

Compliance Advisory LAB

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

REPORT 3

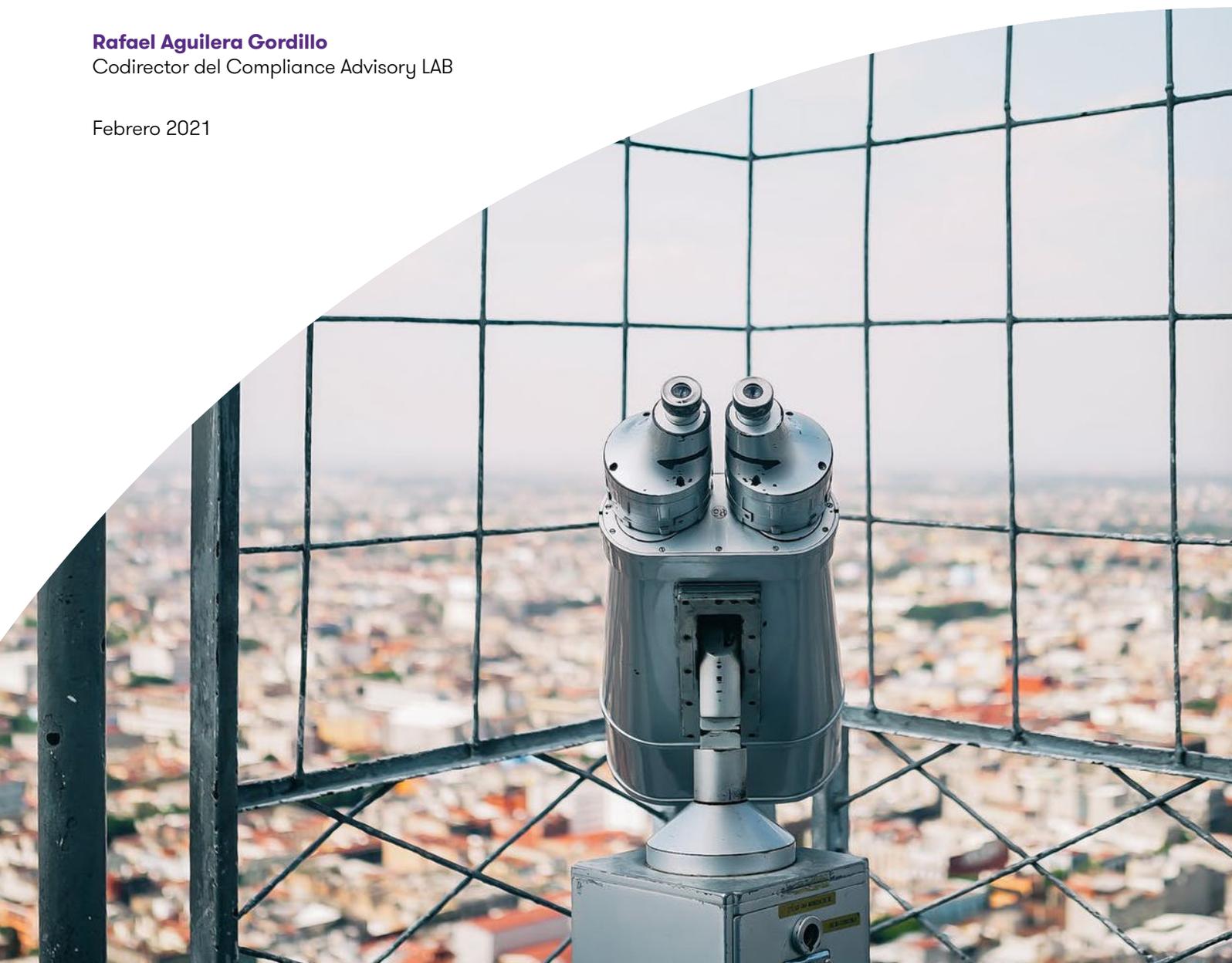
Incertidumbres en el *Compliance Penal*: fragilidades con implicaciones reales para la empresa.

«Beneficio corporativo indirecto», «incumplimiento grave de los deberes de supervisión», «nulidad de prueba en investigaciones internas y confidencialidad»

Rafael Aguilera Gordillo

Codirector del Compliance Advisory LAB

Febrero 2021



REPORT 3

Incertidumbres en el Compliance Penal: fragilidades con implicaciones reales para la empresa

«Beneficio corporativo indirecto», «incumplimiento grave de los deberes de supervisión», «nulidad de prueba en investigaciones internas y confidencialidad»

El régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica y el *Compliance* Penal conforman un ámbito que suscita enorme interés. La trascendencia de sus efectos para el contexto empresarial, la íntima vinculación con los sistemas de gobernanza, su apertura hacia el enfoque holístico o lo novedoso que es, en términos relativos, este campo, son algunos de los catalizadores que estimulan dicho interés.

Ahora bien, la relativa novedad constituye un factor de atracción y, a su vez, puede originar cierto halo de confusión. Y es que, **existe un elenco considerable de conceptos, fórmulas normativas y aspectos sobre los que ni existe unanimidad doctrinal acerca de su interpretación o implicaciones, ni el transcurso de estos años ha posibilitado la clarificación por vía jurisprudencial de la mayor parte de ellos.** En cambio, otros ámbitos gozan de varias décadas e, incluso, siglos de tradición, lo que ha permitido definir y asentar conceptos de manera progresiva.

En esta coyuntura, donde se ofrecen diversas y sólidas interpretaciones, pero no existe un claro respaldo o ratificación por parte de los tribunales de justicia, **la necesaria seguridad jurídica se resiente.** Actualmente, existen diversas nociones en el aire y, como afirmó *Ortega y Gasset* «hay tantas realidades como puntos de vista» o, como manifestó *James Joyce*, «los colores dependen de la luz que uno ve». Sin embargo, **nos situamos en el contexto jurídico-penal y, de la aplicación de un criterio u otro, depende que una empresa, fundación o asociación sea condenada o absuelta, nada más y nada menos.**



Nos encontramos, pues, en un área donde la ondulación del terreno normativo se acentúa, volviéndose más vacilante e inestable. Por tanto, dichas nociones merecen un análisis especialmente sosegado y cauteloso por parte del experto.

En el presente report se abordan algunas de estas fórmulas o nociones, así como otros aspectos que resultan especialmente trascendentales, ya que, de alguna manera, pueden jugar un papel crítico, tanto para la propia empresa como para los profesionales que desarrollen funciones en materia de *Compliance*.

1. El beneficio corporativo, directo o indirecto, por la conducta antijurídica de la persona física

Como resulta sobradamente conocido, los «hechos de conexión» (letras a y b del Art. 31 Bis 1 del Código Penal) contemplan unas concretas exigencias o presupuestos¹ que deben darse para que pueda activarse la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica; asimismo, para iniciar el tanteo sobre la procedencia de dicha atribución, han de apreciarse, previamente, unos elementos fundamentales² que pueden sintetizarse del siguiente modo: que el comportamiento antijurídico de la persona física se hubiera desarrollado en el ámbito de la organización, que la conducta pueda encajar en alguno de los tipos penales para los que se prevé la responsabilidad criminal corporativa y que la organización goce de personalidad jurídica.



Pues bien, una de las fórmulas que más inquietud genera es aquella que se encuentra, de manera indistinta, en ambos «hechos de conexión»: el «beneficio directo o indirecto» para la persona jurídica. Tanto si el comportamiento delictivo es protagonizado por un directivo o mando con capacidad de supervisión como por cualquier otro trabajador, el Código Penal requiere que tal conducta genere una ganancia o ventaja a la propia persona jurídica. Esta fórmula se incorporó mediante la reforma operada por LO 1/2015, sustituyendo al concepto «en provecho» que introdujo la célebre LO 5/2010.

Por «beneficio» podría entenderse lucro, rendimiento económico o ventajas de diversa naturaleza. Existe poco margen de duda en aquellos comportamientos antijurídicos en los que, concurriendo el resto de los presupuestos previstos en alguno de los «hechos de conexión», se produce un claro beneficio de carácter patrimonial para la empresa. Muestras palpables de ello son, por ejemplo, los siguientes casos abordados en la STS núm. 118/2020 de 12 de marzo³, STS núm. 165/2020 de 19 de mayo⁴ o la STS núm. 296/2020 de 10 de junio⁵.

- 1 Para profundizar *vid.* DEL ROSAL BLASCO, B.; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención», en AAVV/ MORILLAS CUEVA (Dir.); *Estudios sobre el Código Penal reformado* (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015), Ed. Dykinson, Madrid, 2015, pp. 84-104; AGUILERA GORDILLO, R.; *Manual de Compliance Penal en España*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 266-295.
- 2 GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; «La eficacia exigente de los programas de prevención de delitos», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, pp. 595-596.
- 3 En dicha resolución, de la que fue ponente el magistrado ANTONIO DEL MORAL GARCÍA, se desestima del recurso de casación interpuesto contra la condena a una sociedad limitada condenada por la comisión de tres delitos contra la Hacienda Pública de los artículos 305.1.2 y 6 C.P. La gestora efectiva de la mercantil con ánimo de aminorar sustancialmente las cuantías a ingresar en el erario público, contabilizó y dedujo, en las «declaraciones tributarias de la mercantil, operaciones con cuotas de IVA soportado ficticias por importes de 114.616,03 euros en 2011, 195.171,99 euros en 2012 y 207.276,96 euros en 2013, determinando esta indebida contabilización que el IVA soportado real fuese de 56.461 '53 euros en 2011, 63.541,72 euros en 2012 y 78326,32 euros en 2013 y 169.798,83 euros.[...]».
- 4 Sentencia, cuyo ponente fue el magistrado JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR, donde se desestima recurso de casación interpuesto contra la condena a una sociedad limitada por una tentativa de estafa procesal prevista en el artículo 250.1.7 C.P. En este caso, con el claro objeto de evitar el abono de 5.124,27€ que reclamaba un trabajador en el marco de un proceso laboral, se presentó un documento falso que contenía la firma simulada de dicho empleado y en el cual este afirmaba que había recibido 259,27€ por vacaciones no disfrutadas y 691,31€ en concepto de finiquito, sin que existieran más cuantías por reclamar.
- 5 Sentencia, de la que fue ponente el magistrado JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR, que desestima recurso de casación interpuesto contra la condena a una sociedad limitada dedicada a la construcción y rehabilitación por dos delitos contra la Hacienda Pública, en grado de tentativa. Sus directivos presentaron declaraciones de IVA incluyendo los importes correspondientes a servicios que no se habían prestado a la sociedad y las cuotas de IVA soportadas que se incluían no eran reales, solicitando la claramente indebida devolución de 212.580 euros por el ejercicio 2011 y defraudando al erario una cuota de 937.151,37 en el ejercicio 2010.

Por el contrario, pueden darse casos de **delincuencia ad intra** donde no se favorece a la persona jurídica en cuyo ámbito⁶ se cometió el delito, pues el posible beneficio repercute, exclusivamente, sobre las personas físicas que protagonizaron el delito o sobre terceros (personas físicas o jurídicas ajenas). En estos supuestos, la responsabilidad penal de la persona jurídica no tiene cabida. **A fortiori, la impropiedad de atribuir la responsabilidad penal de la persona jurídica resulta más evidente en supuestos incardinables en la conocida como «criminalidad contra la empresa»⁷, esto es, cuando el comportamiento delictivo del directivo o empleado provoca un evidente perjuicio a la propia persona jurídica en cuyo ámbito interviene. A este respecto, la STS núm. 35/2020 de 6 de febrero⁸ resulta paradigmática al ocuparse de este supuesto. No obstante, en este tipo de escenarios donde intervienen varias personas físicas, un fenómeno de «criminalidad de empresa» observado bajo el prisma de una persona jurídica puede llegar a ser, a su vez, «criminalidad contra la empresa» desde la perspectiva de otra persona jurídica que sufre un perjuicio por la misma actividad delictiva.**

Sin embargo, al margen de lo expuesto, **pueden presentarse situaciones más confusas o equívocas (al no resultar claro si la conducta antijurídica del directivo o empleado viene acompañada, o no, de la generación de cierta ganancia o ventaja a favor a la persona jurídica)**. Según se interpreten los términos «beneficio» «indirecto», la tarea jurisdiccional

de filtrado puede ser bien distinta. Desde una perspectiva interpretativa eminentemente literal, el término «beneficio» tiene diez acepciones en el diccionario de la R.A.E. De aquellas, la 1ª y 2ª, 5ª y 7ª⁹ parecen acomodarse mejor al contexto del Código; no obstante, la 1ª y 2ª ofrecen unos extensos significados que desbordan lo patrimonial. Además, si al término «beneficio», le añadimos el calificativo «indirecto»¹⁰, obtenemos una noción que puede llegar a tener una enorme capacidad de alcance para la imputación y condena de la persona jurídica.

Para tratar de obtener una visión jurídico-penal acerca de las implicaciones interpretativas de estos términos -de lege lata-, puede recurrirse a la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, donde se dedica un epígrafe a esta cuestión (2.4 *El beneficio directo o indirecto de la persona jurídica*) y puede destacarse lo siguiente:

«La sustitución en la LO 1/2015 del término “provecho” por el de “beneficio directo o indirecto” despeja las dudas en favor de la interpretación lata que permite extender la responsabilidad de la persona jurídica a aquellas entidades cuyo objeto social no persigue intereses estrictamente económicos, así como incluir los beneficios obtenidos a través de un tercero interpuesto (caso de las cadenas de sociedades), los consistentes en un ahorro de costes y, en general, todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales».

6 Para profundizar en el significado e implicaciones acerca de que el comportamiento delictivo haya tenido que cometerse «en nombre o por cuenta» [letra a del Art. 31 bis 1 C.P.] o «en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta» [letra b del Art. 31 bis 1 C.P.], vid. AGUILERA GORDILLO, R.; *Manual de Compliance Penal en España*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 281-286.

7 GALÁN MUÑOZ, A.; *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 127-129. Por el contrario, como señala el autor, los delitos desarrollados bajo el contexto corporativo que benefician a la persona jurídica y que, por tanto, pueden implicar la responsabilidad penal de la persona jurídica son incardinables en el concepto «criminalidad de la empresa».

8 Sentencia, cuyo ponente es el magistrado VICENTE MAGRO SERVET, que analiza un caso en el que una importante sociedad anónima sufre una estafa (Art. 248 en relación con el 250.1 5º C.P.) donde varios de sus empleados desarrollan un papel muy relevante (facilitan ad intra el delito, cooperando en un contexto ad extra con otros sujetos). Fº Dº 6º: «consta que desde enero de 2012 las empresas del grupo Reciclarte S.L. de las que es responsable Leoncio y la empresa Reciclados y Demoliciones San Juan S.L. de la que es responsable Julio con evidente ánimo de procurarse un beneficio ilícito y en connivencia con Jacinto, Jesús y Javier, todos ellos clasificadores de ArcelorMittal S.A.U., enviaban cargas de chatarra mezclada con estériles (materiales de desecho no reciclables en hierro ni acero) en un porcentaje muy superior al habitual en el sector de chatarrería de manera que los mencionados clasificadores, encargados de seleccionar la chatarra por categorías y de establecer el porcentaje de descuento por estériles mezclados con la chatarra útil para la transformación en acero, cuando llegaba la carga de chatarra a la empresa transformadora efectuaban un descuento por estériles muy inferior a la cantidad que realmente estaba mezclada con la chatarra útil de manera que ArcelorMittal pagaba por chatarra convertible estériles inservibles para la transformación. A cambio de esta maniobra los clasificadores percibían del Grupo Reciclarte y de Reciclados y Demoliciones San Juan cantidades periódicas de dinero cuya data no se ha determinado que oscilaban entre 2.000 y 6.000 €». Ello produjo un grave perjuicio económico a ArcelorMittal, que superó los ochocientos mil euros.

9 Beneficio: 1. m. Bien que se hace o se recibe. 2. m. utilidad ([| provecho]). [...]

5. m. Acción de beneficiar [| ceder créditos]. [...]

7. m. Ganancia económica que se obtiene de un negocio, inversión u otra actividad mercantil. La empresa prefiere no repartir beneficios este año y promocionar el nuevo producto. [...].

Es decir, la **Fiscalía General del Estado** apunta que esta **noción engloba ganancias o ventajas no solo de eminente carácter económico, sino de cualquier otra naturaleza. Este particular queda especialmente indefinido cuando recurre al adjetivo «intangible»**. Dicha postura, quizás resulte un exceso interpretativo que, además, coadyuva a difuminar la certeza que debería existir. Igualmente, presupone cierta alineación de los «beneficios» de carácter económico con los reputacionales, intangibles y estratégicos, cuando no tiene que presentarse esta situación. De hecho, **la realidad nos muestra que los beneficios o ventajas de distinta naturaleza pueden tomar caminos diversos. Una conducta delictiva puede originar un perjuicio directo de eminente carácter patrimonial y un beneficio estratégico** (por ejemplo, si implica suprimir o limitar posibilidades de competencia). Incluso, puede conllevar la pérdida de credibilidad o suponer un gravísimo daño reputacional y generar una importante ganancia patrimonial. Y ello, sin tener en cuenta las implicaciones del factor tiempo: un perjuicio de cierta naturaleza a corto plazo puede llevar asociada una ventaja a medio plazo o a la inversa.

Además, pueden darse casos donde el comportamiento delictivo realizado en el ámbito de la organización por parte del directivo o empleado no beneficie (aparentemente) o, incluso genere cierto perjuicio directo a la empresa, sin embargo, las ganancias asociadas al delito podrían garantizar un elevado *modus vivendi* del individuo; por tanto, la empresa podría estar ahorrándose una parte sustancial del coste salarial y garantizando su permanencia dentro la organización. En todos estos casos, **¿qué criterios cualitativos se aplican?, ¿qué carácter o naturaleza de la ventaja prevalece a la hora de esclarecer si concurre ese «beneficio directo o indirecto»? ¿qué rol juega el factor tiempo? ¿qué métodos concretos de cuantificación deberían de utilizarse entre parámetros de similar naturaleza?**

En este contexto, pueden encontrarse autores que, en consonancia con la lógica del ámbito típico de los delitos patrimoniales o socioeconómicos, ofrecen **argumentos sólidos¹¹ para sostener que el alcance de la fórmula «beneficio directo o indirecto» es más restringido y se circunscribe al carácter patrimonial (ganando en seguridad jurídica) o, en cambio, puede sostenerse que su significado es mucho más amplio**, lo que abre un debate de gran trascendencia práctica y suscita interrogantes como los ya señalados (siendo especialmente controvertidos los relativos a **cuáles son los criterios preponderantes en caso de conflicto entre beneficios/perjuicios de distinta naturaleza y el factor tiempo**).



10 Indirecto: 1. adj. Que no va rectamente a un fin, aunque se encamine a él. [...].



Además, existe otra cuestión controvertida que afecta a la interpretación de esta fórmula, **¿debe tenerse en cuenta la intencionalidad -por parte del directivo o empleado que desarrolla el comportamiento delictivo- de producir ese beneficio directo o indirecto en favor de la persona jurídica?** Si se adopta esta postura, se mantiene una postura predominantemente **subjetiva**. Por otro lado, se adopta una postura **objetivista** si se considera que, exclusivamente, debe analizarse, desde un análisis ex ante, si el comportamiento delictivo del directivo o empleado tuviera la virtualidad de generar beneficio para la persona jurídica. **Una vez más, la Circular 1/2016 FGE defiende una interpretación expansiva al afirmar:**

«La nueva expresión legal “en beneficio directo o indirecto” mantiene la naturaleza objetiva que ya tenía la suprimida “en provecho”, como acción tendente a conseguir un beneficio, sin necesidad de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. Incluso cuando la persona física haya actuado en su exclusivo beneficio o interés o en el de terceros ajenos a la persona jurídica también se cumplirá la exigencia típica, siempre que el beneficio pueda alcanzar a esta, debiendo valorarse la idoneidad de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella».

A pesar de la visión ofrecida por la Fiscalía, **hay autores de referencia que mantienen con solidez la pertinencia de defender una noción subjetiva¹², centrada en la motivación del comportamiento delictivo del directivo, mando con capacidad de control o trabajador subordinado.**

En cualquier caso, lo que nos muestra este complejo panorama, es la absoluta pertinencia de que el especialista en Compliance realice un análisis pormenorizado de tales extremos. Por ello, resultaría oportuno que, iniciada una investigación interna corporativa o externa -por parte de las autoridades-, la empresa pueda disponer de un «informe pericial sobre el beneficio corporativo» que examine minuciosamente todos los aspectos planteados.

Asimismo, si dicho informe concluye que el comportamiento antijurídico de la persona física no pudo generar beneficio para la empresa, puede resultar decisivo para lograr la absoluciónde la empresa -ante la falta de la necesaria concurrencia de los presupuestos exigidos para poder atribuirle responsabilidad penal-. Es más, cabe su presentación en fase de instrucción judicial y puede conllevar el sobreesimimiento de las actuaciones antes del comienzo del Juicio Oral¹³, evitando a la empresa la siempre desapacible y dañina «pena de banquillo».

11 DEL ROSAL BLASCO, B.; *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 99-100.

12 POLAINO NAVARRETE, M.; *Lecciones de Derecho Penal. Parte General Tomo II* [2ª Ed]. Ed. Tecnos, Madrid, 2016, p. 42.

13 Del mismo modo, que puede presentarse una «pericial de Compliance» en esta fase; en este caso, lo que se discute la exención -o exoneración, según sea el criterio dogmático de la naturaleza o efecto atribuido al compliance program-, asumiendo que sí podrían concurrir todos los presupuestos previstos en alguno de los «hechos de conexión» y que, por tanto, se activa el mecanismo de atribución.

2. Incumplimiento grave de los deberes de supervisión por parte del directivo o mando intermedio

Otra de las fórmulas sobre la que se discute es aquella que contiene, únicamente, el «hecho de conexión» recogido en la letra b del Art. 31 bis C.P.: la relativa a que el trabajador o empleado pudiera desarrollar la conducta antijurídica porque un representante legal, un autorizado para tomar decisiones o aquel que ostente facultades de organización y control cometiese un **«incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso»**¹⁴.

Antes de abordar la dicotomía interpretativa que existe sobre la primera parte de esta fórmula, es pertinente subrayar que, para poder atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica en este tipo de supuestos **resulta necesario que se pruebe la «relación causal» entre el incumplimiento grave del deber de supervisión, vigilancia y control del directivo o mando y la producción del comportamiento antijurídico del trabajador**. Se trata de un factor que, a menudo, no centra la atención de los operadores jurídicos, pero puede efectuar un importante papel a la hora de imposibilitar el castigo sobre la persona jurídica, ya que podría haber existido algún tipo de incumplimiento grave por parte de algún mando, administrador o directivo y que **dicho incumplimiento no guardara vinculación o relación directa con el hecho de posibilitar que el trabajador pudiera cometer el delito**. Del mismo modo, el incumplimiento, sea doloso o negligente, ha de poder calificarse como «grave», lo que debería de excluir extremos que resulten discutibles en el marco de una infracción leve o levísima del deber de cuidado o la falta leve de diligencia¹⁵.

Ahora bien, como se apuntaba, sobre esta fórmula **existe una marcada distinción entre dos posturas interpretativas¹⁶ respecto a qué parámetros normativos deben recurrirse para dilucidar si se produjo o no un «incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control»:**

- a) quienes aseveran que esos deberes se corresponden con los concretamente **establecidos en norma de carácter extrapenal que resulte aplicable de conformidad con el supuesto** (p.ej.: normativa mercantil, civil, administrativa, etc.).
- b) quienes sostienen que estos deberes son los **fijados en los propios programas de prevención de delitos** e instrumentos autorregulatorios asociados de control de riesgos penales que son autoimpuestos por las personas jurídicas.

En el marco de la primera posición, para esclarecer si existió o no un **«incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control» hay que atender a los preceptos provenientes, básicamente, de la heterorregulación** de naturaleza mercantil, administrativa, civil, etc. Así, por ejemplo, el Código de Comercio y las obligaciones esenciales que contiene, resultarán especialmente importantes para el análisis del incumplimiento de las obligaciones de determinados órganos de las entidades mercantiles; la Ley de asociaciones o la Ley de fundaciones y resto de normativa dimanante, serán concluyentes para esclarecer la existencia de incumplimientos en este tipo de personas jurídicas; igualmente, **las leyes de carácter administrativo que aborden determinados ámbitos o sectores concretos (aguas, zonas de especial protección ambiental, productos de consumo, protección de datos, prevención del blanqueo, edificación, finanzas, transportes, comercio electrónico, etc.)** resultarán determinantes para extraer si se produjo un incumplimiento grave.

14 La fórmula «deberes de supervisión, vigilancia y control» también fue incorporada por la reforma operada por L.O. 1/2015 y vino a sustituir a la noción «debido control».

15 A este respecto, FERNÁNDEZ TERUELO postula la aplicación del **Principio del Fragmentariedad**. Una postura a nuestro juicio acertada, pues se alinea con la tradicional posición del Derecho Penal como última ratio. Únicamente, aquellas conductas que puedan ser calificadas como graves (y que, por tanto, sean meritorias del perjuicio que lleva asociado) pueden ser incardinadas en esta fórmula. Para profundizar, vid. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-03, 2019, p. 15.

16 GALÁN MUÑOZ, A.; *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, p. 163.

Si, por el contrario, se defienden los criterios de la segunda corriente, habrá de contrastar lo dispuesto en las normas voluntariamente autoimpuestas por la persona jurídica, como el programa de compliance. En este caso, se atenderá a lo dispuesto en los apartados 2 y 5 del Art. 31 bis C.P. y, especialmente, al diseño institucional previsto en el programa y todo lo concretado en los protocolos o procedimientos que conforme el programa. Bajo este prisma, si una organización ha adoptado e implementado eficazmente un sistema de gestión de *compliance* conforme a una norma proveniente de un proceso de normalización o estandarización, habría de analizar lo dispuesto en ella (lo que, sin duda, genera un agravio comparativo que beneficiaría a aquellas organizaciones que no lo hayan implementado). Consecuentemente, desde esta tesis, es pertinente recurrir al uso de la «pericial de *compliance*» para dilucidar si existió ese incumplimiento grave de los «deberes de supervisión» de la letra b de Art. 31 bis 1 C.P. (obviamente, además de los otros supuestos para los que, indubitadamente, sí se acepta la pertinencia de solicitar una «pericial de *compliance*»). Lo que sucedería en este caso, es que la empresa partiría de nivel de exigencia superior.

Cabe advertir que, dentro de una **lógica político-criminal (proclive a favorecer a aquellas personas jurídicas que adoptan programas de *compliance* o sistemas de gestión de *compliance*, autorregulándose adecuadamente), parece que lo más acertado es sostener criterios cercanos a la primera postura.** Mal mensaje se trasladaría a las empresas, asociaciones, fundaciones, etc., si los criterios para el análisis sobre el cumplimiento de los deberes de supervisión y control se extraen de lo dispuesto en sus programas de *compliance* (que son normas de **soft law** o **commitments** voluntariamente autoimpuestos y que, posiblemente, van a resultar más exigentes que lo fijado en otras normas de mínimos), mientras que, para aquellas empresas que no dispongan de programas de *compliance* se recurre a otros parámetros más laxos (pues, ha de poder recurrirse a criterios normativos).

En este punto, cabe hacer un paréntesis para incidir en que lo dispuesto en los «hechos de conexión» (letras a y b del apartado 1 del Art. 31 bis C.P.) son los presupuestos para la atribución -o traslado, según el criterio doctrinal- de la responsabilidad penal corporativa, mientras que los programas de *compliance* (que no son obligatorios y se abordan en los apartados 2,4 y 5 del C.P.) detentan naturaleza disímil y suelen situarse en una posición más o menos avanzada dentro del proceso de análisis secuencial de los elementos que conforman la teoría del delito¹⁷. Resulta difícil asumir que lo perseguido por el legislador sea que, para activar la responsabilidad penal a la empresa cuando delinque un trabajador tenga que darse por parte del directivo un «incumplimiento grave» «de los deberes de supervisión, vigilancia y control» considerando esos «deberes» lo establecido en el programa de prevención de delitos y que, seguidamente (una vez activada la atribución por concurrir los presupuestos de atribución), en el estadio posterior, se exija para dilucidar si procede la exención o exoneración que dicha empresa haya adoptado y ejecutado eficazmente lo dispuesto en ese mismo programa de prevención (conforme lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del Art. 31 bis C.P.).

En síntesis, no parece demasiado conveniente mantener la existencia de una doble vara de medir que perjudica, precisamente, a las empresas que voluntariamente implementan y ejecutan programas de prevención de delitos o sistemas de gestión de *compliance*. Sería paradójico que los parámetros para el estudio sobre si existió un «incumplimiento de los deberes de supervisión y control» fuesen más exhaustivos y estrictos para las corporaciones que sí tuvieran implementado modelos de prevención de delitos que para aquellas que no los hubieran adoptado.

17 Ello con independencia de las diversas posiciones doctrinales acerca de la controvertida naturaleza de los programas de *compliance* (elemento que excluye el injusto, con distintas vertientes; elemento que excluye la culpabilidad; excusa absoluta, etc.); para un análisis más exhaustivo acerca de esta cuestión y las diversas posturas existentes, vid. DEL MORAL GARCÍA, A.; «A vueltas con los programas de cumplimiento y su trascendencia penal», en Revista de Jurisprudencia, octubre, 2017; «Cultura corporativa, *compliance* e injusto de la persona jurídica: aproximación criminológica y jurídico-penal», en La Ley *Compliance Penal* nº2, septiembre, 2020; AGUILERA GORDILLO, R.; *Manual de Compliance Penal en España*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 102-110, 405-416.

3. Nulidad de prueba en investigaciones internas y confidencialidad

Existen dos asuntos sobre las investigaciones internas corporativas respecto a los cuales existe cierto grado de incertidumbre y que suscitan especial preocupación en el ámbito del Compliance:

- 1 Cuándo puede declararse en un proceso penal la «ineficacia» de las fuentes de prueba que se habían obtenido durante investigación interna.
- 2 Si la «confidencialidad» -propia de las relaciones entre cliente y abogado- puede proteger, o no, frente a aquellas diligencias del juez o fiscal que soliciten la entrega de documentos sobre alguna investigación interna que hayan sido manejados en un contexto de comunicación donde interviene el asesor legal «in house» de la empresa.

Con carácter previo, cabe indicar que, ante la falta de una regulación que se ocupe de tales extremos, **se atiende, en un importantísimo grado, a la doctrina jurisprudencial que se ha ido construyendo caso a caso (algunos de ellos muy célebres).**

Además, el futuro más próximo no parece deparar una norma que venga a abordar tales cuestiones de manera unívoca y pormenorizada. Por un lado, existe: 1) un grupo de trabajo que se está ocupando, de la **futura Ley del Derecho a la Defensa**¹⁸, 2) el texto de la **nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal** que, en la materia que nos ocupa, necesita mejoras antes de su aprobación¹⁹; 3) la directiva europea de protección al denunciante de infracciones del derecho de la Unión (conocida por todos como **directiva «whistleblowing»**²⁰) para denunciar infracciones de derecho de la Unión, que está pendiente de trasposición y en cuya trasposición trabaja un grupo específico. Por otro lado, en materia de normalización o estandarización, concretamente respecto a los estándares de sistemas de gestión de compliance penal y de protección al denunciante, cabe señalar, a la ya asentada norma española UNE 19601 y, sobre todo, la inminente aprobación del estándar internacional sobre sistemas de gestión de denuncias, la ISO 37002²¹; sobre ello, resulta conocido que, a pesar de las reticencias que se manifiestan respecto a su virtualidad en la jurisdicción penal²², en la práctica, tanto los propios estándares como las certificaciones acerca de su cumplimiento gozan de una importante aceptación.

18 <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/garrigues-crea-tres-subgrupos-para-tener-el-anteproyecto-de-ley-de-derecho-de-defensa-lo-antes-posible/>

19 Pendiente de tramitación parlamentaria: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/Paginas/2020/211220-justicia.aspx>

20 Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (<https://www.boe.es/doue/2019/305/L00017-00056.pdf>). Donde, al margen de su transposición, se concretan dos fechas para que entre en vigor sus preceptos. «Artículo 26. Transposición y período transitorio:

1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 17 de diciembre de 2021 .

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, para las entidades jurídicas del sector privado que tengan de 50 a 249 trabajadores, los Estados miembros pondrán en vigor, a más tardar el 17 de diciembre de 2023 , las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la obligación de establecer canales de denuncia interna en virtud del artículo 8, apartado 3. 3. [...]»

21 <https://committee.iso.org/sites/tc309/home/projects/ongoing/ongoing-1.html>

22 «Los procesos de estandarización y normalización ayudan a determinar las mejores prácticas en materia de cumplimiento [...], mientras la certificación tiene como objetivo dejar claro a las autoridades o a terceros que se cumplen los estándares. Todo ello tiene un alcance que excede el ámbito de la responsabilidad penal. Es decir, no tiene que existir coincidencia entre los niveles de mercado a efectos de calidad organizativa con las exigencias jurídico-penales. Esto no es tenido en cuenta en la literatura específicamente penal.[...]», FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.; *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, Ed. Civitas, Pamplona, 2015, p. 28. POLAINO NAVARRETE señala, para defender su naturaleza pública al enorme interés público dada la materia objeto de protección (los bienes jurídicos más esenciales contra aquellas agresiones más graves), vid. Polaino Navarrete, M.; *Lecciones de Derecho Penal. Parte General Tomo I (3.a Ed.)*. Ed. Tecnos, Madrid, 2017, p. 106. En este sentido, se han vertido críticas como que los estándares tienen su lógica en la comercialización e intercambio de productos y servicios, pero que no han de ocupar un papel destacado para dilucidar la culpabilidad en materia penal pues, en este caso tan trascendente, ha de atenderse las leyes aprobadas en la sede de la soberanía nacional. Asimismo, en el campo de la acreditación, se dice que las fuentes de legitimación (p. ej.: *Reglamento CE 765/2018 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de julio 2008, Ley 21/1992 y RD 1715/2010*) no amparan directamente abordar materia jurídico-penal, por lo que podría tratarse de cierta desviación. En todo caso, parece claro el importante papel que juegan los estándares, el rasgo diferenciador del que gozan aquellas personas jurídicas que dispongan de una certificación de su cumplimiento o lo que supone que dicha certificación se haya emitido por una entidad acreditada.

El primer asunto de este último apartado es el concerniente a **cuándo debe establecerse la «ineficacia» de las fuentes de prueba obtenidas durante una investigación interna corporativa**. Partimos de que la plena legitimidad y capacidad de las empresas de iniciar una instrucción privada y recabar datos o informaciones esta fuera de todo debate; pueden encontrarse numerosos preceptos que lo amparan, tanto por el poder de dirección que detenta el empresario (Arts. 33 y 38 CE, 20²³ E.T.) como por sus deberes de diligencia (apartados 1 y 3 del Art. 225 LSC, entre otros), a ello ha de sumarse su evidente posición de garante originaria²⁴ en el control de las fuentes de riesgo y el deber de evitación de resultados lesivos asociados a la actividad empresarial. La cuestión radica, por lo tanto, en dónde se localizan los límites de esa actividad investigadora a los efectos de que las informaciones obtenidas -que constituyen «fuentes de prueba»- puedan admitirse y tener validez como «medio de prueba» en el seno de proceso penal.

Como se ha indicado, nuestra jurisprudencia se ha visto obligada a asumir un papel protagonista. Con matices entre las resoluciones de ambos tribunales, puede sintetizarse que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo apuntan hacia la ineficacia de la fuente de prueba cuando se haya recabado transgrediendo un derecho fundamental

durante la investigación interna y bajo el claro propósito de ser utilizada en un eventual proceso. **Esa pretensión de uso que remarca un vínculo entre la transgresión del derecho fundamental y el ulterior proceso se conoce como la «conexión de antijuridicidad».**

Bajo este concepto se analiza, por un lado, si la vulneración del derecho fundamental para obtener la evidencia se realizó a conciencia y con el objeto de recabar material probatorio que pudiera hacerse valer en un eventual proceso y, por otro lado, si puede apreciarse riesgo de promoción de tales conductas vulneradoras de derechos y la proyección que puede darse en el proceso penal²⁵. En esencia, si no concurren tales extremos, la fuente de prueba puede incorporarse al proceso y ser tenida en cuenta. Por el contrario, si la evidencia fue recabada en la investigación interna bajo tales circunstancias, será declarada «prueba ilícita» cuando se introduzca en el proceso penal y no podrá desplegar efecto alguno; ni dicha evidencia ni tampoco las obtenidas como consecuencia directa de ella [por el efecto reflejo aplicado en virtud de la doctrina del fruto del árbol envenenado].

23 «Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral.

1. El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue.

2. En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres [...].

3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad [...]. Subrayado añadido.

24 Para un análisis de la relación entre posición de garante originario y garante delegado en virtud del diseño institucional de Compliance y el programa de prevención de delitos, vid. AGUILERA GORDILLO, R.; «Responsabilidad penal del compliance officer, posición de garante y comisión por omisión (Cap. IV)» en *Manual de Compliance Penal en España*, pp. 358-376.

25 ESTRADAS I CUADRAS, A.; «"Confesión o finiquito": el papel del derecho a no autoincriminarse en las investigaciones internas», en *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, n° 4, agosto, 2020, p. 233. El autor, en el marco de un exhaustivo estudio, destaca lo contenido en el F° D° Sexto de la [STS 16/2017 de 23 de febrero](#) (caso conocido como la lista Falciani. Ponente: Manuel Marchena Gómez): «Pues bien, la Sala entiende que la posibilidad de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas, no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame. Su valoración es perfectamente posible a la vista de la propia literalidad del vigente enunciado del art. 11 de la LOPJ y, sobre todo, en atención a la idea de que, en su origen histórico y en su sistematización jurisprudencial, la regla de exclusión sólo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito. Esta idea late en cuantas doctrinas han sido formuladas en las últimas décadas con el fin de restringir el automatismo de la regla de exclusión. Ya sea acudiendo a las excepciones de buena fe, de la fuente independiente o de la conexión atenuada, de lo que se trata es de huir de un entendimiento que, por su rigidez, aparte la regla de exclusión de su verdadero fundamento. La prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito. No persigue sobreproteger al delincuente que se ve encausado con el respaldo de pruebas que le han sido arrebatadas por un particular que cuando actuaba no pensaba directamente en prefabricar elementos de cargo utilizables en un proceso penal ulterior [...].» Subrayado añadido.

En el marco corporativo, puede afirmarse que la línea jurisprudencial busca: a) suprimir el riesgo de que las investigaciones internas se conviertan en un mecanismo para incorporar en el proceso penal evidencias obtenidas violentando derecho fundamentales y las garantías propias del investigado²⁶ y b) desincentivar la tentación corporativa de trasgredir derechos de sus empleados o directivos.

Además, el momento en que comience una investigación por parte de las autoridades puede jugar un papel determinante para las evidencias obtenidas en la investigación interna corporativa. **El riesgo de que se declare una información o testimonio de un miembro de la empresa como «prueba ilícita» en un proceso penal puede incrementarse si la investigación interna corporativa se desarrolló cuando ya se había iniciado una investigación por parte de la autoridad pública (independientemente de que esté protagonizada por un órgano regulador, juzgado o fiscalía) y existía cierto marco de cooperación.** Ello se debe a la implicación del Estado y el subsiguiente riesgo de que pueda considerarse que la persona jurídica no actúa como particular *stricto sensu*, sino como ente que auxilia al Estado.

Bajo esta coyuntura, el requisito de la absoluta desconexión del Estado²⁷ con la obtención de la evidencia por parte del particular vulnerando algún derecho y garantía fundamentales, puede ponerse en tela de juicio. Un ejemplo de ello sería el siguiente: un juzgado o regulador inicia una investigación contra una sociedad anónima y esta, a su vez, inicia una investigación interna al objeto de colaborar, rebajar la presión a la que es sometida por la autoridad pública y favorecer su posición frente a la imposición de posibles sanciones; en este contexto, la empresa interroga a un directivo sin las garantías de las que estaría amparado en un proceso jurídico-público. El riesgo de que, ulteriormente, la evidencia obtenida sea declarada ilícita en el proceso resulta más elevado.

Por ello, al situarnos en un área especialmente sensible a la actualidad jurisprudencial, es sumamente importante que las investigaciones internas (en cualquiera de sus variantes) se realicen por personal especializado en forensic, que detente unos actualizados y profundos conocimientos jurídico-penales. De ese modo, los riesgos de que las evidencias obtenidas puedan perder eficacia ante los tribunales disminuyen considerablemente.

El último aspecto de calado es si el «principio de confidencialidad» protege el ámbito de la comunicaciones o intercambio de documentos en aquellos supuestos en que la investigación interna corporativa es ejecutada por abogados de la empresa. La cuestión es merecedora de un extenso análisis monográfico, pero se apuntarán muy suscitadamente algunos puntos clave.

Como analizan con rigor, VILLEGAS GARCÍA y ENCINAR DEL POZO, en el marco europeo no se cuenta con una regulación uniforme y específica; estos autores, magistrados coordinadores del gabinete técnico de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, señalan la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea más relevante (sentencias de fecha 14 de septiembre de 2010²⁸ y 18 de mayo de 1982²⁹) y, entre otros apartados de la primera resolución, subrayan la importancia del apartado 44 (donde se recoge que **la confidencialidad «no se extiende a la correspondencia mantenida en el seno de una empresa o grupo de empresas con abogados internos»**) para concluir con la siguiente afirmación³⁰:

«En el ámbito de las investigaciones internas, esta conclusión supone que si la investigación la dirige o realiza un abogado o grupos de abogados de la empresa difícilmente podrán oponer el derecho a la confidencialidad en la relación abogado-cliente si el poder público (autoridad judicial, Ministerio Fiscal, etc.) solicita que le sea entregado el resultado de tal investigación».

26 VILLEGAS GARCÍA, M^o. A., ENCINAR DEL POZO, M.A.; *La lucha contra la corrupción, compliance e investigaciones internas. La influencia del Derecho estadounidense*, Ed. Aranzadi, 2020, pp. 284.

27 Desconexión que señalada, por ejemplo la aludida [STS 16/2017 de 23 de febrero](#).

28 Asunto C550/07.

29 Asunto 155/79.

30 VILLEGAS GARCÍA, M^o. A., ENCINAR DEL POZO, M.A.; *La lucha contra la corrupción, compliance e investigaciones internas. La influencia del Derecho estadounidense*, Ed. Aranzadi, 2020, pp. 271-273.



Como aseveran, al margen de las concretas particularidades de cada Estado, bajo la óptica jurisprudencial europea, **para otorgar indubitadamente la protección amparada en el principio de confidencialidad resulta necesario que concurren dos presupuestos**: el abogado ha de ser independiente, **no puede estar vinculado mediante relación de carácter laboral con el cliente**, y debe ser correspondencia directamente **ligada al ejercicio de los derecho de defensa** del cliente.

De ello, se extrae la ventaja que supone que una firma jurídica externa intervenga en esta concreta labor. Asimismo, el conocido en el ámbito anglosajón como *legal privilege* del letrado ampararía la relación abogado-cliente y no las interlocuciones con terceros. Sobre este asunto, GOENA VIVES, en el marco de un sólido análisis del estado de la cuestión, incide en que **para la jurisprudencia europea el abogado *in house* es un profesional «no independiente» y, por consiguiente, tiene deberes de información y carece del privilegio de la confidencialidad**³¹. Ante la evidente necesidad de definir en nuestro país cuándo existe ese privilegio, encontrando un punto de encuentro entre las distintas tendencias legislativas y armonizándolo con las nuevas obligaciones asociadas al *compliance*, esta autora ofrece una propuesta para clasificar al abogado en función del **ámbito material** (al margen de aspectos formales); la división se establece en tres niveles³²:

1 «Institucionalización máxima»; la labor del letrado se circunscribe a la defensa procesal (defensa y representación técnica). En este supuesto, debe garantizarse totalmente el derecho de confidencialidad del abogado.

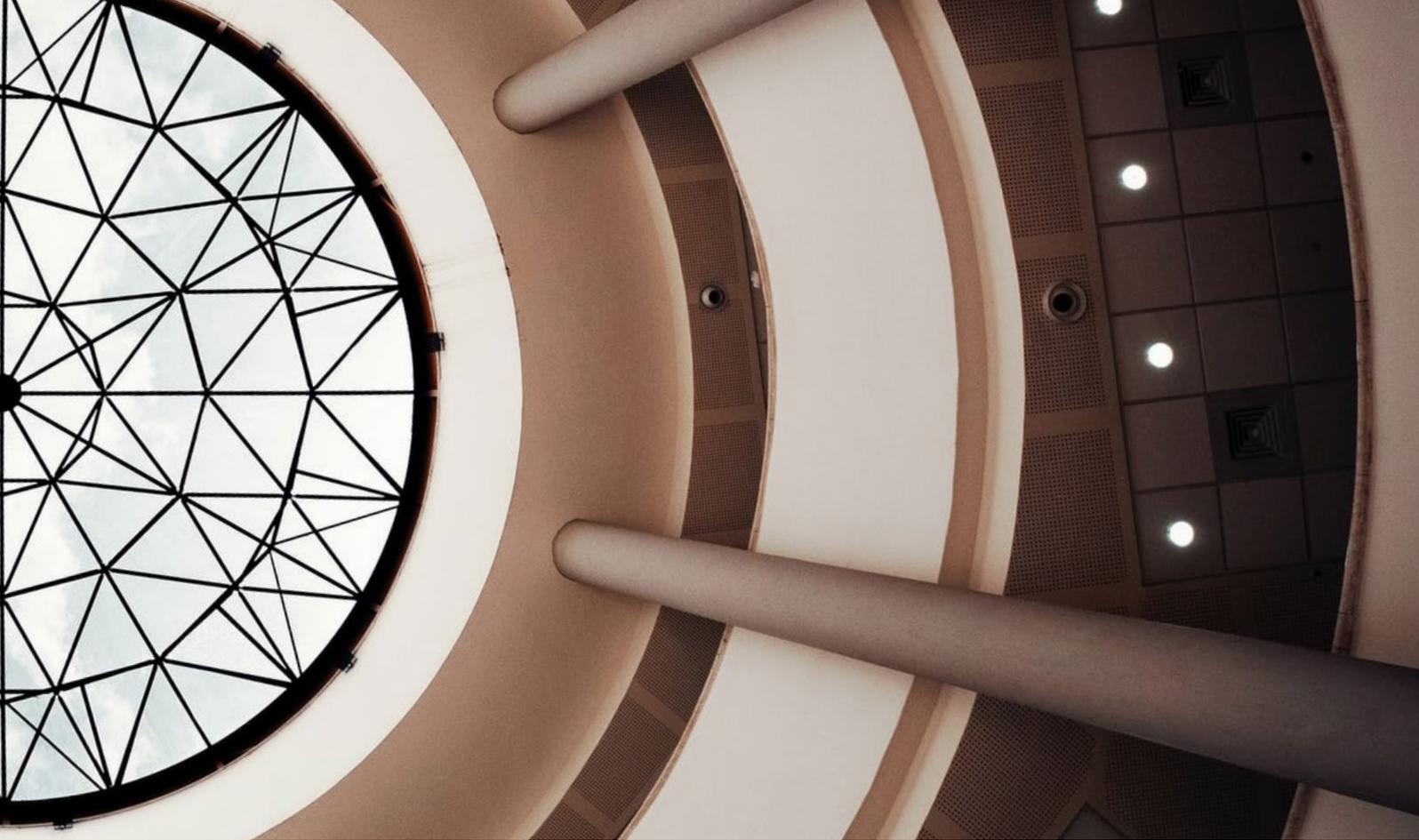
2 «Institucionalización mínima»; en este eslabón medio se sitúan aquellos letrados que desarrollan funciones de asesoramiento jurídico (p. ej.: información sobre derechos u obligaciones cuando concurren unas circunstancias y hechos específicos). En esta zona gris, resulta especialmente oportuno atender a lo dispuesto en el *compliance program*, teniendo muy en consideración que la práctica jurisprudencial parece inclinarse en favor del deber de colaboración con las autoridades -en perjuicio de garantizar la confidencialidad de los abogados internos-.

3 «Desinstitucionalización»; en este último nivel se sitúa el abogado que no realiza tareas asociadas al derecho a la defensa y desempeña una actividad que puede realizarse por otros profesionales. Bajo este escenario, resulta indubitado que no se garantiza la confidencialidad.

En un análisis prospectivo, pueden vislumbrarse las opciones o posible grado de protección de la confidencialidad del letrado interviniente según sea el nivel en que éste pueda incardinar su ámbito funcional, lo que puede coadyuvar a arrojar luz en un asunto tan sensible.

31 GOENA VIVES, B.; «El secreto profesional del abogado in-house en la encrucijada: tendencias y retos en la era del *compliance*», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº21, 2029.

32 *Ibíd.* p. 21-22.



En cualquier caso, el panorama es confuso y, sin duda, merece una mayor clarificación en nuestro contexto estatal. A ello, cabe añadir que el principio de confidencialidad en aquellas actuaciones donde intervienen otros profesionales que detenten responsabilidades específicas en materia de *compliance*, como pueden ser aquellos individuos que sean miembros del «órgano de supervisión del cumplimiento del programa de prevención» o el «*compliance officer*», no goza de jurisprudencia significativa que lo respalde.

Respecto a esta cuestión, puede señalarse que, tanto la tendencia como la propia lógica político-criminal que motivó al Estado incorporar en el Código Penal la posibilidad de eximir de responsabilidad penal de la persona jurídica, fue la de incentivar un cambio voluntario de paradigma en el diseño institucional corporativo que beneficiara la prevención, detección y reacción frente al delito. En ese nuevo paradigma que trajo el *Compliance*, existe un órgano específico con funciones sobre el cumplimiento de lo dispuesto en el programa de prevención de delitos³³ y, sin duda, ello coadyuva a crear un contexto estratégico más favorable para el Estado³⁴ (extremos que se evidencian científicamente mediante la «teoría de juegos»³⁵). Por supuesto, siempre es decisión de la empresa asumir las estructuras y obligaciones que contemplan los apartados 2, 4 y 5 del Art. el 31 bis C.P. y ha de quedar salvaguardado el derecho a no declarar contra sí mismo (lo que, en materia de *compliance* y responsabilidad criminal corporativa, merece una singular adecuación).

Por todo lo expuesto, sería conveniente que, tanto la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal en la que las autoridades públicas están trabajando como la futura Ley del Derecho a la Defensa, tras un análisis pormenorizado de tales cuestiones, contribuyeran a esclarecer las zonas grises que se plantean. Y es que, el objetivo debe ser ganar en seguridad jurídica y proteger los derechos fundamentales, de manera muy especial, en extremos donde están fuertemente implicados el adecuado ejercicio del «derecho a la defensa» (Art. 24. 2 CE) y el «derecho a la tutela judicial efectiva» (Art. 24.1 CE).

Rafael Aguilera Gordillo

Codirector del *Compliance Advisory LAB*

Febrero 2021

Web: [Compliance Advisory LAB](#)

33 Específico en los supuestos en que la organización tenga una dimensión o volumen relevante negocio; pues resulta sobradamente conocido que, en el caso de personas jurídicas de pequeñas dimensiones esas funciones pueden ser desempeñados por el órgano de administración (apartado 3 del Art. 31 bis C.P.)

34 Para profundizar, vid. «El órgano con la “función de compliance (I)”: naturaleza estratégica y criterios de actuación» [Cap. 2.IV] y «El órgano con la “función de compliance (II): componente personal exigido para liberar de responsabilidad penal al ente» [Cap. 4.VI] en AGUILERA GORDILLO, R.; *Manual de Compliance Penal en España*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 178-187 y pp. 338-376.

35 *Ibíd.* pp. 225-235

Resumen

Incertidumbres en el Compliance Penal

En el concreto ámbito del *Compliance* y la responsabilidad penal de las personas jurídicas existe un elenco de conceptos y fórmulas normativas sobre los que ni existe unanimidad acerca de su interpretación ni el transcurso de estos años ha posibilitado la clarificación jurisprudencial. En el presente *report* se analizan algunos de ellos, pues pueden jugar un papel crítico, tanto para la propia empresa como para los profesionales que desarrollen funciones en materia de *Compliance*:

«Beneficio corporativo indirecto»

¿Qué implica el «beneficio corporativo indirecto»? ¿Qué sucede si la conducta delictiva conlleva para la empresa, simultáneamente, una ventaja de determinada naturaleza y un perjuicio de otra?

Esta noción se presta a diversas interpretaciones y pueden presentarse situaciones confusas o equívocas.

Hay ocasiones donde la realidad nos muestra que los beneficios o ventajas de distinto carácter pueden tomar caminos diversos. Igualmente, el tiempo es otro factor clave. Por ello, resulta oportuno que la empresa pueda disponer de un «informe pericial» que examine minuciosamente tales extremos.

«Incumplimiento grave de los deberes de supervisión»

¿A qué parámetros normativos debemos recurrir para dilucidar si existió un incumplimiento grave de los «deberes» de supervisión (31 bis 1 letra b)?

¿Se utiliza como parámetro lo concretado en la norma extrapenal que resulte de aplicación o lo dispuesto en el propio *compliance* program de la empresa?

Se analizan ambas interpretaciones y sus consecuencias para el contexto corporativo.

«Nulidad de prueba en investigaciones internas y confidencialidad»

Se abordan dos asuntos relativos sobre las investigaciones internas corporativas que suscitan especial preocupación:

1º) **Cuándo puede declararse, en un proceso penal, la «ineficacia» de las fuentes de prueba obtenidas durante la investigación.**

A tal efecto, se tratan conceptos como la «conexión de antijuridicidad», «prueba ilícita» o las implicaciones de la vinculación con la actividad estatal (p. ej.: cuando se han iniciado actuaciones por parte de reguladores o de jueces y fiscales).

2º) **Si la «confidencialidad» protege frente a diligencias del juzgado sobre documentos relativos a una investigación interna realizada por el abogado «in house».**

Teniendo en consideración la jurisprudencia europea, resultará muy complejo alegar el principio de confidencialidad. Existen un conjunto de matices que han de ser tenidos muy en cuenta.

El panorama es difuso y merece mayor clarificación. En cualquier caso, al situarnos en un área especialmente sensible al devenir jurisprudencial, es sumamente importante que estas investigaciones se realicen por personal experto, que detente unos actualizados y profundos conocimientos jurídico-penales.

Directores Compliance Advisory LAB

Fernando Lacasa

Socio de Forensic, Codirector del Compliance Advisory Lab

T +34 91 441 52 83

E Fernando.Lacasa@es.gt.com



Ver CV

Rafael Aguilera Gordillo

Codirector del Compliance Advisory LAB

T +34 91 576 39 99

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



Ver CV



www.grantthornton.es



grantthornton.es

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

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