública a fin de esclarecer la responsabilidad penal de los sujetos individuales implicados en el ilícito penal, no parece coherente dejar al arbitrio de la organización la decisión sobre cuando las pruebas suministradas cumplen los estándares exigidos. Bien mirado, es preciso que las mismas sean efectivamente útiles en el proceso. En caso contrario, lo que se valorarían serían los esfuerzos simbólicos de la corporación más que su verdadero auxilio en el proceso. Esto supone, en línea con lo que argumenta FEIJOO SÁNCHEZ, en DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, 2011, p. 132., que “cuanto más avanzada se encuentre una instrucción más difícil será para la persona jurídica aportar pruebas que se puedan considerar como nuevas y decisivas”.

¹⁴² ARLEN, *NYU School of Law Public Law Research Paper*, (19-30), 2019, p. 16.

instrumental consistente en ofrecer fuertes incentivos para que, en clara expresión de la máxima de que el crimen no compensa (*crime doesn't pay*), las empresas (presumiendo su condición de agentes racionales y maximizadores de su beneficio)¹⁴³ colijan que, antes que tolerar o promover el delito económico, les resulta más ventajoso disuadirlo preejecutivamente, a través de la introducción de un CMS operativo, y postejecutivamente, a partir de la confesión del delito y la colaboración con las autoridades¹⁴⁴. Es mediante esta serie de medidas de indagación¹⁴⁵ que se consigue encarecer el delito de empresa de potencial comisión por las personas físicas a partir del aumento de su coste percibido (en concreto, su probabilidad de detección)¹⁴⁶.

Paralelamente, dado que los beneficios derivados del incumplimiento legal en el ámbito corporativo tienden a ser elevados, ARLEN, con tal de promover su reducción¹⁴⁷, ve necesario, no sin razón, que las organizaciones empresariales sean también incentivadas para que reestructuren aquellas políticas retributivas y de promoción que fomenten cometer ilícitos penales por estar basadas en el ofrecimiento de compensaciones salariales o mejoras laborales con arreglo a los buenos resultados obtenidos a corto plazo por la compañía¹⁴⁸, pese a que a largo plazo sean susceptibles de generar importantes costes dado el riesgo de imposición de sanciones de una cuantía superior al beneficio recabado por el delito¹⁴⁹ ¹⁵⁰. A fin de cuentas, nadie mejor que la organización se halla en condiciones para incidir en el modo en el que compensar económicamente a sus empleados por los servicios prestados y, de esa forma, desincentivar la comisión de delitos en la consecución de los objetivos comerciales.

¹⁴³ El enfoque de la elección racional es el asumido por parte del análisis económico del Derecho. Vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Análisis económico del derecho y política criminal», *Revista de derecho penal y criminología*, (extraordinario 2), 2004, pp. 37 y ss.

¹⁴⁴ Fundamental ARLEN, en HAREL/HYLTON (eds.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, 2012, pp. 163 y ss.; LA MISMA, en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, pp. 68 y ss. Si bien entiendo que la disuasión constituye el factor clave en el marco de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cabe notar que el fin perseguido a través del castigo de las corporaciones desde la óptica de la teoría de la pena representa una cuestión doctrinal altamente discutida. Para una visión general de las distintas posturas existentes, vid. DIAMANTIS/LAUFER, *Annual Review of Law and Social Science*, (51), 2019, pp. 461 y ss.

¹⁴⁵ ARLEN/KRAAKMAN, *New York University Law Review*, (72-4), 1997, pp. 694, 706.

¹⁴⁶ Como la teoría económica del delito presume que los destinatarios de las normas son seres racionales que ponderan constantemente los costes y beneficios de sus acciones como método para poder predecir sus respuestas de comportamiento frente a los incentivos y desincentivos dados, tiene todo el sentido que para disuadir el delito haga falta asegurar que el coste percibido es superior al beneficio esperado, materializando así la máxima de que el crimen no compensa (*crime doesn't pay*). Vid. SILVA SÁNCHEZ, «Eficiencia y derecho penal», *ADPCP*, (49-1), 1996, p. 107.

¹⁴⁷ Cabe precisar, con todo, que las medidas de indagación también minimizan el beneficio percibido por los autores individuales en tanto que hacen más probable la detección del delito y ésta que les priven de los beneficios obtenidos por la realización típica.

¹⁴⁸ El escándalo de Wells Fargo representa el paradigma del riesgo que puede conllevar el empleo de este tipo de políticas. Los empleados de este banco estadounidense abrieron sin consentimiento multitud de cuentas de depósito y tarjetas de crédito que generaron significativos costes a más de tres millones de clientes. Esta táctica fraudulenta trajo causa de la incorporación en la empresa de una política retributiva y de mantenimiento y promoción del puesto de trabajo que condicionaba las expectativas económicas de los empleados e incluso sus trabajos al número de productos financieros vendidos. En más detalle, acerca de este caso, vid. ARMOUR et al., «Board Compliance», *Minnesota Law Review*, (104), 2020, pp. 1.191 y ss.

¹⁴⁹ ARLEN, en HAREL/HYLTON (eds.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, 2012, pp. 164-165.

¹⁵⁰ Evidentemente el Estado tiene a su alcance útiles herramientas, como el comiso de ganancias o el tipo penal del blanqueo de capitales (doloso e imprudente), para reducir el beneficio esperado por la comisión del delito: la primera por privar al delincuente de las ganancias obtenidas por el ilícito y la segunda por dificultar su disfrute. Sin embargo, lo que aquí se está barajando es la adecuada incentivación de las empresas para que sean éstas las que adopten medidas internas que ayuden a alterar esta variable.

d. Condiciones controvertidas

d.1. Las medidas de reforma estructural

En sus inicios los NPAs/DPAs se limitaban a exigir a la empresa la prestación de una cooperación efectiva durante la investigación auspiciada por las autoridades así como el pago de multas de una cuantía específica¹⁵¹ pero, en cualquier caso, sensiblemente más elevada en comparación con aquellas otras acordadas por los *guilty pleas*¹⁵². Pasado el tiempo, la fiscalía, de un modo claramente más intrusivo, empezó a requerir otro tipo de condiciones¹⁵³ – no contempladas *ex lege* como sanción¹⁵⁴ pero tampoco exclusivas de este tipo de acuerdos al estar previstas asimismo para las condenas con acuerdo procesal (*guilty plea*)¹⁵⁵ – orientadas hacia una reforma estructural de la empresa con tal de encauzarla hacia el cumplimiento del Derecho y prevenir que en un futuro volvieran a acontecer delitos de la misma naturaleza que aquellos por los que la persona jurídica estaba siendo investigada^{156 157}. Contarían como medidas de esta naturaleza, entre otras, introducir un CMS¹⁵⁸ o mejorar el ya existente¹⁵⁹, integrar en la plantilla a un *compliance officer*¹⁶⁰ o a un comité de cumplimiento normativo¹⁶¹, asignar nuevas responsabilidades de vigilancia y control a cargos ejecutivos ya asentados en la entidad¹⁶², realizar cambios en la composición del órgano de administración¹⁶³ o abandonar el ejercicio de ciertas actividades comerciales ligadas con el hecho delictivo que dio pie al NPA/DPA¹⁶⁴.

¹⁵¹ ARLEN, en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, pp. 62 y ss.

¹⁵² Véase el revelador estudio empírico desarrollado por ALEXANDER/COHEN, *American Criminal Law Review*, (52-3), 2015, pp. 582-586.

¹⁵³ ARLEN, en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, pp. 62 y ss.

¹⁵⁴ ARLEN, *Journal of Legal Analysis*, (8-1), 2016, p. 215.

¹⁵⁵ ALEXANDER/ARLEN, en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, pp. 94 y ss.; MARKOFF, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, (15-3), 2013, p. 835; ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 1.541. También, ofreciendo datos concretos, ALEXANDER/COHEN, *American Criminal Law Review*, (52-3), 2015, pp. 588-589.

¹⁵⁶ Vid. ALEXANDER/ARLEN, en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, p. 94; ARLEN/KAHAN, *University of Chicago Law Review*, (84-1), 2017, pp. 334 y ss.; GARRETT, *Virginia Law Review*, (93-4), 2007, pp. 857 y ss.

¹⁵⁷ De todos modos, tal vez la empresa opte por reformular voluntariamente su estructura con carácter anticipado al acuerdo precisamente para demostrar a terceros el reducido riesgo de que en un futuro acontezca de nuevo una conducta antijurídica, ante lo cual, la fiscalía podría exigir como parte del NPA/DPA alcanzado continuar con su ejecución o bien solicitar otras medidas distintas a las ya promovidas. Vid. ALEXANDER/ARLEN, en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018, pp. 94, 122.

¹⁵⁸ Por ejemplo, véase el DPA concedido a ABN AMRO Bank N.V., en mayo de 2010. Disponible en: <http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/ABN-AMRO.pdf> (visitado el día 04/03/2020)

¹⁵⁹ Por ejemplo, véase el DPA concedido a Sigue Corporation en enero de 2008. Disponible en: <http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/sigue.pdf> (visitado el día 04/03/2020)

¹⁶⁰ Por ejemplo, véase el DPA concedido a Aegerion Pharmaceuticals Inc., en septiembre de 2017. Enlace: <http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/aegerion.pdf> (visitado el día 04/03/2020)

¹⁶¹ Por ejemplo, véase el DPA concedido a Western Union en enero de 2017. Disponible en: <http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/western-union.pdf> (visitado el día 04/03/2020)

¹⁶² Por ejemplo, véase el DPA concedido a Smith & Nephew Inc., en febrero de 2012. Disponible en: <http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/Smith-Nephew2.pdf> (visitado el día 04/03/2020)

¹⁶³ Por ejemplo, formó parte del DPA alcanzado por Computer Associates en septiembre de 2004 el requerimiento de que al menos dos terceras partes del consejo de administración estuviesen compuestas por directivos independientes.

Según podrá deducirse, esta forma de proceder comportó un significativo cambio de paradigma. Desde entonces, ya no se trata de amenazar a las empresas con sanciones económicas de determinada gravedad para inducir las a poner en práctica aquellas acciones que ellas mismas enjuicien como más adecuadas para prevenir la delincuencia. En vez de eso, la fiscalía interfiere en la esfera de autonomía de la corporación para hacer prevalecer su parecer sobre cómo deberían hacerse las cosas¹⁶⁵ ¹⁶⁶, de modo que su rol ya no quedaría limitado a ejercer como simple parte acusadora sino que acogería adicionalmente auténticas funciones de hetero-organización¹⁶⁷. Si bien durante los años sesenta y setenta Estados Unidos ya recurrió a herramientas de re-configuración de instituciones públicas tales como colegios (a fin de evitar la segregación racial), centros penitenciarios o hospitales (con tal de mejorar las condiciones de vida de los reclusos y los pacientes, respectivamente)¹⁶⁸, el hecho de que las afectadas sean ahora entidades privadas investigadas – pero, no lo olvidemos, todavía no acusadas formalmente ni muchos menos condenadas – arroja importantes interrogantes que ameritan ser considerados:

Para empezar, no queda nada claro que el emprendimiento de reformas estructurales con arreglo a un ideal público – o tan siquiera eso: el ideal del fiscal encargado de la investigación – sean siempre necesarias por mucho de que hayan sido detectados fallos en los sistemas internos de prevención delictiva o incluso cuando los mecanismos de vigilancia y control brillaran directamente por su ausencia en la entidad. Asentada en el ordenamiento jurídico una buena política legislativa en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas que incentive óptimamente a las organizaciones para que concluyan que les resulta más provechoso aliarse con el Estado en la lucha contra la criminalidad de empresa, las intromisiones en la gestión empresarial deberían quedar descartadas, precisamente porque una corporación (racional y maximizadora de sus beneficios) ya optaría *motu proprio* por introducir cambios significativos en su organización y en su CMS en aras de evitar futuros incidentes como los acaecidos¹⁶⁹.

Disponible en: <http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/computerassociates.pdf> (visitado el día 04/03/2020)

¹⁶⁴ Por ejemplo, KPMG que, recordemos, fue investigada por auxiliar a sus clientes a defraudar a la Hacienda norteamericana, acordó en un DPA suscrito en agosto de 2005 abandonar sus actividades de asesoría fiscal. Disponible en: <http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/kpmg.pdf> (visitado el día 04/03/2020)

¹⁶⁵ ARLEN, en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, pp. 62 y ss.

¹⁶⁶ Una duda que se me genera a propósito de esta dinámica y que solamente dejaré apuntada es la de si acaso reúne las suficientes dosis de legitimidad la palpable limitación que se produce del derecho a la libertad de empresa – y, más en concreto, su vertiente relativa la libertad de ejercicio (facultad de decidir acerca de cómo desarrollar en concreto la actividad de negocio) – cuando una organización, si bien voluntariamente pero en un claro contexto de desigualdad, accede a reconfigurar su estructura conforme a los dictados del fiscal encargado de la investigación. Concretamente, en España, conecta el *compliance* con este derecho fundamental (artículo 38 CE) GONZÁLEZ GRANDA, «El derecho fundamental a la libertad de empresa y *compliance* penal», en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, pp. 895 y ss.

¹⁶⁷ En un sentido parecido, comenta EPSTEIN, en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, p. 41 que las condiciones de los acuerdos de no persecución, más onerosas que aquellas que pueden obtenerse mediante una condena, permiten configurar al fiscal como un regulador *de facto* de la empresa.

¹⁶⁸ GARRETT, *Virginia Law Review*, (93-4), 2007, pp. 857, 869-873.

¹⁶⁹ En este sentido, ARLEN, en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, p. 77; GARRETT, *Virginia Law Review*, (93-4), 2007, pp. 875 y ss.

Aparte, dista de ser pacífico que los fiscales sean los agentes idóneos para decidir y supervisar cuestiones relativas a la reestructuración interna de las corporaciones. Normalmente los fiscales desconocen cómo funciona la empresa investigada y suelen carecer tanto de experiencia en la gestión empresarial como de conocimientos acerca del concreto sector de actividad de la organización, por lo cual, es notorio el riesgo de que sus propuestas lleguen a ser costosas pero poco efectivas¹⁷⁰. En particular, su falta de idoneidad aparece reflejada a la hora de valorar lo que sería la herramienta de reforma estructural por excelencia: la exigencia de introducir un CMS o, en su caso, mejorar el ya existente. Si bien el DOJ dio pasos significativos en este campo a partir de la publicación en 2017 de un breve documento guía acerca de los ítems más relevantes de evaluación del CMS, actualizado posteriormente en 2019¹⁷¹, dichas directrices presuponen la tenencia de una serie de conocimientos técnicos que exceden lo estrictamente jurídico debido al carácter multidisciplinar del *compliance* y que, dada su formación, los fiscales no tienen por qué poseer¹⁷². No existe, por tanto, una garantía absoluta de que los fiscales norteamericanos estén en plenas condiciones de discernir correctamente entre un CMS operativo y otro meramente cosmético. Es más, tan siquiera cabe encontrar en la literatura especializada en la materia evidencia empírica sobre el impacto real de los CMS en lo que a la reducción de los niveles de criminalidad concierne¹⁷³ ni, de hecho, es seguro que la medición de su eficacia sea del todo posible¹⁷⁴ y, aun siéndolo, seguiría persistiendo la duda de bajo qué parámetros habría que realizar semejante medición¹⁷⁵.

d.2. La contratación de monitores expertos

La intrusión en la gobernanza corporativa de las corporaciones no tiene por qué terminar necesariamente con el compromiso contraído de llevar a la práctica medidas de reforma estructural como las vistas en el epígrafe precedente. Adicionalmente, a efectos de asegurar su efectiva puesta en marcha, desde alrededor de mediados de los años noventa y especialmente a partir del comienzo del nuevo milenio, la fiscalía ha estimado en ocasiones oportuno incluir entre las condiciones del NPA/DPA alcanzado el requerimiento dirigido a la empresa de

¹⁷⁰ ARLEN, en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, pp. 77 y ss.

¹⁷¹ <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download> (visitado el día 13/03/2020).

¹⁷² ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, pp. 1.534 y ss.

¹⁷³ Cree KRAWIEC, «Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance», *Washington University Law Review*, (81-2), 2003, pp. 510 y ss., que no existe evidencia empírica suficiente para acreditar que las estructuras internas de *compliance* son verdaderamente útiles para la prevención delictiva. Pone en entredicho el posicionamiento de la antecitada autora AVIRAM, «In Defense of Imperfect Compliance Programs», *Florida State University Law Review*, (32-2), 2005, pp. 769 y ss. En términos generales, resaltan la escasa literatura académica de base empírica existente sobre actividades de cumplimiento normativo y señalan los principales factores que dificultan hacerse con este tipo de información ARMOUR et al., *Minnesota Law Review*, (104), 2020, p. 1.226.

¹⁷⁴ Con amplias referencias, vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, pp. 1.535, nota a pie de página nº 124.

¹⁷⁵ Tengo la impresión de que la metodología predominante es la del sistema de *checklist* basada en la comprobación de si la empresa ha satisfecho aquel conjunto de presupuestos enjuiciados como válidos para conformar un CMS mínimamente operativo. No obstante, mediante semejante metodología se deja sin responder si esas medidas al uso son de por sí idóneas para prevenir la delincuencia económica. Las alternativas a esta forma de medición no se han hecho esperar. Por ejemplo, ofrece una interesante propuesta de valoración sobre la idoneidad del CMS desde el prisma del análisis económico del Derecho, MILLER, «An Economic Analysis of Effective Compliance Programs», en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, 2018 b, pp. 247 y ss.

contratar un monitor externo mediante sus propios recursos^{176 177}. La figura del monitor externo carece en Estados Unidos de un estatuto legal que delimite de forma clara y detallada cuál es su abanico de deberes. Deberes que en la *praxis* tienden a ser, de hecho, más o menos intensos, dependiendo del caso¹⁷⁸. En líneas generales, sin embargo, cabe señalar que su función, prolongada durante un periodo previamente pactado, está orientada a futuro, pues de lo que se trata es, en esencia, de que supervise que la organización queda estructurada de una forma tal como para reducir el riesgo de que vuelvan ocurrir delitos como aquellos que han dado pie a la negociación del acuerdo de no persecución, manteniendo a la fiscalía en regular conocimiento sobre los avances y novedades que se produzcan. Es precisamente por el desempeño de una tarea de semejantes características, próxima a la satisfacción de una suerte de interés público¹⁷⁹, que, pese a tratarse formalmente de agentes privados, hay quien ha adscrito a los monitores un papel cercano al poder ejecutivo, pese a que, en principio, no formen parte de esta institución¹⁸⁰. Dicha mecánica presenta un clara ventaja para el Estado, toda vez que le permite verificar de la mano de un observador independiente con habilidades técnicas en este campo que la entidad cumple con lo prometido sin tener que desembolsar un solo dólar de presupuesto público¹⁸¹.

Con todo, lo cierto es que la petición de la fiscalía de contratar a monitores externos ha caído progresivamente en desuso¹⁸². A este decrecimiento han contribuido, aparte de la ya no siempre necesaria presencia de un monitor externo en la compañía¹⁸³, una serie de factores que han puesto en tela de juicio la debida operatividad de la labor desempeñada¹⁸⁴:

¹⁷⁶ Acerca del origen de los monitores en Estados Unidos y su presencia en los NPAs/DPAs, vid. KHANNA, «Reforming the Corporate Monitor?», en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, pp. 227-228, 230.

¹⁷⁷ En España la consecuencia jurídica que más se asimila a la designación de un monitor externo, aun con significativas diferencias, es la “pena” de intervención judicial (artículo 33.7 g) CP). Con ella el juez designa una suerte de monitor encargado de velar por el cumplimiento de la legalidad en el seno de la persona jurídica frente a los déficits estructurales detectados. Su ejecución está pensada exclusivamente para proteger los derechos de los acreedores o de los trabajadores y el articulado penal establece un plazo máximo de intervención (cinco años). Al respecto, vid. FEIJOO SÁNCHEZ, «Las consecuencias jurídicas del delito», en BAJO FERNÁNDEZ et al., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2016, pp. 289-292.

¹⁷⁸ Normalmente se distinguen hasta cuatro perfiles de monitor externo, siendo estos, ordenado de menor a mayor intensidad, los siguientes: (a) Consejero con funciones meramente de asesoramiento y recomendación; (b) Auditor encargado de verificar que la empresa cumple con aquello a lo que se ha comprometido con el DOJ; (c) Asociado que desempeña el mismo papel que el auditor pero actúa mano a mano con el CO de la entidad, el órgano de dirección u otras instancias de control; (d) Autócrata con amplios poderes para hacer cumplir sus recomendaciones en lo que atañe a cambios en la gobernanza corporativa y el CMS de la organización. Cfr. FORD/HESS, «Can Corporate Monitorships Improve Corporate Compliance?», *The Journal of Corporation Law*, (34-3), 2009, pp. 707 y ss.

¹⁷⁹ Describe a los monitores como ciudadanos privados a los que se les otorga una enorme responsabilidad por ejecutar medidas de reparación que afectan al público en general ROOT, «Constraining Monitors», *Fordham Law Review*, (85-5), 2017, p. 2.229.

¹⁸⁰ ROOT, *Fordham Law Review*, (85-5), 2017, p. 2.230, nota a pie de página nº 24; LA MISMA, «The Monitor-‘Client’ Relationship», *Virginia Law Review*, (100), 2014, p. 527.

¹⁸¹ GRIFFIN, en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, pp. 119-120.

¹⁸² Entre los años 2001 y 2012 sólo una cuarta parte de los NPAs y DPAs incluyeron un monitor externo. La cifra ha descendido aún más en los últimos años. En 2015 y 2017 únicamente fueron concedidos cuatro monitores externos, en 2016 nueve y ya en pleno 2018 solamente uno. Cfr. GARRETT, *American Criminal Law Review*, (57-1), 2020, pp. 125 y ss.

¹⁸³ Acerca de esta cuestión, desde la óptica de la disuasión y la ponderación de costes-beneficios, vid. KHANNA/DICKINSON, «The Corporate Monitor: The New Corporate Czar?», *Michigan Law Review*, (105-8), 2007, pp. 1.727 y ss.

¹⁸⁴ En lo que sigue, voy a ocuparme de examinar los principales factores que han dado cuenta del descenso en el uso de monitores externos. Quedarán fuera de consideración otras interesantes discusiones tales como si el informe del monitor externo acerca de los resultados relativos a la reestructuración de la empresa en pos de del cumplimiento

Los problemas han dado comienzo en la etapa más primigenia: el proceso de selección. Mientras que en ocasiones es la empresa la que lanza una propuesta que el poder ejecutivo puede o no aceptar, en otras es la fiscalía la que presenta un listado de nombres a escoger¹⁸⁵. Independientemente de la dirección tomada, y reconociéndose que la fiscalía tiende a poseer aquí la última palabra¹⁸⁶, lo verdaderamente preocupante es que tanto la inexistencia de límites en esta sede a lo largo de un prolongado periodo de tiempo como el todavía exiguo control judicial facilitaron que durante años una alarmante *ratio* de monitores externos estuviese ocupada por antiguos empleados del DOJ incorporados a estos puestos poco después de abandonar la oficina¹⁸⁷. Seguramente el supuesto más sonado fue la contratación por Zimmer Inc., a finales de 2007 del ex Fiscal General del Estado, John Ashcroft, por cuya labor de monitoreo se le pagó la astronómica cifra de entre 28 y 52 millones por sólo 18 meses de trabajo. Su fichaje resultó especialmente escandaloso, pues dio la casualidad de que el fiscal de New Jersey encargado de la investigación de Zimmer Inc., que designó a Ashcroft como monitor sin mediar siquiera concurso público, Chris Christie, trabajó formalmente para él en un pasado. Por desgracia, ésta no fue la primera vez en la que Christie incurrió en este tipo de situación de conflicto de intereses¹⁸⁸.

Curiosamente este tipo de prácticas llegaron a ser estimadas por algunas empresas como una oportunidad en vez de como una desventaja precisamente por la confianza que desprendía de puertas hacia fuera que alguien que en su día perteneció a la fiscalía estuviese al mando¹⁸⁹. E incluso los propios ex fiscales alegaron que su experiencia les avalaba suficientemente para ejercer como monitores y podía resultar enormemente beneficiosa para el buen progreso de la organización¹⁹⁰. Sin embargo, más allá del palpable conflicto de intereses concurrente, que ya de por sí ponía en seria duda la independencia y objetividad del monitor asignado¹⁹¹, ocurre, como explicamos, que los fiscales norteamericanos tienden a carecer de los conocimientos o habilidades para evaluar correctamente el grado de eficacia del CMS que la empresa está integrando o mejorando¹⁹², de modo que resulta, cuanto menos, paradójico que fueran precisamente a estos a quienes se les solicitase supervisar los cambios estructurales operados en la corporación investigada.

Fruto del aluvión de críticas originado a causa del duradero uso de una política de contratación propensa al amiguismo, en marzo de 2008, el por entonces Fiscal General del Estado, Craig S. Morford, publicó unas directrices relativas a la selección de monitores externos bautizadas con

normativo ha de ser o no accesible al público. Sobre estas y otras cuestiones, vid. FORD/HESS, *The Journal of Corporation Law*, (34-3), 2009, pp. 680 y ss.

¹⁸⁵ KHANNA/DICKINSON, *Michigan Law Review*, (105-8), 2007, p. 1.722.

¹⁸⁶ KHANNA/DICKINSON, *Michigan Law Review*, (105-8), 2007, p. 1.722.

¹⁸⁷ GARRETT, *Virginia Law Review*, (93-4), 2007, p. 926; EL MISMO, *American Criminal Law Review*, (57-1), 2020, p. 127; FORD/HESS, *The Journal of Corporation Law*, (34-3), 2009, pp. 712-715; UHLMANN, *Maryland Law Review*, (27), 2013, pp. 1.327-1.328; ROOT, *Fordham Law Review*, (85-5), 2017, p. 2.229; ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 1.529, nota a pie de página nº 100.

¹⁸⁸ En mayor profundidad, en relación con este caso, vid. HARRISON, «Monitorships and Deferred Prosecution Agreements: History, Process and Recent Trends», en WEIL et al., (dirs.), *Litigation Services Handbook. The Role of the Financial Expert*, 6ª ed., 2017, pp. 6-7.

¹⁸⁹ FORD/HESS, *The Journal of Corporation Law*, (34-3), 2009, p. 713.

¹⁹⁰ FORD/HESS, *The Journal of Corporation Law*, (34-3), 2009, p. 713; ROOT, *Fordham Law Review*, (85-5), 2017, p. 2.245.

¹⁹¹ ROOT, *Fordham Law Review*, (85-5), 2017, p. 2.245.

¹⁹² FORD/HESS, *The Journal of Corporation Law*, (34-3), 2009, p. 715.

el nombre de Morford Memo¹⁹³ que se ocuparon de abordar la intrincada cuestión de cómo debían ser elegidos los monitores pero que prácticamente dejaban en el aire cuándo convenía que estos fuesen impuestos¹⁹⁴. Esta última cuestión no fue abordada hasta mediados de octubre de 2018 por el director adjunto del Fiscal General del Estado, Brian A. Benzcowski¹⁹⁵, a propósito de las constantes quejas trasladadas por las empresas acerca del pronunciado coste derivado de la contratación de un monitor externo¹⁹⁶ y el usual entorpecimiento que su trabajo implica para el normal desarrollo de la actividad corporativa¹⁹⁷. Con un tono aún más restrictivo que su predecesor, Brian A. Benzcowski aclaró que la contratación de monitores ha de ser considerada la excepción, no la regla. Y, a estos efectos, señaló una serie de factores a considerar por los fiscales a la hora de decidir si conviene o no incorporar a un monitor externo, siendo entre ellos destacables una contundente inversión de recursos en cumplimiento normativo y un rápido resarcimiento de los daños causados. Aun así, sus consideraciones, al igual que lo dispuesto por el Morford Memo, únicamente alcanzan a los miembros del DOJ pero no a integrantes de otras agencias como la SEC o la *Federal Trade Commission*, de modo que los integrantes de estos últimos organismos gozarían todavía de cierto margen de maniobra en este campo.

Por otro lado, pese a las incomodidades que la empresa puede llegar a experimentar por mor de la presencia de un monitor externo en su seno, debe notarse que tan siquiera existe consenso sobre si los servicios que presta son siempre útiles¹⁹⁸. Casos como el de American International Group (AIG)¹⁹⁹ lo ponen en entredicho²⁰⁰. La aseguradora líder a nivel mundial, investigada en el año 2004 por el falseamiento de una serie de documentos financieros, acordó con la fiscalía incorporar en su división de productos financieros a un monitor independiente. Su labor se extendió durante tres años – concretamente el periodo comprendido entre 2005 y 2007 – y recibió por ello la suma total de 20 millones de dólares. Sin embargo, no consiguió detectar un conjunto de deficiencias que condujeron al colapso de la corporación, circunstancia ésta determinante en el posterior estallido de la crisis económica de 2008²⁰¹. Con esto no se quiere venir a decir que la contratación de un monitor externo carezca en todo caso de importantes beneficios²⁰². Más bien, me limito a resaltar que fallos como los de AIG han contribuido a la progresiva pérdida de confianza en el trabajo desempeñado por este colectivo de profesionales.

¹⁹³ <https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/03/20/morford-useofmonitorsmemo-03072008.pdf> (visitado el día 01/03/2020)

¹⁹⁴ Desde una visión estrictamente económica, el Morford Memo se limitaba a expresar que la contratación de los monitores debería tener en consideración, de un lado, los potenciales beneficios que contratar a un monitor reporta a la empresa y el público en general, y, de otro, los costes derivados de este agente y su impacto en las operaciones comerciales.

¹⁹⁵ <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1100531/download> (visitado el día 01/03/2020)

¹⁹⁶ Los incentivos económicos para ejercer como monitor externo son tremendamente significativos, lo cual desemboca en una fuerte competencia. Pensemos, sin ir más lejos, en el caso de la compañía de alimentación Herbalife: mientras algunos estiman el coste de los servicios de monitoreo contratados en 15,7 millones de dólares, otros lo sitúan entre los 7,8 y 11,5 millones. Cfr. ROOT, *Fordham Law Review*, (85-5), 2017, pp. 2.228-2.229, 2.240.

¹⁹⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 1.529.

¹⁹⁸ CUNNINGHAM, *Florida Law Review*, (66-1), 2014, pp. 68 y ss.

¹⁹⁹ <http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/aig-fp.pdf> (visitado el día 02/03/2020)

²⁰⁰ Críticamente, sobre este caso, vid. CUNNINGHAM, *Florida Law Review*, (66-1), 2014, pp. 68 y ss.; GRIFFIN, en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, pp. 121-122.

²⁰¹ GETHARD, «Falling Giant: A Case Study of AIG», *Investopedia*, 2019, pp. 1-2.

²⁰² Sobre las ventajas de los monitores externos, vid. FORD/HESS, *The Journal of Corporation Law*, (34-3), 2009, pp. 719 y ss.

Seguramente el establecimiento de una inapropiada rendición de cuentas en torno a la labor desarrollada por los monitores externos haya tenido igualmente algo que ver en la materialización de semejante tipo de brechas. Si bien el riesgo de perder el capital reputacional que tanto le ha costado aunar al monitor contratado representa un gran desincentivo para el incorrecto ejercicio de su profesión²⁰³, el hecho de que los monitores externos sean a veces grandes corporaciones implica que, por mucho de que éstas sean directamente sancionadas o despedidas, el responsable individual puede llegar a escabullirse²⁰⁴. Por ello, hay quien, como ROOT, estima necesario, a efectos de evitar fenómenos de irresponsabilidad organizada, identificar de antemano explícita y públicamente al concreto monitor encargado para, de ese modo, sancionarlo en caso de incurrir en un comportamiento defectuoso²⁰⁵.

d.3. Condiciones sin relación con el delito

Sorprende otro tanto la puntual inclusión en ciertos NPAs/DPAs de exigencias de naturaleza caritativa cuyos propósitos poco o nada tenían que ver con el resarcimiento de los daños causados por el ilícito penal investigado²⁰⁶. Personalmente no creo que sea en sí criticable que la fiscalía convenga con la persona jurídica la ejecución de esta suerte de servicios en beneficio de la comunidad²⁰⁷, toda vez que en Estado Unidos el *Chapter VIII* de las *U.S. Sentencing Guidelines* los prevé igualmente como posible consecuencia jurídica a imponer judicialmente a la persona jurídica²⁰⁸ y, de hecho, al igual que ocurre en sistemas como el español (artículo 49 CP), también en determinadas circunstancias las personas físicas, previo consentimiento, pueden ser objeto *mutatis mutandi* de una pena con un contenido análogo al aquí discutido²⁰⁹. Lo verdaderamente perverso es que, en la práctica, se hayan dado casos en los que no existía ninguna relación entre el delito cometido y la causa a la que iba destinada la donación económica requerida²¹⁰. Pese al revuelo suscitado en la academia, paradójicamente las empresas, en tanto afectadas directas de semejante política negocial, no han solido poner reparos, bien por la buena publicidad que ello les reporta, bien por el riesgo de ser objeto de otro tipo de requerimientos aún más severos²¹¹.

Entrando en algo más de detalle, resulta representativo el DPA acordado el 1 de diciembre de 2003 con la New York Racing Association fruto de la comisión de un delito de fraude fiscal, en virtud del cual, la fiscalía le requirió instalar máquinas tragaperras en el Hipódromo de Aqueduct²¹². La razón que subyació a esta decisión fue totalmente ajena al caso: los

²⁰³ ROOT, *Fordham Law Review*, (85-5), 2017, pp. 2.239-2.241.

²⁰⁴ ROOT, *Fordham Law Review*, (85-5), 2017, p. 2.246.

²⁰⁵ ROOT, *Fordham Law Review*, (85-5), 2017, p. 2.246.

²⁰⁶ SENKO, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, (19), 2009, pp. 179-180.

²⁰⁷ Los califican así GARRETT, *Virginia Law Review*, (93-4), 2007, p. 916; CUNNINGHAM, *Florida Law Review*, (66-1), 2014, pp. 67-68, nota a pie de página n° 374; ALEXANDER/COHEN, *American Criminal Law Review*, (52-3), 2015, p. 589.

²⁰⁸ Vid. USSG § 8B1.3 (2014).

²⁰⁹ Para una visión general sobre los servicios en beneficio a la comunidad en Estados Unidos y su eficacia como alternativas a las penas tradicionales, vid. BOUFFARD/MUFTIC, «The Effectiveness of Community Service Sentences Compared to Traditional Fines for Low-Level Offenders», *The Prison Journal*, (87-2), 2007, pp. 171 y ss.

²¹⁰ En este sentido, GARRETT, *Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations*, 2014, p. 77; CUNNINGHAM, *Florida Law Review*, (66-1), 2014, pp. 66-67; ARLEN, en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, p. 67.

²¹¹ GARRETT, *Virginia Law Review*, (93-4), 2007, p. 917.

²¹² <http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/nyracingassociation.pdf> (visitado el día 10/03/2020)

funcionarios públicos temían que el proceso judicial demorara la introducción de las máquinas de juego en la pista de carrera, que ya llevaban más de diez años de retraso acumulados por otro tipo de razones, y que la pérdida de ingresos hasta entonces perjudicara seriamente la capacidad del Estado de New York para cumplir con una resolución judicial sin relación con la investigación que le requería invertir fondos adicionales en escuelas públicas²¹⁵.

Igualmente amerita ser considerado el DPA concedido el 1 de junio de 2005 al gigante farmacéutico Bristol-Myers Squibb por haber empleado entre los años 2000 y 2001 un esquema defraudatorio conocido como *channel stuffing* a fin de impulsar sus ventas e inflar su cifra de ganancias frente al mercado. Aquí Bristol-Myers Squibb, aparentemente por iniciativa propia, convino con la fiscalía financiar una cátedra sobre ética de los negocios y buena gobernanza corporativa en la Facultad de Derecho de la Universidad Seton Hall²¹⁴ donde curiosamente el fiscal encargado de la causa se graduó, dato éste que, cuanto menos, refleja una situación de conflicto de intereses²¹⁵ que pone en tela de juicio su imparcialidad en la llevanza del asunto, por mucho de que la justificación oficial aducida fuese la promoción de formación en ética de los negocios entre los directivos de las compañías²¹⁶.

Apenas poco más de medio año después, el 1 de enero de 2006, el Roger Williams Medical Center logró entrar en un DPA a propósito de un caso de corrupción pública²¹⁷. Dado el peligro de que procesar judicialmente a este hospital sin ánimo de lucro comprometiese los servicios médicos orientados a aquellos residentes pobres de Providence en Rhode Island, la fiscalía tuvo a bien exigir el abono de cuatro millones de dólares en concepto de asistencia médica gratuita adicional para residentes con ingresos reducidos sin seguro²¹⁸.

Observamos, pues, que la fiscalía, en más de una ocasión, ha aprovechado los NPAs/DPAs para cubrir necesidades, intereses u objetivos espurios distintos a los fines perseguidos por el Derecho penal²¹⁹. Las reticencias generadas por esta clase de acuerdos, especialmente el de Bristol-Myers Squibb, fueron tales que en el año 2008 el DOJ, bajo la dirección del por entonces Fiscal General del Estado, Mark Filip, se vio obligado a modificar su política de persecución con tal de precisar en el Apartado 9-16.325 del *Justice Manual* que ni los NPAs ni los DPAs deberían incluir condiciones que exijan a la empresa pagar fondos a una organización caritativa, educativa, comunitaria o a otra entidad o persona que no sea víctima de la actividad delictiva. Pese al desaliento promovido oficialmente, las condiciones de corte caritativo no cesaron. Sin ir más lejos, en el año 2012 la Gibson Guitar Corporation fue investigada por haber importado madera de ébano procedente de Madagascar y palo de raso desde India para emplearlas en la producción de sus guitarras en transgresión de lo dispuesto por la Lacey Act de 1900. El 27 de

²¹⁵ GARRETT, *Virginia Law Review*, (93-4), 2007, p. 857; EL MISMO, *Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations*, 2014, p. 76.

²¹⁴ <http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/bristol-meyers.pdf> (visitado el día 10/03/2020)

²¹⁵ Precisamente advierte sobre los posibles conflictos de intereses que pueden suscitarse a propósito de este tipo de prácticas UHLMANN, *Maryland Law Review*, (27), 2013, p. 1.328.

²¹⁶ GARRETT, *Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations*, 2014, p. 77; CUNNINGHAM, *Florida Law Review*, (66-1), 2014, p. 66.

²¹⁷ <http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/rogerwilliams.pdf> (visitado el día 10/03/2020)

²¹⁸ GARRETT, *Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations*, 2014, pp. 76-77.

²¹⁹ En un sentido análogo, ARLEN, en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, 2011, pp. 213-214.

julio de 2012 la entidad empresarial aceptó donar 50.000 dólares a la *National Fish and Wildlife Foundation* con miras a financiar proyectos de investigación o actividades para promover la conservación, identificación y/o propagación de aquellas especies de árboles protegidas empleadas en la industria musical así como los bosques donde estos árboles nacen²²⁰, medida ésta que, por lo menos, sí que guardaba cierta vinculación con la infracción cometida. Con todo, interesa precisar que el contenido del Apartado 9-16.325 del *Justice Manual* fue tiempo después modificado. Hoy por hoy, el texto viene a decir que los fiscales no podrán negociar un acuerdo en nombre de los Estados Unidos si en éste se dirige o se provee un pago o un préstamo a cualquier persona o entidad no gubernamental que no sea parte en la disputa, lo que no obsta, se matiza luego, para que la (empresa) acusada, por mor de su propia decisión, pague unilateralmente dinero a una organización caritativa, educativa, comunitaria u otra organización o individuo, y luego solicite al juez ser absuelta en la sentencia que dicte²²¹.

e. Erosión del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas

A pesar de los incipientes pasos emprendidos ya en el siglo XIX tanto por el legislador como por los tribunales estadounidenses, no fue hasta el año 1909 cuando el Tribunal Supremo norteamericano reconoció por primera vez la *corporate criminal liability* en su histórica sentencia *USA v. New York Central & Hudson River Railroad* 212 US 481 (1909)²²², cosa que sigue vigente hasta nuestros días (considérese el *Justice Manual* y las *U.S. Sentencing Guidelines*). La voluntad en Estados Unidos ha sido claramente, por tanto, la de instaurar un régimen de responsabilidad de la persona jurídica de naturaleza criminal como ha ocurrido tiempo después en España y en otros cuantos países. Esto da bastante que pensar, pues parte de la doctrina se ha cuestionado en qué medida socavaría ese sistema de justicia penal, y, con ello, su efecto preventivo, que el DOJ haga uso de una vía de resolución del conflicto generado por el hecho antijurídico un tanto descafeinada capaz de sortear tanto el enjuiciamiento criminal que, en principio, debería proceder como la ulterior imposición de una pena²²³.

Que los NPAs/DPAs difieren del tradicional juicio penal es algo difícilmente cuestionable dada la falta de todo un procedimiento reglado que rija su tramitación. Buena parte de la disciplina que predomina en los juicios penales (existencia de una tercera parte imparcial (el juez) que decide sobre el fondo del asunto, fijación de un estándar de valoración de la prueba, etc.) brilla, en efecto, por su ausencia durante la negociación de los NPAs/DPAs²²⁴ caracterizada por una marcada opacidad y laxitud. A mayor abundamiento, los *mandates*, pese a coincidir prácticamente en contenido con la mayoría de penas previstas legalmente para la persona jurídica (pensemos, por ejemplo, en la imposición del pago de una multa), difícilmente cabría calificarlos como auténticas sanciones. Bien mirado, representan requerimientos que la organización investigada accede a satisfacer por temor a ir a juicio tras los cuales subyace el ejercicio de un amplio poder gubernamental reconocido a la fiscalía que bien le permite diferir la persecución o perseguir formalmente a la corporación en caso de negativa o incumplimiento.

²²⁰ <http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/Gibson-Guitar.pdf> (visitado el día 11/03/2020)

²²¹ <https://www.justice.gov/jm/jm-9-16000-pleas-federal-rule-criminal-procedure-11> (visitado el día 11/03/2020)

²²² Vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: *The American Way*», en MIR PUIG et al., (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, 2014, p. 41.

²²³ En este sentido crítico, UHLMANN, *Maryland Law Review*, (27), 2013, pp. 1.335-1.336; ELIASON, *Legal Times*, (31-38), 2008, p. 2; NEIRA PENA (2017), *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, pp. 82-83.

²²⁴ ELIASON, *Legal Times*, (31-38), 2008, p. 2.

Mediante esta forma de proceder, es claro que la amenaza de la pena se pierde. Cierto es que la consecuencia jurídica que afronta la persona jurídica nada tiene que ver en naturaleza con la pena orientada hacia la persona física²²⁵. Entendida en un sentido fuerte, la pena, presuponiendo un modo de obrar culpable, dirige al destinatario de la norma un reproche ético-jurídico que otro tipo de sanciones (administrativas, civiles, etc.) no emiten, característica ésta que no es propia de las “penas” impuestas a las empresas a las que, en tanto ficción jurídica que son, no hay nada que reprochar como si de agentes morales y autónomos se tratasen. Siendo precisos, lo que a la persona jurídica se le anuda es, a lo sumo, una “pena” en un sentido débil o amplio a la que parte de la doctrina ha preferido referirse mediante otro tipo de nomenclaturas (para-pena, casi-pena, correctivo, etc.). Aun con sus particularidades, esa consecuencia jurídica, en la medida en que es acordada en el marco de un auténtico proceso penal, sigue aprovechándose de cierta fuerza comunicativo-simbólica²²⁶ a propósito del mensaje de desaprobación que desde la sociedad se lanza a la criminalidad de empresa, efecto éste que, sin duda, acaba por diluirse cuando se transita por una vía alternativa como la de los NPAs/DPAs que, como apuntamos, tan siquiera conducen hacia el establecimiento de una sanción *stricto sensu*.

3. Posibles problemas de compatibilidad de los NPAs/DPAs con el sistema procesal español

3.1. El papel desempeñado por el Ministerio Fiscal en la instrucción

La actividad investigadora del Ministerio Fiscal español en las causas penales ha ido viéndose progresivamente incrementada con el paso de los años, hasta el punto de que, como ya lo intentaron hace poco tiempo, aunque sin éxito, no sólo el Borrador de Anteproyecto de la Lecrim de 2011²²⁷ sino también el Borrador de Anteproyecto del Código Procesal Penal de 2013^{228 229}, se ha vuelto a plantear oficialmente conceder a esta institución por vía legislativa la

²²⁵ De esta opinión en la doctrina española MIR PUIG, «Las nuevas ‘penas’ para personas jurídicas: una clase de ‘penas’ sin culpabilidad», en MIR PUIG et al., (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, 2014, pp. 8-12; SILVA SÁNCHEZ: *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, 2ª ed., 2016, pp. 355-356; ROBLES PLANAS, «Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP», *Diario la Ley*, (7705), 2011, pp. 23-24; GÓMEZ MARTÍN, en LANDA GOROSTIZA (dir.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, 2017, pp. 279 y ss; GRACIA MARTÍN, «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», *RECC*, 2016, p. 4; CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, 2015, pp. 364-366; GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes de la persona jurídica*, 2017, pp. 126 y ss., 261-265. También en la doctrina alemana JAKOBS, «Strafbarkeit juristischer Personen?», en PRITTWITZ (dir.), *Festschrift für Klaus Lüderssen: zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, 2002, pp. 573-574; SCHÜNEMANN, «Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsstrafrecht?», en SIEBER (dir.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, 2008, pp. 437-440; FRISCH, «Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung», en ZÖLLER et al., (dirs.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension: Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, 2013, pp. 351, 359-360, 372-373; BÖSE, «Strafbarkeit juristischer Personen – Selbstverständlichkeit oder Paradigmenwechsel im Strafrecht», *ZgS*, (126-1), 2014, pp. 141-147; FROMM, «Auf dem Weg zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen/Unternehmensvereinigungen in Europa?», *ZIS*, (7), 2007, p. 283.

²²⁶ SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Español», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, (65), 2012, p. 31; CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, 2015, p. 368.

²²⁷ <https://notin.es/wp-content/uploads/2013/01/anteproyecto-de-la-Ley-de-Enjuiciamiento-Criminal-de-27-de-julio-de-2011.pdf> (visitado el día 11/04/2020).

²²⁸ <https://conflegal.com/wp-content/uploads/2018/05/2013-BORRADOR-DE-C%3%93DIGO-PROCESAL-PENAL-PP.pdf> (visitado el día 11/04/2020).

dirección de las diligencias practicadas en la instrucción penal²⁵⁰ del mismo modo que en el proceso de menores en el que el juez ocupa un papel garantista (artículo 23 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor), alternativa ésta respaldada por una significativa parte de la doctrina²⁵¹. Lejos ha ido quedando el desempeño por el Ministerio Fiscal de un rol residual en las pesquisas criminales, especialmente en lo que atañe a las complejísimas investigaciones sobre delitos económicos.

A decir verdad, en el proceso abreviado y, por extensión, en el ordinario (Circular de la Fiscalía 5/2013 sobre diligencias de investigación), el Ministerio Fiscal, antes del inicio de la instrucción, está facultado para desarrollar diligencias pre-procesales (artículo 5 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, que aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, y artículo 773.2 Lecrim) que, salvo por algunas excepciones puntuales, no pueden acarrear una restricción de derechos fundamentales. Todo ello con el fin de realizar las comprobaciones mínimas imprescindibles a fin de decidir si ejercer la acción penal o bien archivar las actuaciones (por no ser el hecho constitutivo del delito, por ejemplo), posibilidad última ésta que, al no comportar un archivo judicial, no impediría iniciar el procedimiento en caso de mediar denuncia por parte de los ofendidos. No obstante, dicha investigación preliminar está acotada temporalmente y, en todo caso, cesa tan pronto el juez instructor abre el sumario. Llegados a este punto, le corresponde al juez instructor dirigir la investigación procesal, lo cual no quita que en la *praxis* el Ministerio Fiscal retenga aún la capacidad de impulsar la práctica ciertas diligencias²⁵² (entradas y registros, interceptación de las comunicaciones, etc.). Incluso, si la investigación preliminar ha sido profunda, puede que, particularmente en materia anticorrupción, el Ministerio Fiscal llegue a dirigir *de facto* la investigación procesal²⁵³.

Importa matizar, con todo, que el modelo de investigación descrito puede presentar matices en la práctica (por ejemplo, el Ministerio Fiscal puede optar por judicializar inmediatamente la

²²⁹ El primer intento de atribuir al fiscal la dirección de la instrucción tuvo lugar justo con el Proyecto de Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1980. Cfr. GÓMEZ COLOMER, *UNED Teoría y realidad constitucional*, (41), 2018, p. 183; FUENTES SORIANO, *Fundación Alternativas*, (16), 2003, p. 22.

²³⁰ El actual Ministro de Justicia, Juan Carlos Campo, anunció su intención de presentar a finales del año 2020 un Anteproyecto de reforma de la Lecrim con ese propósito. Véase la noticia en: <https://www.larazon.es/espana/20200217/pygwbx62kzeuvllfao42wb4jze.html> (visitado el día 17/03/2020)

²³¹ Entre otros, NIEVA FENOLL, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, 2012, p. 65; GIMENO SENDRA, «La reforma de la Lecrim y la posición del M.F. en la investigación penal», en GIMENO SENDRA (dir.), *El Ministerio Fiscal-Director de la instrucción*, 2006, pp. 35-39; FUENTES SORIANO, «El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma», *Fundación Alternativas*, (16), 2003, pp. 21 y ss. Comparte esta opinión, aunque precisa que, en aras de su efectividad, la atribución de la instrucción a la fiscalía debería venir acompañada de una reforma orgánica para aumentar considerablemente la plantilla de dicho órgano público así como de un incremento de los medios personales y materiales a disposición de la institución MARTÍN PASTOR, «Cuestiones orgánicas y constitucionales sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de la fase de instrucción del proceso penal», en PÉREZ-CRUZ MARTÍN et al., (dirs.), *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011, 2012, pp. 557-558, 570 y ss. En cambio, tras exponer tanto los argumentos a favor como en contra de esta alternativa y admitir su compatibilidad constitucional, concluye que el Fiscal no debe instruir las causas si se mantiene el actual sistema acusatorio formal o mixto por razones organizativas, estructurales y prácticas pero precisa que si se instaura el sistema adversarial, el Fiscal, quien ostenta en esa sede en régimen de monopolio (exclusividad) la titularidad de la acción penal, necesariamente debería instruir el proceso penal GÓMEZ COLOMER, «La Fiscalía española, ¿debe ser una institución independiente?», *UNED Teoría y realidad constitucional*, (41), 2018, pp. 177 y ss. Por su parte, expresa dudas de que sea adecuado conceder a la fiscalía la dirección de la instrucción penal ARMENTA DEU, «El fiscal instructor, ¿es necesario?», *Cuadernos de Derecho público*, (16), 2002, pp. 220-221.

²³² Ahora bien, en la causas penales carentes de una gran trascendencia pública, ese impulso puede llegar a ser cedido a la acusación particular y/o popular.

²³³ GÓNZALEZ LÓPEZ/NIETO MARTÍN, «La investigación de los delitos económicos en España: intentando poner orden en el camarote de los hermanos Marx», *Diario la Ley*, (8768), 2016, p. 10.

investigación dadas las limitaciones temporales y de medios)²³⁴, y, lo que es aún más relevante, es sólo uno de los diversos modelos presentes en la realidad de las investigaciones sobre la delincuencia económica que, dependiendo del caso, pueden llegar a ser protagonizadas por la policía judicial y las unidades especializadas (por ejemplo, la UDEF)²³⁵, la agencia tributaria (en materia de delito fiscal) u otras agencias administrativas²³⁶ o, de un modo más o menos intenso, el juez instructor²³⁷. La opción por uno u otro modelo dependerá de múltiples variables y, de hecho, puede ocurrir que en la causa en cuestión se concatenen o se superpongan²³⁸. Sea como fuere, lo único que interesa resaltar aquí es que, cuanto menos en las investigaciones sobre delincuencia económica, el Ministerio Fiscal dista de ser un actor secundario, tal como ocurría con el decimonónico modelo estrictamente inquisitorio pensado para una criminalidad de distinta envergadura. Esta *praxis*, desde luego, facilita enormemente un buen acomodo de la práctica de los NPAs/DPAs en caso de plantearse finalmente su extrapolación en España. Y es más, diría que la puerta a estos instrumentos procesales quedaría abierta de par en par si llega a buen puerto la futura reforma procesal que pretende otorgar con carácter general al Ministerio Fiscal la dirección de la instrucción (o, siendo más exactos, de las actividades no jurisdiccionales ejercidas en esta fase²³⁹), tal como ya ocurre desde hace tiempo en otros países cercanos al nuestro (entre otros, Italia o Alemania, por ejemplo²⁴⁰).

3.2. La carencia de monopolio por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción penal

En España, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, la acción penal no está monopolizada por el Ministerio Fiscal. Nuestro sistema legal da cabida a otras partes acusadoras con móviles distintos al control del buen gobierno perseguido por la primera²⁴¹: la acusación particular, que representa a la víctima del delito, y la acusación popular (exclusiva de nuestro sistema)²⁴², encarnada por cualquier otro agente, sea persona física o jurídica, no ofendido directamente por el hecho antijurídico pero con afán de ejercer acción penal en la causa²⁴³. Ambas están legitimadas para personarse como partes en los procesos judiciales incoados contra personas jurídicas y, de hecho, es normal que así ocurra²⁴⁴. Surge, entonces, la duda de qué papel jugarían exactamente en la causa estas partes y si, en su caso, tendrían disponible algún mecanismo de contradicción así como particularmente el acceso a recursos ante un órgano jurisdiccional en el supuesto de que el caso acabe por dirimirse en un acuerdo suscrito entre el fiscal encargado de la investigación y la empresa. Lo que parece estar claro es que la introducción de los NPAs/DPAs seguramente obligaría a limitar su intervención en este

²³⁴ GÓNZALEZ LÓPEZ/NIETO MARTÍN, *Diario la Ley*, (8768), 2016, pp. 9-10.

²³⁵ Vid. GÓNZALEZ LÓPEZ/NIETO MARTÍN, *Diario la Ley*, (8768), 2016, pp. 10-12.

²³⁶ Vid. GÓNZALEZ LÓPEZ/NIETO MARTÍN, *Diario la Ley*, (8768), 2016, pp. 12-13.

²³⁷ Vid. GÓNZALEZ LÓPEZ/NIETO MARTÍN, *Diario la Ley*, (8768), 2016, pp. 13-14.

²³⁸ GÓNZALEZ LÓPEZ/NIETO MARTÍN, *Diario la Ley*, (8768), 2016, p. 14.

²³⁹ FUENTES SORIANO, *Fundación Alternativas*, (16), 2003, p. 23-24.

²⁴⁰ Vid. GÓMEZ COLOMER, *UNED Teoría y realidad constitucional*, (41), 2018, pp. 172 y ss.

²⁴¹ NIEVA FENOLL, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, 2012, p. 57.

²⁴² NIEVA FENOLL, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, 2012, pp. 72-73.

²⁴³ Advierte GIMENO SENDRA, *Poder Judicial*, (extra 2), 1988, pp. 47-48 que la existencia de otras partes en el proceso representa un condicionamiento para el principio de oportunidad procesal.

²⁴⁴ Por ejemplo, en la causa penal seguida contra el Banco Mare Nostrum S.A., a propósito de la comisión de un delito de estafa procesal, falsedad documental y falso testimonio la acusación particular se personó en el proceso judicial (STS 506/2018 de 25 de octubre).

tipo de procesos²⁴⁵. No es casual que este problema sea ajeno a otros países del entorno comparado sustentados en sistemas acusatorios puros que han hecho suya, aun con matices, la dinámica estadounidense. Pensemos, por ejemplo, en el caso de Reino Unido donde en este sentido los DPAs encuentran perfecto acomodo en tanto en cuanto la allí llamada *Crown Prosecution Service* o, en su lugar, la *Serious Fraud Office*, encargada de los casos tanto de fraude como de corrupción graves y/o complejos, preservan un dominio prácticamente absoluto del ejercicio de la acción penal, hasta el punto de que la presencia de particulares en el proceso deviene altamente excepcional²⁴⁶.

3.3. Los derechos y garantías procesales reconocidos constitucionalmente

Sean cuales sean las ventajas anudadas a un prometedor instrumento procesal, parece indiscutible que su importación no puede resultar ajena a los derechos y garantías reconocidas en el sistema nacional receptor. Que esa buena compenetración ocurra entre los NPAs/DPAs, tal como son concebidos en Estados Unidos, y el sistema español, es algo que, en mi opinión, resulta bastante difícil²⁴⁷. Son varios los derechos y garantías constitucionales que podrían verse comprometidos por esta dinámica. Cabe nombrar el principio de igualdad (artículo 1 y 14 CE), por mor de la eventual diversidad de trato dependiente del fiscal de turno encargado de la investigación²⁴⁸, el de seguridad jurídica en tanto componente esencial del principio de legalidad (artículo 25 CE), dada la incertidumbre experimentada por la empresa ante el posible resultado de la causa y consiguientemente los riesgos a los que hace frente²⁴⁹, el de publicidad (artículo 24.2 y 120 CE), si es que el caso se resuelve a partir de un acuerdo negociado a puerta cerrada²⁵⁰, o la separación de poderes propia de un Estado democrático (artículos 1, 66.2, 97 y 117 CE)²⁵¹, en la medida en que la capacidad de dirimir el fondo de un asunto cuyo enjuiciamiento le incumbiría propiamente a un juez quedaría en manos de un órgano jerarquizado (artículo 124.2 CE y artículo 25 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) en el que la cúpula la ocupa alguien, el Fiscal General del Estado, propuesto por el poder ejecutivo (artículo 124.4 CE)²⁵². Observamos, pues, que una reproducción exacta de la práctica norteamericana basada en una oportunidad procesal estricta correría el intolerable riesgo de

²⁴⁵ BANACLOCHE PALAO, en: V.V.A.A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, 2018, pp. 37-38 cree que la no formulación de una imputación o una acusación contra una persona jurídica si ésta asume determinados compromisos con el Ministerio Fiscal obligaría probablemente a limitar la actuación de la acusación popular y particular en la causa.

²⁴⁶ Para una visión panorámica del sistema acusatorio inglés, vid. DAMIÁN MORENO, «La acusación particular en Inglaterra: The Crown Prosecution Service», *Blog de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2019, pp. 1-2.

²⁴⁷ Desde una óptica general, razona qué preceptos constitucionales podría verse comprometidos por mor de la operatividad del principio de oportunidad en España SANTANA VEGA, *ADPCP*, (47-2), 1994, pp. 123 y ss.

²⁴⁸ Comenta ARLEN, *Journal of Legal Analysis*, (8-1), 2016, p. 221 que los fiscales son libres de decidir cuándo imponer un *mandate* y qué forma debería tener.

²⁴⁹ Vid. ALEXANDER/COHEN, *American Criminal Law Review*, (52-3), 2015, pp. 556-557.

²⁵⁰ Sobre los problemas de publicidad de los NPAs/DPAs, vid. REILLY, *Arizona State Law Journal*, (50), 2018, pp. 1.164-1.165.

²⁵¹ La posible vulneración de la separación de poderes por los NPAs/DPAs es, de hecho, un debate aún en boga en el sistema adversarial norteamericano. Vid. REILLY, *Arizona State Law Journal*, (50), 2018, p. 1.118.

²⁵² Reconozco que con tal de ofrecer una respuesta algo más elaborada sobre esta cuestión haría falta reflexionar con más detenimiento acerca de si el Ministerio Fiscal español representa un órgano independiente o dependiente del Gobierno, extremo éste que excedería los límites de este trabajo. Por ello, remito al lector a los excelentes análisis de GÓMEZ COLOMER, *UNED Teoría y realidad constitucional*, (41), 2018, pp. 157-168; FUENTES SORIANO, *Fundación Alternativas*, (16), 2003, pp. 13-20.

quebrantar los pilares más esenciales sobre los que se erige nuestro derecho procesal penal, incompatibilidad ésta que, no obstante, seguramente conseguiría paliarse mediante el empleo de distintas herramientas correctivas²⁵³, algunas de las cuales ya han sido integradas por otros sistemas comparados: publicar unas directrices en esta materia, contemplar un efectivo control judicial, dotar de una mayor transparencia al proceso, etc.

4. Cauces procesales alternativos a la celebración del juicio oral basados en razones de oportunidad ya contemplados en el sistema español

Tras el establecimiento en el año 2010 de la responsabilidad penal de las personas jurídicas hizo falta introducir ciertas normas jurídicas dirigidas a regular sus especialidades procesales, cosa de la que se ocupó la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal que, entre otras novedades, extendió la institución de la conformidad a esta materia. Tiempo después, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, incorporó con carácter general otro tipo de novedades en materia procesal con el objetivo principal de desobstruir la justicia penal en España y evitar de ese modo inapropiadas dilaciones durante el proceso, pudiéndose nombrar, para nuestros propósitos, el proceso por aceptación de decreto y el sobreseimiento acordado por razones de oportunidad en el marco del procedimiento para el juicio sobre delitos leves. Todas estas herramientas procesales, tanto la conformidad como las dos últimas mentadas, representan expresiones bastante claras del principio de oportunidad procesal que interesa examinar debido a su posible encaje con la realidad de las causas penales seguidas contra personas jurídicas, extremo éste que podría plantear la duda de si acaso realmente es necesario barajar la importación de los NPAs/DPAs a España.

No entraré a valorar aquí ni la figura del sobreseimiento libre (artículo 637 Lecrim)²⁵⁴ ni la del sobreseimiento provisional (artículo 641 Lecrim)²⁵⁵, instituciones éstas que no conviene

²⁵³ Expresa, en términos generales, ARMENTA DEU, «Principio de legalidad vs Principio de oportunidad: una ponderación necesaria», en PICÓ I JUNOY (dir.), *Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la profesora María Victoria Berzosa Francos*, 2013, p. 454: “cuando la oportunidad en lugar de someterse a criterios reglados se conjuga con la admisión de la discrecionalidad, dejando que sea el libre criterio del fiscal y no el del legislador quien determine los casos en que es o no conveniente ejercitar la acción penal, se convierte a la voluntad de aquél en la dueña del proceso penal y de la posibilidad de castigo de los delitos, dominio que precisa de algún mecanismo correctivo, pues es susceptible de otro modo de producir el efecto corruptor del proceso, no sólo por contagiar al mismo de los errores de valorización del fiscal, sino por poder ser utilizado en función de espurias motivaciones de oportunidad no jurídica sino política”.

²⁵⁴ El sobreseimiento libre autoriza al juez, bajo determinadas circunstancias, a archivar definitivamente la causa penal mediante un auto con efecto de cosa juzgada. De todos los presupuestos tasados legalmente por los que podría acordarse, entiende NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, p. 59 que el que mejor casaría en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica es aquel relativo a que aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores (artículo 637.3º Lecrim). Con ello, las organizaciones que hayan alcanzado los niveles de diligencia requeridos en el artículo 31 bis CP podrían evitar la continuación del proceso, mas no, en cambio, aquellas otras que, pese no haber superado estos umbrales, hayan confesado el delito o colaborado con las autoridades, factores estos que, aisladamente considerados, sólo operarían como atenuantes de responsabilidad penal (artículo 31 quater CP). Ahora bien, siguiendo a NIEVA FENOLL, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, 2012, p. 213., NEIRA PENA matiza que para que el presupuesto del artículo 637.3º Lecrim rija como causa de sobreseimiento haría falta que la causa de exención apareciese al final de la fase de instrucción como indubitada y, por tanto, fuesen innecesarias ulteriores comprobaciones. De lo contrario, esto es, en caso de existir dudas sobre su apreciación, la circunstancia de exención debería ser objeto de enjuiciamiento en fase de juicio oral.

²⁵⁵ El sobreseimiento provisional consiste en una resolución judicial en virtud de la cual el juez cierra temporalmente el proceso procesal, pudiendo, sin embargo, sin embargo, reabrirse hasta el momento en que el delito prescriba en caso de apreciarse nuevas pruebas o indicios. GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes de la persona jurídica*, 2017, pp. 244-245 entiende que la segunda de las razones legales por las que cabe decretarlo, a saber, la inexistencia de motivos para

confundir con los NPAs/DPAs al ser radicalmente distintas. Y ello por un par de razones. En primer lugar, el sobreseimiento libre o provisional no acarrea una declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica investigada dado el archivo definitivo o temporal de la causa, respectivamente. En cambio, para conceder un NPA/DPA la fiscalía sí que exige una aceptación por la empresa de los hechos investigados aunque sin declarar formalmente su culpabilidad. Bien mirado, el sobreseimiento guarda relación *mutatis mutandi* con la *declination*, en virtud de la cual, el DOJ deja por escrito formal y públicamente su intención de omitir perseguir a aquella corporación que satisface una serie de presupuestos previamente negociados (cooperar con las autoridades durante la investigación o reparar los daños provocados por el ilícito penal, por ejemplo) pero sin reclamarle, para ello, que admita su responsabilidad²⁵⁶. En segundo lugar, las razones tasadas legalmente con arreglo a las cuales el sobreseimiento libre o provisional puede ser acordado judicialmente nada tienen que ver con cuestiones de oportunidad procesal, como ocurre, por el contrario, con los NPAs/DPAs, que presuponen la existencia de responsabilidad por parte de la empresa en relación con un concreto ilícito penal. Mientras que el sobreseimiento libre es dictado allá donde no concurren indicios racionales de criminalidad, el hecho no sea delictivo o el investigado aparezca exento de responsabilidad penal, el sobreseimiento provisional hace lo propio cuando no existan suficientes evidencias del hecho delictivo o de la responsabilidad del investigado.

4.1. La conformidad (artículo 787.8 Lecrim)

Contemplada desde el año 2011 para las personas jurídicas, la institución de la conformidad permite, sin mediar límite objetivo alguno²⁵⁷ e independientemente de la posición adoptada por el resto de acusados, que el representante especialmente designado de la entidad²⁵⁸, tras una negociación previa, asuma aquella pena solicitada por la acusación²⁵⁹, una que, en principio, debería ser menor a la que vendría ser requerida en caso de seguirse adelante con el procedimiento²⁶⁰. Llegados a este punto, el juez, siempre y cuando concluya que la calificación aceptada es correcta y que la pena resulta procedente conforme a dicha calificación, dicta una sentencia de conformidad. De este modo, en la medida en que se da por finalizado el procedimiento de forma anticipada, consiguen evitarse los costes y la lentitud que el

acusar al investigado como autor, cómplice o encubridor (artículo 641.2º Lecrim), podría llegar a operar con las personas jurídicas, siempre y cuando se entienda que éstas no cometen delitos (modelo de la heteroresponsabilidad) y que al atribuírsele responsabilidad no se les está imputando un hecho antijurídico. No obstante, como la propia autora reconoce, esta interpretación resulta un tanto forzada, e implicaría, además, que ninguna empresa pudiese llegar a juicio oral en tanto que lo cuestionado no serían tanto las diligencias practicadas en la causa particular como la propia naturaleza de la responsabilidad penal de la persona jurídica, por lo cual, su capacidad de rendimiento sería muy limitada.

²⁵⁶ Vid. McMAHON, «Defining Declinations: A New Enforcement Action», *The Global Anticorruption Blog*, 2018, pp. 1-2.

²⁵⁷ Para las personas físicas la institución de la conformidad sólo cabe allá donde la pena exigida sea inferior a los seis años de prisión (artículo 655 Lecrim para el procedimiento ordinario y artículo 787.1 Lecrim para el abreviado). Nada se dice, en cambio, en el artículo 787.8 Lecrim, por lo que, adoptando una interpretación a favor del reo, cabría sostener que en las causas penales seguidas contra personas jurídica no existe límite objetivo alguno, de tal forma que la posibilidad de llegar a un acuerdo conformidad estaría permitida sea cual sea el tipo de pena solicitada. Así lo cree BANACLOCHE PALAO, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 579.

²⁵⁸ A esta figura ya se refieren los artículos 119 y 120 Lecrim a la hora de abordar la cuestión de la imputación de la persona jurídica y nuevamente el artículo 786 bis Lecrim en lo tocante al ejercicio del derecho de defensa.

²⁵⁹ Para ello, es preciso que el representante de la persona jurídica cuente con un poder especial para llegar a un acuerdo de conformidad que le deberá haber sido concedido por los órganos internos de la corporación. Cfr. BANACLOCHE PALAO, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 578.

²⁶⁰ Más discutible es que mediante la conformidad también se produzca una admisión de la responsabilidad frente a los hechos, distinta a la mera aceptación de la pena acordada. A este respecto, vid. NIEVA FENOLL, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, 2012, pp. 216-222.

enjuiciamiento normalmente comporta en pos de una buena economía procesal²⁶¹. Pero, en tanto en cuanto la conformidad debe ser ratificada ante el juez o tribunal enjuiciador y acarrea una auténtica condena penal²⁶², las organizaciones siguen afrontando el riesgo tanto de ser excluidas de la contratación con el sector público – consecuencia colateral ésta que en España, al menos por el momento, no admite excepción alguna por razón de haber confesado el delito, haber ofrecido colaboración empresarial durante la investigación o haber materializado otra clase de factores enjuiciados positivos (artículo 71.1 a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público)²⁶³ – como de sufrir costes reputacionales – siempre que, con arreglo a las consideraciones hechas en el Apartado 2.1 a., existan motivos para prever que pueden llegar a darse²⁶⁴ –. Aparte, el problema de la opacidad de las negociaciones entre el Ministerio Fiscal y la empresa investigada continúa en pie²⁶⁵. Y, lo que es aún más preocupante, se corre un peligro real de que el sistema de justicia penal olvide a las personas físicas responsables del delito dado el temprano cierre de la causa a propósito de la prestación de conformidad por parte de la corporación.

4.2. El proceso por aceptación de decreto (artículos 803 bis a y ss.)

El proceso por aceptación de decreto (o monitorio penal) fue incorporado con el afán de acelerar la justicia penal y descongestionar los órganos jurisdiccionales frente a la resolución de hechos delictivos de escasa gravedad²⁶⁶. Su funcionamiento es relativamente sencillo. El Ministerio Fiscal, en cualquier momento desde el inicio de las diligencias hasta la finalización de la etapa sumarial, remite al juez instructor un decreto con una propuesta de imposición de pena y éste, tras revisar que los presupuestos legales de aplicabilidad de este procedimiento se cumplen, lo notifica al investigado con tal de que comparezca y manifieste su aceptación o rechazo. Si omite comparecer o comparece pero expresa su rechazo total o parcial, entonces, el decreto queda sin efecto. En cambio, de ser aceptado, el juez dicta sentencia condenatoria en los términos acordados.

Mediante este procedimiento se logran, como en la conformidad, unas mayores dosis de celeridad en la finalización de la causa así como un ahorro de costes con la garantía de que el decreto remitido por el Ministerio Fiscal es revisado judicialmente. No obstante, subyace todavía el problema del sufrimiento de consecuencias colaterales, dada la sentencia

²⁶¹ En este sentido, NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, p. 85; GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes de la persona jurídica*, 2017, p. 243.

²⁶² Opina BANACLOCHE PALAO, en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, 2019, p. 576 que aunque existe una cierta relación entre el ejercicio del principio de oportunidad y el instituto de la conformidad en lo que se refiere a su fundamento (la economía procesal) no cabe decir lo mismo respecto a su finalidad, puesto que en los casos de conformidad hay sentencia y hay condena.

²⁶³ No se pasa por alto que entre las “penas” interdictivas (artículo 33.7 b-g) CP) que el juez puede tener a bien imponer se encuentra la inhabilitación para contratar con el sector público (artículo 33.7 f) CP). Sin embargo, aquí estoy presumiendo que el juez ha omitido establecer esa “pena” pero, fruto de su condena judicial, colateralmente y por vía administrativa la persona jurídica sigue afrontando problemas para vincularse comercialmente con la Administración Pública.

²⁶⁴ En este sentido, NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, p. 85.

²⁶⁵ Así lo destaca NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, p. 85. En general, se refiere al problema de la falta de transparencia y regulación del proceso de negociación de los acuerdos de conformidad que el acusado alcanza con la fiscalía RODRÍGUEZ GARCÍA, *El consenso en el proceso penal español*, 1997, p. 93.

²⁶⁶ Sobre la naturaleza del proceso por aceptación de decreto, vid. ALONSO SALGADO, «Reflexiones en torno al proceso por aceptación por decreto», *Revista General de Derecho Procesal versión digital*, (40), 2016, pp. 1-4.

condenatoria dictada al término del proceso, así como el posible olvido de las personas físicas implicadas en el delito una vez aceptada la propuesta de imposición de pena, sin contar las numerosas críticas que la doctrina procesalista ya ha tenido ocasión de dirigir a esta institución de nuevo cuño (su solapamiento con el régimen de conformidad y enjuiciamiento rápido, el fomento de una adhesión en lugar de una auténtica negociación con el Ministerio Fiscal, el inexistente papel de la víctima en el proceso, etc.)²⁶⁷. En cualquier caso, la aplicabilidad del proceso por aceptación de decreto en la causas penales seguidas contra personas jurídicas se antoja un tanto difícil²⁶⁸ a la vista de los presupuestos cumulativos necesarios para su procedencia. Particularmente pienso en dos de los tres requeridos. En primer lugar, la exigencia de que “el delito esté castigado con pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad o con pena de prisión que no exceda de un año y que pueda ser suspendida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 del Código Penal, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores” (artículo 803 bis a. 1º Lecrim), lo que implica que el proceso por aceptación de decreto no resulte apreciable si entre las “penas” solicitadas se encuentran otras distintas a la multa, como la disolución o la intervención judicial, a pesar de que éstas, a la vista de los requisitos del artículo 66 bis CP, muchas veces no podrán pedirse. Y en segundo lugar, la condición de “que no esté personada acusación popular o particular en la causa” (artículo 803 bis a. 3º Lecrim), cosa que en los procedimientos penales contra personas jurídicas es posible que llegue a ocurrir.

4.3. El sobreseimiento acordado por razones de oportunidad en el marco del procedimiento para el juicio de delitos leves (artículo 963.1.1º Lecrim)

Tras la supresión en el año 2015 de las faltas en el Código Penal y la conversión de algunas de ellas en delitos leves surgió la necesidad de adaptar las disposiciones procesales, concretamente los artículos 962 y ss., Lecrim, a esta nueva realidad. Lo interesante es que fue a propósito de esta reforma que el legislador español tuvo a bien introducir de manera novedosa la posibilidad de sobreseer por una razón de oportunidad la causa que dio lugar al procedimiento para el juicio de delitos leves (antiguo juicio de faltas) de la mano del artículo 963.1.1º Lecrim. De la lectura de este precepto se extrae claramente que para que proceda el sobreseimiento, que ha de ser expresamente solicitado por el Ministerio Fiscal, es preciso que se esté ante delitos leves de muy escasa gravedad (crímenes de bagatela) a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias y las personales del autor, y que, además, no exista un interés público relevante en la persecución del hecho, extremo éste que en los delitos leves patrimoniales viene concretado en la reparación del daño y en la inexistencia de denuncia por el ofendido²⁶⁹. De ser finalmente acordado, entonces, el juez instructor notifica el sobreseimiento a los ofendidos por el delito pudiendo estos recurrir la decisión.

La limitación más obvia de este tipo de sobreseimiento dictado por razones de oportunidad procesal, con el consiguiente archivo de la causa, es que para poder operar resulta necesario

²⁶⁷ Vid. ALONSO SALGADO, *Revista General de Derecho Procesal versión digital*, (40), 2016, pp. 8 y ss.; MAESTRE DELGADO, «El nuevo proceso penal por aceptación de decreto: fulgor y muerte de un instituto inadaptado», *La Ley Penal*, (7520), 2015, pp. 1 y ss.

²⁶⁸ Así lo cree NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, pp. 86-88.

²⁶⁹ Explica GIMENO SENDRA, *Diario La Ley*, (8746), 2016, p. 7 que por “denuncia” habría que entender solamente la formulada ante el juez de instrucción o el Ministerio Fiscal, no ante la policía judicial, dada la drástica reducción de este precepto que se produciría en este último caso, y que allá donde la ley dice “perjudicado” (letra b) de la regla 1ª del artículo 963.1.1º Lecrim) hay que entender ofendido pues sólo éste es titular de la acción penal.

que se haya producido la comisión de un delito leve conforme a los parámetros establecidos en los artículos 13.3 CP y 33.4 CP y que, además, dicho delito sea de muy escasa gravedad. A la vista de la clase de ilícitos penales por los que la persona jurídica puede ser responsabilizada, cuesta mucho imaginar que ese presupuesto llegue a superarse. A lo sumo, el único tipo delictivo que, hasta donde alcanzo a ver, cabría barajar es el delito de estafa cuya cantidad, para poder ser considerado leve, debería ser inferior a los 400 euros (artículo 249 CP). Lo que ocurre es que, conforme a lo dispuesto por el artículo 963.1.1º Lecrim, hace falta que la víctima no haya interpuesto denuncia alguna, lo cual no puede descartarse en delitos como el señalado. En definitiva, la operatividad de la institución examinada en las causas penales seguidas contra personas jurídicas cabría tildarla de tremendamente residual por no decir prácticamente anecdótica.

5. Balance final

Importar indiscriminadamente una mecánica gestada en un sistema legal distinto del español tiende a traer problemas que luego, si cabe, son tremendamente difíciles de solventar²⁷⁰. Antes de optar por mimetizar un modelo ajeno a una cultura jurídica es preciso ponderar sus ventajas e inconvenientes, comprobar cualquier dificultad de compatibilización con el ordenamiento jurídico receptor y examinar la capacidad de rendimiento de otras herramientas debidamente consolidadas en el sistema nacional que tal vez ofrezcan ya una buena salida. El presente artículo ha intentado aportar un granito de arena a esa necesaria reflexión que inexorablemente debe preceder a la decisión acerca de si trasladar o no a España el principio de oportunidad procesal en las causas penales seguidas contra personas jurídicas de la mano de los NPAs/DPAs originados en Estados Unidos. Tras el estudio efectuado, las conclusiones alcanzadas son las siguientes:

(a) Una fiel reproducción del sistema estadounidense seguramente arroje concretas ventajas, como podrían ser la neutralización del riesgo de exclusión de la empresa investigada para ser contratada por la Administración pública – mas no, de forma tan tajante, el posible coste reputacional a experimentar – así como la consecución de una mayor agilización procesal al menor coste posible precisamente por omitir celebrar juicios orales y fomentar la colaboración empresarial. Sin embargo, a buen seguro una tal mimetización podría acabar por desencadenar inconvenientes tremendamente perversos que, sin duda alguna, hace falta sortear, siendo algunos de los más preocupantes la amplia discrecionalidad reconocida a la fiscalía, con toda la mala *praxis* que ello ha generado en Estados Unidos, y la falta de persecución de los responsables individuales, lo que acabaría por reducir el coste percibido del delito en perjuicio de una buena prevención de la delincuencia económica²⁷¹. A lo sumo, si el legislador español

²⁷⁰ Sin ir más lejos, el legislador penal español, en lugar de llenar de contenido propio al artículo 31 bis CP, optó por reproducir literalmente lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto Legislativo italiano 231. Esta *praxis* tan errática ha provocado luego auténticos quebraderos de cabeza entre los penalistas. Por dar un ejemplo, no queda nada claro si el “órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control” cuya presencia el artículo 31 bis. 2 CP reclama como presupuesto necesario, aunque no suficiente, para conceder la exención penal a la persona jurídica por aquellos delitos cometidos por los llamados *apicali* (primera vía de imputación) se corresponde con el *compliance officer* de origen norteamericano o bien con otro organismo distinto gestado en la cultura de gobernanza italiana denominado *Organismo di Vigilanza*. Sobre esta discusión, vid. TURIENZO FERNÁNDEZ, *La responsabilidad penal del compliance officer* 2020, pp. 37 y ss.

²⁷¹ Creen que no conviene trasladar indiscriminadamente la práctica de los NPAs/DPAs a España NEIRA PENA, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, 2017, pp. 94-102; GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes de la persona jurídica*, 2017, p. 256.

comienza a plantearse que los NPAs/DPAs pueden llegar a representar un buen aliado frente al fenómeno de la delincuencia de empresa, su mejor baza sería aprender de los errores en los que ha incurrido Estados Unidos a fin de evitar repetirlos e introducir, para ello, algunas herramientas correctivas (publicar unas directrices en esta materia o contemplar un efectivo control judicial, por ejemplo), como han hecho otros países del entorno comparado, así como promover su uso selectivo. Aun cuando se proceda del modo descrito, quedaría afrontar todavía el gran reto de ofrecer una solvente respuesta a las diversas críticas a las que se han visto sometidas algunas condiciones propias de los NPAs/DPAs, tales como los déficits que subyacen al emprendimiento de reformas estructurales, e incluso esta práctica en sí misma considerada, como la erosión del sistema de justicia penal.

(b) Poco importa que los NPAs/DPAs sean enjuiciados como más o menos ventajosos o que sean configurados en uno u otro sentido si luego las características del sistema procesal receptor difícilmente permiten su pacífica integración en la *praxis*. En el caso del sistema español ya vimos que el papel jugado por el Ministerio Fiscal, cuanto menos en las investigaciones sobre delitos económicos, ha sido cada vez más preeminente, sin perjuicio de que su intervención sea modulable en función del tipo de régimen de investigación que se refleje en la causa concreta. Por ello, al menos en este aspecto, no existirían significativas dificultades de acomodo de los NPAs/DPAs en caso de llegar a extrapolarse, especialmente si la cesión de la dirección de la instrucción al Ministerio Fiscal acaba por plasmarse en una futura reforma de la legislación procesal. Aun así, todavía quedarían por superar dos problemas de compatibilidad nada insignificantes: la carencia de monopolio por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción penal, de un lado, y los derechos y garantías procesales reconocidos constitucionalmente, de otro. Cada uno de estos trascendentes obstáculos, de querer ser convenientemente superados, demandaría de una meditada solución individualizada. En estas páginas he sugerido algunas posibles salidas cuya introducción reclamaría de una reflexión más pausada que la que aquí puede ofrecerse. Mientras que para el primero de los óbices señalados convendría barajar la introducción de mecanismos que amparen las pretensiones tanto de la acusación particular como popular y que doten a estas partes de una facultad de contradicción frente a los acuerdos alcanzados entre empresa y fiscalía, para el segundo deberían establecerse herramientas correctivas que permitan evitar eventuales infracciones de derechos y garantías constitucionales como, por ejemplo, publicar unas directrices sobre los extremos puntales de los NPAs/DPAs, prever un efectivo control judicial o dotar al proceso de la debida transparencia.

(c) El ordenamiento jurídico español cuenta con diversos cauces procesales alternativos al tradicional juicio oral basados en razones de oportunidad cuyo uso seguramente permitiría cuestionarse si acaso el debate sobre la importación de la práctica de los NPAs/DPAs resulta en vano por carecer de una razón de necesidad práctica. Concretamente me refiero a la conformidad, el proceso por aceptación de decreto y el sobreseimiento acordado por razones de oportunidad en el marco del procedimiento para el juicio sobre delitos leves. Ocurre, con todo, que cada uno de estos instrumentos procesales presenta algún tipo de limitación que dificulta, en mayor o menor medida, su completo acomodo a la realidad de las causas penales seguidas contra personas jurídicas, de modo que todavía existirían motivos para seguir discutiendo acerca de la introducción en España de mecanismos como los NPAs/DPAs.

6. Bibliografía

ALEXANDER/ARLEN (2018), «Does Conviction Matter? The Reputational and Collateral Effects of Corporate Crime», en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, Edward Elgar, Massachusetts, pp. 87-147.

ALEXANDER/COHEN (2015), «The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective of Non-Prosecution, Deferred Prosecution and Plea Agreements», *American Criminal Law Review*, (52-3), pp. 537-593.

ALONSO SALGADO (2016), «Reflexiones en torno al proceso por aceptación por decreto», *Revista General de Derecho Procesal versión digital*, (40), pp. 1-19.

AMULIC (2017), «Humanizing the Corporation While Deshumanizing the Individual: The Misuse of Deferred-Prosecution Agreements in the United States», *Michigan Law Review*, (116), pp. 123-154.

ARLEN (2019), «The Potential Promise and Perils of Introducing Deferred Prosecution Agreements Outside the U.S.», *NYU School of Law Public Law Research Paper*, (19-30), pp. 1-32.

———— (2017), «Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals Into Corporate Cops», *NYU University School of Law Research Paper*, (17-12), pp. 1-18.

———— (2016), «Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed through Deferred Prosecution Agreements», *Journal of Legal Analysis*, (8-1), pp. 191-234.

———— (2012), «Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence», en HAREL/HYLTON (eds.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, Edward Elgar Publishing, Massachusetts, pp. 144-203.

———— (2011), «Removing Prosecutors from the Boardroom: Limiting Prosecutorial Discretion to Impose Structural Reforms», en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, New York City University Press, New York, pp. 62-86.

ARLEN/BUCELL (2020), «The Law of Corporate Investigations and the Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement», *NYU School of Law Public Law Research Paper*, (19-43), pp. 1-63.

ARLEN/KAHAN (2017), «Corporate Governance Regulation through Nonprosecution», *University of Chicago Law Review*, (84-1), pp. 323-387.

ARLEN/KRAAKMAN (1997), «Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes», *New York University Law Review*, (72-4), pp. 687-779.

ARMENTA DEU (2013), «Principio de legalidad vs Principio de oportunidad: una ponderación necesaria», en PICÓ I JUNOY (dir.), *Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la profesora María Victoria Berzosa Francos*, J.M. Bosch, Barcelona, pp. 441-455.

———— (2002), «El fiscal instructor, ¿es necesario?», *Cuadernos de Derecho público*, (16), pp. 191-222.

ARMOUR et al. (2020), «Board Compliance», *Minnesota Law Review*, (104), pp. 1.191-1.273.

AVIRAM (2005), «In Defense of Imperfect Compliance Programs», *Florida State University Law Review*, (32-2), pp. 763-780.

BAER (2018), «When the Corporate Investigate Itself», en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, Edward Elgar, Massachusetts, pp. 308-333.

BANACLOCHE PALAO (2019), «El principio de oportunidad y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel de los programas de cumplimiento normativo (*Compliance Programs*)», en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 551-582.

———— (2018), «Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas», en V.V.A.A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Fiscalía General del Estado, Madrid, pp. 13-40.

BARKOW/CIPOLLA (2013), «Increased Judicial Scrutiny of Deferred Prosecution Agreements», *New York Law Journal*, pp. 1-3. Disponible en: https://jenner.com/system/assets/publications/12185/original/NYLJ_Barkow_Cipolla_082013.pdf?1377091935 (visitado el 15/03/2020).

BÖSE (2014), «Strafbarkeit juristischer Personen – Selbstverständlichkeit oder Paradigmenwechsel im Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (126-1), pp. 132-165.

BOUFFARD/MUFTIC (2007), «The Effectiveness of Community Service Sentences Compared to Traditional Fines for Low-Level Offenders», *The Prison Journal*, (87-2), pp. 171-194.

BROWN (2004), «The Problematic and Faintly Promising Dynamics of Corporate Crime Enforcement», *Ohio State Journal of Criminal Law*, (1), pp. 521-549.

BUELL (2007), «Criminal Procedure Within the Firm», *Stanford Law Review*, (59-6), pp. 1.613-1.670.

BUSEKIST/UHLIG (2016), «Third Party Compliance», en HAUSCHKA et al. (dirs.), *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 3ª ed., C.H. Beck, München, pp. 1.128-1.151.

EPSTEIN (2011), «Deferred Prosecution Agreements on Trial: Lessons from the Law of Unconstitutional Conditions», en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, New York City University Press, New York, pp. 38-61.

———— (2006), «The Deferred Prosecution Racket», *The Wall Street Journal*, pp. 1-2. Disponible en: <https://www.wsj.com/articles/SB116468395737834160> (visitado el día 18/02/2020).

FEIJOO SÁNCHEZ (2016), «Las consecuencias jurídicas del delito», en BAJO FERNÁNDEZ et al., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, pp. 273-311.

———— (2011), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Civitas, Madrid, pp. 65-142.

FORD/HESS (2009), «Can Corporate Monitorships Improve Corporate Compliance?», *The Journal of Corporation Law*, (34-3), pp. 679-737.

FRISCH (2013), «Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung», en ZÖLLER et al., (dirs.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension: Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Duncker & Humboldt, Berlin, pp. 349-373.

FROMM (2007), «Auf dem Weg zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen/Unternehmensvereinigungen in Europa?», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (7), pp. 279-291.

FUENTES SORIANO (2003), «El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma», *Fundación Alternativas*, (16), pp. 1-40.

GARRETT (2020), «Declining Corporate Prosecutions», *American Criminal Law Review*, (57-1), pp. 109-156.

———— (2016 a), «Why Plea Bargains Are Not Confessions», *William & Mary Law Review*, (57-4), pp. 1.415-1.444.

———— (2016 b), «The Metamorphosis of Corporate Criminal Prosecutions», *Virginia Law Review*, (101-19), pp. 60-72.

———— (2014), *Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations*, Harvard University Press, Massachusetts.

———— (2011), «Globalized Corporate Prosecutions», *Virginia Law Review*, (97-8), pp. 1.775-1.875.

———— (2007), «Structural Reform Prosecutions», *Virginia Law Review*, (93-4), pp. 853-957.

GETHARD (2019), «Falling Giant: A Case Study of AIG», *Investopedia*, pp. 1-2. Disponible en: <https://www.investopedia.com/articles/economics/09/american-investment-group-aig-bailout.asp> (visitado el día 07/03/2020).

GIMENO BEVIÁ (2017), «Los acuerdos con la persona jurídica como alternativa al proceso penal», en CASTILLEJO MANZANARES (dir.), *Nuevos debates en torno a la justicia española*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 47-70.

GIMENO SENDRA (2016), «El principio de oportunidad y el M.F.», *Diario La Ley*, (8746), pp. 1-13.

———— (2006), «La reforma de la Lecrim y la posición del M.F. en la investigación penal», en GIMENO SENDRA (dir.), *El Ministerio Fiscal-Director de la instrucción*, Iustel, Madrid, pp. 23-47.

———— (1988), «Los procedimientos penales simplificados. (Principio de ‘oportunidad’ y proceso penal monitorio)», *Poder Judicial*, (extra 2), pp. 31-52.

GOENA VIVES (2017), *Responsabilidad penal y atenuantes de la persona jurídica*, Marcial Pons, Barcelona.

GÓMEZ COLOMER (2018), «La Fiscalía española, ¿debe ser una institución independiente?», *UNED Teoría y realidad constitucional*, (41), pp. 157-184.

GÓMEZ-JARA DÍEZ (2016), «La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ et al., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, pp. 221-249.

GÓMEZ MARTÍN (2017), «Penas para personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobo?», en LANDA GOROSTIZA (dir.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, Dykinson, Madrid, pp. 247-284.

———— (2014), «Compliance y derecho de los trabajadores», en MIR PUIG et al., (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, pp. 421-458.

GÓNZALEZ-CANO/ROMERO PRADAS (1989), «El principio de oportunidad reglada», en V.V.A.A., *La reforma del procesal penal*, Ministerio de Justicia Centro de Publicaciones, Madrid, pp. 707-720.

GONZÁLEZ GRANDA (2019), «El derecho fundamental a la libertad de empresa y compliance penal», en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 895-937.

GÓNZALEZ LÓPEZ/NIETO MARTÍN (2016), «La investigación de los delitos económicos en España: intentando poner orden en el camarote de los hermanos Marx», *Diario la Ley*, (8768), pp. 1-21.

GRACIA MARTIN (2016), «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (18-05), pp. 1-95.

GRIFFIN (2011), «Inside-Out Enforcement», en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, New York City University Press, New York, pp. 110-131.

HARRISON (2017), «Monitorships and Deferred Prosecution Agreements: History, Process and Recent Trends», en WEIL et al., (dirs.), *Litigation Services Handbook. The Role of the Financial Expert*, 6ª ed., Wiley, New Jersey, pp. 1-35.

HENNING (2009), «Corporate Criminal Liability and the Potential for Rehabilitation», *American Criminal Law Review*, (46), pp. 1.417-1.436.

JAKOBS (2002), «Strafbarkeit juristischer Personen?», en PRITTWITZ (dir.), *Festschrift für Klaus Lüderssen: zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Baden-Baden, Nomos, pp. 559-575.

KHANNA (2011), «Reforming the Corporate Monitor?», en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, New York City University Press, New York, pp. 226-248.

KHANNA/DICKINSON (2007), «The Corporate Monitor: The New Corporate Czar?», *Michigan Law Review*, (105-8), pp. 1.713-1.756.

KRAWIEC (2003), «Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance», *Washington University Law Review*, (81-2), pp. 487-544.

MCMAHON (2018), «Defining Declinations: A New Enforcement Action», *The Global Anticorruption Blog*, pp. 1-2. Disponible en: <https://globalanticorruptionblog.com/2018/06/25/defining-declinations-a-new-enforcement-action/> (visitado el día 30/03/2020).

MAESTRE DELGADO (2015), «El nuevo proceso penal por aceptación de decreto: fulgor y muerte de un instituto inadaptado», *La Ley Penal*, (7520), pp. 1 y ss.

MARKOFF (2013), «Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century», *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, (15-3), pp. 797-842.

MARTÍN PASTOR (2012), «Cuestiones orgánicas y constitucionales sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de la fase de instrucción del proceso penal», en PÉREZ-CRUZ MARTIN et al., (dirs.), *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011, Universidade da Coruña, A Coruña, pp. 557-579.

MILLER (2019), *The Law of Governance, Risk Management and Compliance*, 3ª ed., Wolters Kluwer, New York.

———— (2018 a), «The Compliance Function: An Overview», en GORDON/RINGE (eds.), *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*, Oxford University Press, Oxford, pp. 981-1.000.

----- (2018 b), «An Economic Analysis of Effective Compliance Programs», en ARLEN (ed.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misleading*, Edward Elgar, Massachusetts, pp. 247-262.

MIR PUIG (2014), «Las nuevas ‘penas’ para personas jurídicas: una clase de ‘penas’ sin culpabilidad», en MIR PUIG et al., (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, pp. 3-14.

NEIRA PENA (2017), *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

NIETO MARTÍN (2015), «Investigaciones internas», en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 231-270.

NIEVA FENOLL (2012), *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Edisofer, Madrid.

ORTIZ DE URBINA GIMENO (2016), «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones materiales», en V.V.A.A., *Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 165-200.

----- (2014), «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: *The American Way*», en MIR PUIG et a., (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, pp. 35-88.

----- (2004), «Análisis económico del derecho y política criminal», *Revista de derecho penal y criminología*, (extraordinario 2), pp. 31-73.

ORTIZ DE URBINA GIMENO/CHIESA (2019), «Compliance y responsabilidad penal de entes colectivos en E.E.U.U.», en GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 1.501-1.542.

PAULSEN (2007), «Imposing Limits on Prosecutorial Discretion in Corporate Prosecution Agreements», *New York City Law Review*, (82-5), pp. 1.434-1.469.

RAKOFF (2014), «The Financial Crisis: Why Have No High-Level Executives Been Prosecuted?», *The New York Review of Books*, pp. 1-2. Disponible en: <https://www.nybooks.com/articles/2014/01/09/financial-crisis-why-no-executive-prosecutions/> (visitado el día 19/02/2020).

REILLY (2018), «Sweetheart Deals, Deferred Prosecution and Making a Mockery of the Criminal Justice System: U.S. Corporate DPAs Rejected in Many Fronts», *Arizona State Law Journal*, (50), pp. 1.113-1.170.

ROBINSON (2012), *Principios distributivos del Derecho Penal. A quién debe sancionarse y en qué medida* (Traducc., CANCIO MELIÁ/ORTIZ DE URBINA GIMENO), Marcial Pons, Madrid.

ROBLES PLANAS (2011), «Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP», *Diario la Ley*, (7705), pp. 1-40.

- RODRÍGUEZ GARCÍA (1997), *El consenso en el proceso penal español*, J.M. Bosch, Barcelona.
- ROOT (2017), «Constraining Monitors», *Fordham Law Review*, (85-5), pp. 2.227-2.247.
- (2014), «The Monitor-‘Client’ Relationship», *Virginia Law Review*, (100), pp. 523-585.
- SORKIN (2009), *Too Big to Fail: The Inside Story of How Wall Street and Washington Fought to Save the Financial System from Crisis — and Themselves*, Viking Press, New York.
- SANTANA VEGA (1994), «Principio de oportunidad y sistema penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (47-2), pp. 105-136.
- SCHLÖSSER (2006), «Vertraglich vereinbarte Integritätsklauseln und strafrechtliche Haftung der Unternehmensleitung», *Wistra*, (12), pp. 446-452.
- SCHÜNEMANN (2008), «Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsstrafrecht?», en SIEBER (dir.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Karl Heymann, Köln, pp. 429-447.
- SENKO (2009), «Prosecutorial Overreaching in Deferred Prosecution Agreements», *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, (19), págs. 163-194.
- SILVA SÁNCHEZ (2016), *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*, 2ª ed., Edisofer, Madrid.
- (2012), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Español», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, (65), pp. 7-36.
- (1996), «Eficiencia y derecho penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (49-1), pp. 93-128.
- TARUFFO (2013), «La verdad en el proceso», *Derecho & Sociedad*, (40), pp. 239-248.
- TOMBS/WHYTE (2015), *The Corporate Criminal. Why Corporations Must Be Abolished*, Routledge, London and New York.
- TURIENZO FERNÁNDEZ (2020), *La responsabilidad penal del compliance officer*, Inédito.
- UHLMANN (2013), «Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability», *Maryland Law Review*, (27), pp. 1.295-1.344.