

DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: ¿FICCIÓN O REALIDAD?

Dr. Fermín Echarri Casi

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	2
II. DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACION Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	4
III. NATURALEZA JURÍDICA Y ATRIBUCIÓN DEL DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN A LAS PERSONAS JURÍDICAS. PROBLEMÁTICA	8
IV. APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL.....	11
1. <i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Experiencia comparada</i>	11
2. <i>Una aproximación al Derecho estadounidense</i>	13
3. <i>Estado de la cuestión en el proceso penal español</i>	16
V. LIMITACIONES Y OBSTÁCULOS DEL DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	18
1. <i>Limites subjetivos</i>	19
2. <i>Limites objetivos. Requerimientos documentales y derecho a la no colaboración activa</i>	27
2.1. Posición reforzada en el caso de investigaciones internas.....	37
2.2. Requerimientos documentales y diligencia de entrada y registro en el domicilio de las personas jurídicas. Posicionamiento garantista	41
VI. CONCLUSIONES	48

DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: ¿FICCIÓN O REALIDAD?

*Dr. Fermín Echarri Casi **

I. INTRODUCCIÓN

La incorporación al ordenamiento punitivo a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha venido a añadir al debate jurídico la problemática acerca de su encuadramiento dentro de los esquemas clásicos del Derecho penal, y del Derecho procesal penal, a efectos de su regulación en un proceso propio, o de la articulación de diversas especialidades en el seno de aquél, opción ésta, por la que optado nuestro legislador.

Uno de los primeros inconvenientes que surge, viene referido a la distinta naturaleza jurídica y ontológica de los entes colectivos respecto de las personas físicas, estando ausentes en aquellas, atributos como la dignidad humana o la corporeidad (inteligencia y voluntad), de la que no son titulares, y que influyen en principios básicos, como la capacidad de acción, culpabilidad y personalidad de las penas, que exigiría que cualquier delito que se pudiera atribuir a la persona jurídica, sería imputable a sus integrantes ¹.

Esta adscripción efectiva, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestra legislación penal, tiene además importantes consecuencias procesales, como es la aparición en la parte pasiva del proceso penal de un nuevo sujeto, que puede concurrir junto con las personas físicas investigadas en su caso, en una suerte de litisconsorcio pasivo no necesario, y que por ende, no sólo puede ser investigada, encausada, acusada, sino condenada, convirtiéndose así en destinatario directo de las consecuencias jurídicas del delito.

En esta materia, constante el texto constitucional de 1978, y la doctrina que lo desarrolla, el investigado es considerado como un sujeto con derechos inalienables dentro del proceso penal; así gravámenes eminentemente formales como el deber de decir verdad y colaborar

* Doctor en Derecho. Magistrado de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

¹ Siguiendo las enseñanzas de Von Feuerbach y Savigny, que se plasmaron en el artículo 49 del Código penal de Baviera de 1813, consagrando así la clásica teoría del “*societas delinquere non potest*”.

activamente con la investigación, cederán en favor del reconocimiento de los derechos y garantías procesales (tutela judicial efectiva, proceso debido, presunción de inocencia, derecho de defensa), más respetuoso sin duda, con la libertad y la dignidad del individuo. Los derechos de los ciudadanos se convierten en garantías que el Estado debe respetar para poder materializar de una manera legítima el *ius puniendi*, que se traduce en la máxima de que “no todo vale para alcanzar una condena”.

Las garantías propias de las personas físicas acusadas, deben expandirse, en la medida de lo posible, a las personas jurídicas, en su misma situación procesal, ya que no puede haber sujetos en la parte pasiva del proceso penal que vean aminoradas sus posibilidades de defensa por el mero hecho de poseer una naturaleza jurídico-orgánica diferente. Ello, se traduce en la necesidad de permitir una defensa del individuo o del colectivo, frente a la acusación realizada por el Estado, en igualdad de condiciones; la denominada “igualdad de armas” (artículo 6º CEDH), que genera un grado de equilibrio procesal entre los sujetos partícipes del proceso contencioso. De este modo, se garantiza un alto grado de igualdad del infractor de la norma penal en relación al principio acusatorio, partiendo de la base de que nos encontramos frente al Derecho punitivo en su máxima expresión, como es el ordenamiento penal.

Nuestro Tribunal Supremo, ya desde la STS 514/2015, de 2 de septiembre, tomó conciencia de la complejidad de la cuestión desde el punto de vista sustantivo, al indicar que: “sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heteroresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”. En la posterior STS 154/2016, de 29 de febrero, dictada por el Pleno de la Sala Segunda, que inicia el arduo camino jurisprudencial en la materia, se pronunciaba respecto de la aplicación a las personas jurídicas de los derechos y garantías procesales, sintetizándolo de la siguiente manera: “los derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados en el presente recurso, como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al Juez predeterminado, a un proceso con todas las garantías, (...), sin perjuicio de su concreta titularidad y de la desestimación de tales alegaciones en el caso presente, ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales, y denunciadas sus posibles vulneraciones en

lo que a ella respecta”.

Esta es sin duda, la idea fuerza que debe guiar la aplicación de la normativa de las personas jurídicas en el seno del proceso penal, por la que ya abogamos desde la incorporación de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización procesal ², que introducía los parámetros formales para la exigencia de la responsabilidad penal a las personas jurídicas, pues de lo contrario podría provocarse un evidente desequilibrio procesal, tributario de una efectiva y material indefensión, que traería como efecto una suerte de nulidad de actuaciones en cascada ³.

Así, en este trabajo, se analizará la importancia del respeto de los derechos fundamentales de corte procesal (art. 24 CE), en especial, el derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas en su máxima extensión, a fin de evitar que el mismo sea asumido como un mero pronunciamiento teórico, cuya eficacia sobre el proceso, sea más que cuestionable, sobre la base de su relación con otras garantías básicas, como la presunción de inocencia y el derecho de defensa, a las que sin duda, complementa.

II. DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACION Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Los derechos a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable, a no colaborar activamente, permiten que el acusado (investigado) declare sobre hechos supuestamente delictivos, aunque se tolera que guarde silencio sobre aquellas cuestiones que podrían suponer su incriminación o un agravamiento de su situación procesal. Ambos, forman parte del derecho fundamental a no autoincriminarse, que, en definitiva, consiste en no realizar declaraciones perjudiciales, es decir, puede decidir por sí mismo la forma y el modo en que sus declaraciones pueden convertirse en prueba ⁴, y formar así parte del acervo incriminatorio que deberá valorar el órgano judicial, pudiendo optar por una actitud pasiva como estrategia de defensa.

El derecho a la no autoincriminación está íntimamente relacionado con el derecho a la presunción de inocencia, más allá de su en-

² ECHARRI CASI, F.J.: “Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: Una nueva perspectiva de las garantías constitucionales”. Diario La Ley n^o7632. 18 de mayo de 2011.

³ Vid en este sentido NEIRA PENA, A.M.:” La intervención de la persona jurídica encausada. Representante defensivo y conflicto de intereses”. En “*Compliance* y responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Nicolás Rodríguez García y otros (Eds.). Tirant lo blanch. Valencia, 2021. Págs. 408-411.

⁴ LÓPEZ ORTEGA, J.J.: “El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”. Comentarios a la Constitución Española. XL. Aniversario. Wolters Kluwer. Madrid, 2018. Pág. 832.

tendimiento como regla de juicio y regla de tratamiento, pero también como un principio estructural del proceso penal que protege a los ciudadanos frente al *ius puniendi* del Estado, configurándose así, como un derecho fundamental de naturaleza eminentemente procesal ⁵ . Como indica NIEVA FENOLL ⁶ “para que sea eficaz la protección del derecho fundamental tiene que alcanzar a fases previas y posteriores al proceso, es decir, cuando todavía no se ha iniciado y lo único que existe es el atávico prejuicio social de culpabilidad, así como cuando ya se ha concluido con una absolución y, pese a ello, persiste tenazmente el citado prejuicio”. DEL MORAL GARCÍA ⁷ , insiste en que “en sentido estricto, ese derecho opera como garantía y límite a la actuación punitiva y sancionadora de los poderes públicos. Y también como exigencia de que no se anticipen las consecuencias de una declaración de culpabilidad penal desde el Estado más que cuando así esté previsto en la Ley”.

Desde este punto de vista, una asunción limitada de la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia, obliga a apreciar la culpabilidad de los sujetos a través de un razonado proceso de certeza que se alcanzará tras un examen libre, racional, completo y sistemático del acervo probatorio de carácter incriminatorio existente en la causa, previo filtro del acto del juicio oral, al que como consecuencia de la incorporación de otros pronunciamientos accesorios y ajenos al mismo, hacen perder en cierto modo su finalidad y naturaleza, que no es otra sino la decisión final acerca del juicio de culpabilidad o inocencia, al que se llega a través de la actividad probatoria en aquél realizada, bajos los principios de publicidad, oralidad, inmediación, concentración, y otros estrictamente procesales, como contradicción, igualdad de armas y acusatorio.

La aplicación a la persona jurídica de derechos y garantías procesales como la presunción de inocencia, no autoincriminación, defensa real y efectiva, deben serlo sin condicionamiento alguno, y no sólo por la reconocida capacidad positiva de sufrir penas, sino por que la naturaleza de aquellas es esencialmente idéntica a las de las personas físicas, y arrastra un componente estigmatizador y de daño reputacional evidente; pero además, también porque el proceso penal de las

⁵ STC 166/1995, de 20 de noviembre.

⁶ NIEVA FENOLL, J.: “Investigaciones internas de la persona jurídica: Derechos Fundamentales y valor probatorio”. Revista de Jueces para la Democracia nº 86.2016. Vid de este autor “La duda en el proceso penal”. Marcial Pons. Madrid, 2013. Págs. 89 -129. Alude, entre otras cuestiones, al impacto global de los prejuicios sociales en la mente judicial (Págs. 125 - 127).

⁷ DEL MORAL GARCÍA, A.: “Responsabilidad penal de personas jurídicas y presunción de inocencia”. En “Compliance y Responsabilidad penal de las personas jurídicas” Nicolás Rodríguez García y otros (Eds.) Valencia, Tirant lo blanch. 2021. Págs.31 - 72.

personas jurídicas incorpora una serie de instrumentos evidenciaros de gran potencialidad incriminatoria, como son: las investigaciones internas, los canales de denuncias, que incluso abren la puerta a la admisión de la denuncias anónimas⁸ de los denominados “alertadores”, o incluso, como veremos, las declaraciones testificales de sujetos relacionados de alguna manera con la persona jurídica en cuestión, que por su conocimiento personal, pueden aportar datos que involucren a aquella en el proceso penal, y ello debido a que no se encuentra presente en ellos, esa relación de “ajenidad” con los hechos objeto de enjuiciamiento inherente a la naturaleza de todo testigo, salvo claro está, en el caso del testigo-víctima.

Por ello, el principio de presunción de inocencia debe ser observado en su máxima extensión, también para las personas jurídicas investigadas, y ello, pese a que alguna norma comunitaria, como la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo, de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, excluye de su ámbito de aplicación a las personas jurídicas, quizás asumiendo fragmentariamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que ha reconocido que los derechos que dimanar de la presunción de inocencia no amparan a las personas jurídicas en idéntica medida que a las personas físicas. Es decir, los bienes y derechos comprometidos son de menor rango axiológico (valores patrimoniales frente a la libertad personal), tal y como se explica en su Preámbulo⁹. La conclusión que se debe extraer, es que el legislador comunitario, por el momento, no ha estimado oportuno abordar una propuesta unificadora extensiva también para las personas jurídicas, pero de ello no cabe concluir en su inexistencia. La norma, no es sino una consecuencia, de la falta de armonización de las distintas legislaciones internas, que en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas convergen al efecto.

Frente a ello, nuestra jurisprudencia ha proclamado de forma lineal que las personas jurídicas acusadas gozan del abrigo protector de la presunción de inocencia en la misma medida que las personas físicas. La imposición de penas a las personas jurídicas como la multa, la disolución y pérdida definitiva de su personalidad jurídica, la suspen-

⁸ Así en la STS 272/2020, de 6 de febrero.

⁹ “La presente Directiva reconoce diferentes necesidades y grados de protección con respecto a determinados aspectos de la presunción de inocencia de las personas físicas y jurídicas. Por lo que respecta a las personas físicas, dicha protección se refleja en jurisprudencia reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, el Tribunal de Justicia ha reconocido que los derechos que dimanar de la presunción de inocencia no amparan a las personas jurídicas en idéntica medida que a las personas físicas”.

sión, la clausura de sus locales y establecimientos, la inhabilitación, la intervención judicial, además de ser auténticas penas, afectan no sólo a las personas jurídicas a las que se aplican, sino también a un importante círculo de personas físicas con aquellas relacionadas, como directivos, empleados, socios, proveedores, acreedores, u otros.

En el mismo sentido la doctrina, aunque como indica el ya citado DEL MORAL GARCÍA, el estándar probatorio no ha de ser idéntico cuando se trata de imponer una pena de prisión, que cuando lo que se está ventilando es una sanción puramente económica, sin posibilidad de afectación a otros derechos individuales ¹⁰ . Si bien ello es así, no lo es menos, que los daños colaterales que la imposición de una pena interdictiva a una persona jurídica, lleva aparejada importantes y nocivas consecuencias de todo tipo, para un amplio espectro de sujetos, que además de ser ajenos a la toma de decisiones de los órganos de representación de las personas jurídicas, son asimismo, extraños a la actividad delictiva por aquellas desplegadas, pudiendo verse afectados en sus legítimos derechos, intereses y expectativas de todo tipo, en caso de una sanción penal de ese tipo, además del conocido daño reputacional, que en determinados supuestos (disolución, prolongadas suspensiones de actividades, clausura de locales y establecimientos) puede ser el menor de los problemas. El legislador no ha sido ajeno a estas consecuencias, al incorporar la exigencia de medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos, y establece una serie de incentivos tras la comisión del delito a modo de circunstancias atenuantes (art. 31 quater CP) que pueden llegar a rebajar significativamente la pena.

Para poder enervar el derecho a la presunción de inocencia de una persona jurídica, será preciso que se acredite la comisión de uno de los delitos catalogados en el Código Penal por alguna de las personas prevenidas en el apartado 1º del artículo 31 bis CP, y además, un delito corporativo cometido por la persona jurídica, esto es, de la existencia de un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda empresa ¹¹ .

¹⁰ DEL MORAL GARCÍA, A. Vid obra citada en nota nº 7. Pág.57.

¹¹ STS 221/2016, de 16 de marzo. Vid, además STC 114/1984, de 29 de noviembre, que establece las reglas de la exclusión probatoria, posteriormente desarrolladas en el artículo 11.1 LOPJ.

III. NATURALEZA JURÍDICA Y ATRIBUCIÓN DEL DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN A LAS PERSONAS JURÍDICAS. PROBLEMÁTICA

El derecho a la no autoincriminación se encuentra dentro del extenso contenido de garantías y derechos que recoge el artículo 24.2 CE., que menciona entre otros los derechos a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, que no son sino manifestaciones instrumentales del derecho de defensa, y desde este punto de vista, resulta indiscutible. Como apunta GOENA VIVES ¹², supone la síntesis de dos garantías procesales del sujeto pasivo del proceso, en la medida en que sirven al derecho de defensa. Sólo desde esta perspectiva puede comprenderse la compatibilidad entre un derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra uno mismo (art. 24.2 CE), con el deber constitucional de colaboración con la Administración de Justicia (art. 118 CE).

Se trata en definitiva de una regla derivada del conflicto entre los principios limitadores del *ius puniendi* estatal, entre ellos, la protección de la dignidad humana (seguridad-dignidad). Por ello, el derecho a la no autoincriminación no es un fin que exprese un valor digno de protección, sino un medio para hacer que esta sea efectiva (...). Es una garantía de las personas físicas que, en ocasiones, deberá salvaguardarse a través de las personas jurídicas, por ser estas una vía indirecta (pero necesaria) de amparar los derechos fundamentales de los individuos.

Son dos principalmente las razones que ponen en duda la aplicación de este derecho a las personas jurídicas. Por una parte, el carácter personalísimo del derecho en cuestión y, por otra, su relación con la dignidad humana y con la privacidad, fundamentos no extensibles a las personas jurídicas ¹³. Pero no cabe duda que, si bien el derecho a no declarar se halla estrechamente relacionado con valores privativos de las personas físicas, como la intimidad, la dignidad humana, y la integridad física o psíquica ¹⁴; no es menos cierto que, aquél aparece, además, como inherente a otros derechos del proceso penal, como el de defensa y el derecho a la presunción de inocencia ¹⁵, anteriormente aludidos.

Como afirma, PÉREZ CRUZ, desde el momento en el que el legis-

¹² GOENA VIVES, B.: "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *nemo tenetur* : análisis desde el fundamento material de la sanción corporativa". Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 23-22 (2021). Págs.7-8.

¹³ NEIRA PENA, A.M., "La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas". Tirant lo blanch. Valencia, 2017. Págs. 235-237.

¹⁴ Vid SSTC 181/2004, de 2 de noviembre, y 153/2013, de 9 de septiembre.

¹⁵ SSTC 29/1995, de 6 de febrero; 197/1995, de 21 de diciembre; y 161/1997, de 2 de octubre.

lador atribuye a la persona jurídica la condición de imputada, ha de reconocerle también el derecho de defensa y los derechos instrumentales que le acompañan. Además, las exigencias de un proceso justo y con todas las garantías, así como la libertad de empresa, impiden que se siga un proceso penal contra una persona jurídica pudiendo por sentencia ser condenada con privaciones de bienes o derechos e incluso con su disolución, sin darle como contrapartida el derecho de no defenderse ¹⁶. Si una defensa real y efectiva requiere el reconocimiento y respeto de los derechos a no autoincriminarse, a no confesarse culpable, es necesario afirmar que tales derechos corresponden a la persona jurídica imputada ¹⁷. Y así ha sido recogido por nuestro legislador en los artículos 409 bis y 786 bis de la LECrim., en redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización procesal ¹⁸.

Por ello, “sería impensable incorporar unas exigencias probatorias incriminatorias más atenuadas para las personas jurídicas que las que se vienen exigiendo para las personas físicas, por ello la convicción del juzgador debe alcanzarse mediante prueba suficiente, tanto para la acreditación del hecho, como de la culpabilidad de su autor” ¹⁹.

Es más, la doctrina ²⁰ indica, que no debe obviarse que cualquier tipo de prueba que se aporte por la empresa (en su afán de colaboración con la administración de justicia) que pueda reflejar asimismo la responsabilidad penal de las personas físicas, debe ser considerada nula, pues de lo contrario se estaría favoreciendo la vulneración indiscriminada de los derechos procesales de las personas físicas en pro de la atenuación de la responsabilidad penal empresarial. Así, se hace eco del importante debate en el seno de la doctrina estadounidense en torno a los acuerdos de “persecución diferida” o “no persecución de organizaciones empresariales”. Se trata de acuerdos unilaterales de las personas jurídicas con la fiscalía, en virtud de los cuales, la empresa reconoce la comisión de un ilícito y accede a cooperar con la investigación, abonando las multas, reestructurando la operativa

¹⁶ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. “El interrogatorio del acusado. Reflexiones a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, y Tribunal Supremo”. Thomson Reuters-Aranzadi, 2011. Cizur Menor (Navarra). Págs. 278-280.

¹⁷ Ídem PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. Obra citada en nota anterior.

¹⁸ Entre otros particulares recoge: “A dicha declaración le será de aplicación lo dispuesto en los preceptos del presente Capítulo en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluidos los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable (...)”.

¹⁹ ECHARRI CASI, F.J. Vid artículo citado en nota a pie nº 2.

²⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad penal empresarial en el Anteproyecto de Código Penal de 2008”. El Anteproyecto de Modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos. AA.VV. Cuadernos penales José María Lidón, núm. 6 Universidad de Deusto. Bilbao, 2009. Págs. 274-279.

empresarial, y cumpliendo otras condiciones, como el nombramiento de un “supervisor empresarial” a cargo de aquella. Si transcurrido un periodo de tiempo (entre uno y tres años) la empresa no ha infringido el acuerdo, la fiscalía accederá a retirar los cargos (*Non Prosecution Agreements*), sin necesidad de que aquella admita ningún tipo de culpabilidad, que dañaría obviamente su reputación social. Junto a ello, los *Deferred Prosecutions Agreements*, donde la fiscalía presenta cargos, pero difieren su persecución, mientras la empresa coopera ²¹.

Más próximo, en el ordenamiento penal francés, la Ley Sapin II, 2016-1691, de 9 de diciembre, incorpora al mismo amplias y poderosas medidas de *Corporate Compliance* en lo que a las personas jurídicas concierne. Ello permite, al Ministerio Fiscal (acusador en régimen de monopolio en el proceso penal francés), llegado el caso, optar entre ejercitar la acción penal a través del proceso penal, o la implementación de otro tipo de medidas con el objetivo de sanear y proteger a la persona jurídica ²². Esta norma, crea un potente instrumento para la lucha contra la corrupción la “Agencia Francesa Anticorrupción” (AFAC) con competencias en materia de orientación y apoyo a las empresas, recepción de denuncias por vulneración de las obligaciones legales, su correlativa investigación y eventual sanción. Tiene además atribuidas funciones de inspección. Deberá igualmente, proteger a los denunciadores ante posibles represalias por parte de las empresas o entidades cuyas malas prácticas hayan sido objeto de denuncia ²³.

²¹ Más propios de ordenamientos donde el principio de oportunidad se encuentra muy presente en la persecución penal. Vid en esta materia VILLEGAS GARCÍA, M.A., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos”. Thomson Reuters-Aranzadi, 2016. Cizur Menor (Navarra). Págs. 334-379. Asimismo, TORRAS COLL, J.M., GIMENO BEVÍA, J., y FORTUNY CENDRA, M., “Instrumentos alternativos al proceso penal de la persona jurídica: desde las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal y la mediación penal hacia los DPA norteamericanos”. Diario La Ley de 25 de junio de 2019.

²² ESPARZA LEIBAR, I.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el rol del *corporate compliance* en el ordenamiento francés. Un interesante ejemplo de lucha contra la corrupción Tratado sobre *compliance* penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión, Juan Luis Gómez Colomer (Dir). Tirant lo blanch. Valencia, 2019. Págs. 1403-1427.

²³ Dirigida por un magistrado, nombrado por seis años, por el presidente de la República (art. 2 Ley Sapin II). Los artículos 41.1.1 y 2 del Código Procesal Penal francés, disciplinan la actividad procesal y sus alternativas. Permiten a la policía judicial, antes de activarse la acción penal y bajo la autorización del ministerio fiscal, transigir tanto con personas físicas como jurídicas en relación con la persecución de determinados delitos. El artículo 41.1.2 recoge la posibilidad de concluir, a propuesta del ministerio fiscal, un acuerdo judicial de interés público que contendrá una o varias de las medidas que el propio artículo desgrana, y que, para su efectividad, deberá ser validado por el órgano jurisdiccional.

IV. APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL

1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Experiencia comparada

Debemos empezar reconociendo, que los pronunciamientos de ambos tribunales son en cierta modo contradictorios, lo que no alienta una solución homogeneizadora del problema desde el ámbito europeo. Así, aunque el TJUE tiene una competencia material más limitada, es el único que se ha pronunciado expresamente sobre el reconocimiento que debe darse al *nemo tenetur* respecto de personas jurídicas, y lo ha hecho en un sentido negativo.

Este derecho no viene recogido expresamente en el artículo 6 CEDH, ni en sus Protocolos Adicionales, no obstante reconocer la jurisprudencia del TEDH que se trata de una garantía judicial encuadrada en el derecho a un juicio justo (art. 6 CEDH) ²⁴. Como indica GOENA VIVES ²⁵, en cualquier caso, el devenir de la jurisprudencia de Estrasburgo en torno al *nemo tenetur* respecto de personas físicas, puede ser de utilidad para delimitar lo que constituye el núcleo o contenido esencial de la garantía objeto de análisis (...), siendo probable que el TEDH se pronuncie en favor de un *nemo tenetur* corporativo.

En mi opinión, a tenor de la doctrina existente, podemos avanzar ya en tal dirección. No estamos ante un mero derecho subjetivo del investigado, sino ante un verdadero principio estructural del proceso que encierra una específica concepción de la manera en que los órganos jurisdiccionales deben aproximarse a ella ²⁶. Así, lo avala la STEDH de 8 de abril de 2004, Caso Weh c. Austria, que señala que “el derecho a no autoincriminarse presupone que las autoridades judiciales logren acreditar en su caso los hechos, sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la persona acusada”. La conocida STEDH de 17 de diciembre de 1996, Caso Saunders c. Reino Unido, sentó doctrina sobre dos aspectos: a) la prohibición de utilizar como prueba en un procedimiento penal las declaraciones obligatorias obtenidas en el marco de una investigación preliminar de carácter extrapenal; y b) que los documentos, y otras pruebas físicas que existen de manera independiente a la voluntad del acusado, no entran dentro del ámbito de protección de este derecho, pudiendo ser utilizadas, por tanto, contra el acusado.

La STEDH de 11 de julio de 2006, Caso Jalloh c. Alemania, vino

²⁴ STEDH de 25 de febrero de 1993. Caso Funke c. Francia.

²⁵ GOENA VIVES, B. Vid obra citada en nota a pie nº 13. Págs. 11-14.

²⁶ En línea con lo planteado por VÁZQUEZ SOTELO, J.L.: “Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal”. Estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español. Editorial Bosch. Barcelona, 1985. Págs. 265-266.

a establecer que sólo existía vulneración del artículo 6 CEDH, en relación al asunto que nos ocupa, si el procedimiento en su conjunto deja de parecer justo.

La jurisprudencia emanada del TEDH vincula la función del derecho a la no autoincriminación con aspectos esencialmente procesales, tales como la distribución procesal de la carga de la prueba entre el Estado y el acusado ²⁷.

El TJUE se pronunció respecto de esta cuestión, en relación con determinadas infracciones del derecho de la competencia. Así, en la STJUE de 18 de octubre de 1989, Caso Orkem c. Comisión Europea, donde corroboró la doctrina vigente respecto de la obligación de colaboración de las empresas imputadas, rechazando expresamente que aquellas tuvieran un derecho a guardar silencio o a no colaborar. Tan sólo cabe la posibilidad de negarse a contestar a aquellas preguntas que impliquen un reconocimiento de los hechos objeto de enjuiciamiento ²⁸. Esta línea jurisprudencial, ha venido manteniéndose hasta nuestros días, como lo refleja la STJUE de 2 de febrero de 2021, Caso DB c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa ²⁹, donde indicó que “se puede obligar a la empresa implicada a que facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento y a que presente, si fuere preciso, los documentos correspondientes que obren en su poder, incluso si estos pueden servir para probar, en particular, respecto de la propia empresa, la existencia de una conducta contraria a la competencia”.

Esta doctrina, además de ser contraria a las garantías que respecto del proceso penal, viene reconociendo la jurisprudencia del TEDH, no soporta las más elementales reglas de equilibrio procesal entre las partes, que vertebran entre otros, el derecho a un juicio justo y el derecho a una defensa plena y efectiva en el seno de aquél (art. 24. 2 CE), debiendo quedar limitada, como mucho, al derecho sancionador, extramuros del derecho penal.

El Tribunal Constitucional Federal alemán ³⁰, ha venido sosteniendo que el derecho a no autoincriminarse favorecía exclusivamente a las personas naturales. Aludía a la estrecha relación existente entre el fundamento del derecho a la no autoincriminación y la dignidad humana, con cita del artículo 19. III GC (Constitución alemana) que dispone que los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídi-

²⁷ GOENA VIVES, B. Vid obra citada en nota a pie n^o 13. Pág. 13.

²⁸ SSTJUE de 29 de junio de 2006, Caso SGL Carbon” c. Comisión; de 25 de enero de 2007 Caso Dalmine c. Comisión.

²⁹ Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional Italiano.

³⁰ BVerfGE 95, 220 de 1997.

cas nacionales, en la medida que dichos derechos resulten aplicables a ellas “de acuerdo con su esencia”. Y declara, que el citado artículo excluye al menos la aplicación del derecho a no autoincriminarse, porque ahí donde el derecho fundamental se conecta con cualidades, formas de expresión o relaciones que son propias y exclusivas de las personas naturales no sería posible su extensión a entes como las personas jurídicas, máxime si la protección se establece en interés de la dignidad humana, que sólo las personas naturales pueden reclamar.

Esta resolución resulta acorde con la legislación alemana vigente respecto de la responsabilidad de las personas jurídicas (exigida en el ámbito administrativo sancionador) que se recoge en el artículo 30 OWiG ³¹, cuya redacción no deja lugar a dudas. La extensión de la responsabilidad a las personas jurídicas se realiza por vía de las consecuencias accesorias (*Nebenfolge*), para cuya activación se requiere la concurrencia de tres presupuestos: a) la condición de “representante” en la persona autora material de los hechos; b) la obtención por la entidad de un beneficio patrimonial; y c) la infracción de alguno de los deberes que pesa sobre ella ³². La tesis del Tribunal Constitucional alemán, quedaría sin embargo en entredicho, si se avanzase hacia un pleno reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ³³ como sucede en nuestro ordenamiento, y ello, es así, al contener constantes alusiones a los casos en los que está comprometida la responsabilidad de la persona jurídica actuando por ella sus órganos, de modo que sólo éstos, y no aquella, son autores, por lo que en definitiva, contra la misma no se dirige reproche de culpabilidad penal alguno, ni siquiera de desaprobación ética, sino una mera pretensión de compensación de los beneficios obtenidos como consecuencia del hecho, lo que la aproxima más, a un resarcimiento civil-mercantil, ya extracontractual, ya por enriquecimiento ilícito.

2. Una aproximación al Derecho estadounidense

Al margen de los acuerdos unilaterales con la fiscalía, de “persecución diferida” o “no persecución de organizaciones empresariales”, a los que

³¹ *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* de 19 de febrero de 1987 (Ley de Contravenciones Administrativas).

³² ACHENBACH, H.: “Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el derecho alemán”. *Fundamentos de un Sistema Europeo de Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. J.M. Bosch Editor, S.A. Barcelona, 1995. Págs. 381-407.

³³ En esta línea el Anteproyecto de Ley de Responsabilidad de personas jurídicas. “*Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten*” (VerSanG), que entre otras cuestiones impide la confidencialidad de las investigaciones internas si la empresa no figura como acusada (& 17 (1) 3).

nos hemos referido *ut supra*; en los Estados Unidos, la Corte Suprema ha negado expresamente la posibilidad de que las personas jurídicas tengan derecho a no declarar contra sí mismas ³⁴. La jurisprudencia ha venido, de manera reiterada, excluyendo el derecho a la no incriminación garantizado por la Quinta Enmienda, a las personas jurídicas, al entender que son meras entidades ficticias, que solo pueden prestar declaración a través de personas físicas ya protegidas por su propio derecho al silencio ³⁵.

Ello se basa, principalmente, en dos ideas: por una parte, a la naturaleza esencialmente personalísima del privilegio, que hace que no sea susceptible de ejercicio a través de representantes; y, por la otra, a la circunstancia de que, a diferencia de las personas naturales, que tienen una existencia independiente del Estado, la persona jurídica (en la especie societaria) es una creación del Estado que recibe poderes que sólo se extienden hasta el punto fijado por el derecho que la crea, de donde se derivaría el derecho del Estado para investigar el ejercicio de esos poderes, contexto en el que puede legítimamente interrogar a la sociedad sobre cómo lo ha hecho y demandarle los documentos y objetos que dan cuenta de ello ³⁶.

Ampara, asimismo el contenido de la Quinta Enmienda, la denominada entrega de documentos que pudieran resultar comprometedores para la entidad. Desde el caso “Wilson c. United States” (1911) se mantiene que la protección constitucional contra la autoincriminación mediante la entrega compulsiva de documentos se refiere a los documentos privados del individuo, pero no a los documentos corporativos, propios de la persona jurídica, con independencia de que en su composición haya intervenido el agente y sin que la sola tenencia o custodia de los mismos, pueda considerarse fuente suficiente de un derecho al respecto. A ello, debe añadirse la llamada “excepción de registros obligatorios” (“*Required Records Exception*”), conforme a la cual deben entregarse aquellos registros documentales que son obligatorios para las empresas en determinados contextos regulatorios, aunque tengan carácter privado; o la doctrina del acto de producción (“*Act production doctrine*”) que limita la protección de la Quinta Enmienda, al testimonio o documentos con un sentido comunicativo equivalente ³⁷, según

³⁴ Este precedente, se recoge en la sentencia del Caso Hale c. Henkel (1906).

³⁵ Caso United States c. White (1944). Sin embargo, este tradicional posicionamiento ha sido contestado por un sector doctrina que aboga por un derecho a la no autoincriminación corporativo (Winkler, A.; Rochon, M; Schmitt, A; Herbert, I.).

³⁶ HERNÁNDEZ BASUALTO, H: “¿Derecho de las personas jurídicas a no autoincriminarse?”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. n° 44, julio 2015. Pág. 3.

³⁷ Caso Schmerber c. California (1966).

la cual, la entrega del documento, su “producción” en el lenguaje de la Corte, sólo goza de protección constitucional en cuanto tal tiene un carácter comunicativo e incriminador.

La jurisprudencia estadounidense, ha recortado significativamente el alcance del derecho de las personas jurídicas a la no autoincriminación, de un modo que, no parece compatible con la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, ni con nuestra jurisprudencia constitucional.

A fin de aminorar las perniciosas consecuencias que ello conlleva, se han planteado diversas soluciones, entre ellas, la formulación de un “*compliance privilege*” o privilegio de *compliance*, en cuya virtud se proteja la información derivada de las medidas propias de un programa de cumplimiento, de forma similar a como se protegen las comunicaciones abogado-cliente. Este sería el caso, por ejemplo, del llamado “*self evaluative privilege*”; construcción jurisprudencial que plantea proteger los documentos generados en aras de mejorar el *compliance*. Con ello, se pretende favorecer el interés público de que las corporaciones inviertan en tener medidas de *compliance* adecuadas, sin el temor de que la información generada pueda ser utilizada en su contra.

Algunas de las propuestas doctrinales, más recientes, se inclinan por ofrecer soluciones que tengan en cuenta tanto los intereses de las autoridades como los de las propias empresas y que son similares a las que ya se aplican en otras ramas del ordenamiento jurídico, como la denominada “*Mandated confidential reporting of compliance*”, consistente en que la corporación esté obligada (bajo amenaza de sanción) a informar sobre sus obligaciones en materia de *compliance* para que dicho programa de cumplimiento sea validado por las autoridades. A cambio, la información derivada de ese informe mandatorio no podría trasladarse al procedimiento ³⁸.

Esta tendencia reduccionista del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas se ha extendido, asimismo a la legislación canadiense y australiana. En esta última, la Corte Suprema, indica que dicho privilegio, se basa en la protección de la libertad, la intimidad y la dignidad, de modo que sólo tiene sentido respecto de las personas naturales. Adicionalmente, destaca que si bien el privilegio existe también para mantener un justo equilibrio entre el Estado y el individuo imputado, esa función no sería necesaria tratándose de corporaciones, que por sus recursos cuentan con una posición mucho más fuerte que la que exhiben las personas naturales, reflexión que enlaza con la

³⁸ GARRETT, B.L.; MITCHELL, G.: “Testing compliance” 83 (4) Law & Contemp. Probs., 2020. Págs. 77-78.

complejidad de las investigaciones criminales en que hay corporaciones comprometidas ³⁹ .

3. Estado de la cuestión en el proceso penal español

Si bien es cierto que, nuestro Tribunal Constitucional no ha tenido un pronunciamiento expreso en la materia que nos ocupa, no lo es menos, que en nuestra legislación procesal penal, sí se reconoce expresamente el derecho a no declarar de las personas jurídicas que son investigadas. Así, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) vigente, concretamente en los artículos 409 bis y 786 bis de aquella. Pero la realidad, es que ello, no se refleja con tanta claridad como debiera en el *usus fori* jurisdiccional; debiendo partirse de la premisa que una cosa es la posibilidad de realizar investigaciones sobre el sujeto afectado, y otra bien distinta, la imposición de cargas tendentes a colaborar con su propia inculpación. De ahí, que no pueda hacerse recaer en el investigado la obligación de aportar elementos probatorios directos, en contra de su voluntad, como puede ser, por ejemplo, una documentación de contenido inculpativo ⁴⁰ .

Del análisis del artículo 409 bis LECrim., se desprende el reconocimiento de una serie de garantías en favor de la persona jurídica investigada, como son los derechos a guardar silencio, a no declarar contra si misma y a no confesarse culpable, siendo de aplicación las reglas sobre la declaración del imputado en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza. Estableciendo así, una equiparación entre el representante especialmente designado, al que se recibirá declaración en nombre de aquella, y el imputado, que no es tal, ya que el artículo 786 bis LECrim., en sede de juicio oral, dispone que no es posible designar como representante procesal de la persona jurídica a quien haya de declarar en el juicio como testigo. Impidiendo con ello, nombrar como tal, a sujetos, que sin duda, poseen información relevante, lo que para algún sector doctrina, convierte la legislación vigente en un instrumento concebido más para la acusación que para la defensa ⁴¹ .

Pretende con ello el legislador evitar designaciones fraudulentas dirigidas a garantizar el silencio de testigos, que con importantes conocimientos acerca del ilícito penal, pudieran declarar en contra del

³⁹ Caso “Environment Protection Authority c. Caltex Refining Co Pty Ltd” (1993).

⁴⁰ PÉREZ GIL, J.: “Carga de la prueba y sistemas de gestión de *compliance*”. Tratado sobre *compliance* penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión. Juan Luis Gómez Colomer (Dir). Tirant lo blanch. Valencia, 2019. Págs. 1077-1079. Vid STC 142/2009, de 15 de junio.

⁴¹ DÓPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Proceso penal con personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos”. Diario La Ley n^o 7.796, 13 de febrero de 2012. Pág. 9.

colectivo. Pero una interpretación rigorista del citado precepto, afectaría al derecho de defensa, al obligar a quien debe decidir si acogerse o no a la estrategia del silencio a sujetos que pueden carecer de los conocimientos necesarios acerca de aquél, a fin de actuar en interés de la corporación contra la que se dirige el procedimiento. Así, una interpretación más laxa de aquél, nos llevaría a aplicar dicha prohibición, sólo en aquellos casos en los que se corra el riesgo de bloquear la investigación, mediante designaciones irracionales en atención al peso de la concreta persona en la organización. Más adelante, volveremos sobre esta cuestión, al analizar las limitaciones y obstáculos con los que cuenta la aplicación de dicha garantía en nuestro ordenamiento punitivo.

En el caso de las personas jurídicas, ello no implica que el hecho de que la misma no nombre un representante que ejercite su autodefensa, o de que el representante especialmente designado se niegue a declarar, o lo haga con respuestas poco concluyentes o evasivas, pueda derivarse una prueba positiva de los elementos típicos que fundamentan la responsabilidad penal de la persona jurídica, ni cabe extraer conclusiones negativas acerca de la culpabilidad de la entidad por su falta de colaboración ⁴². Ello en todo caso, imposibilitará a la persona jurídica acceder al catálogo de atenuantes ⁴³ previstas por el legislador, basadas en determinadas actuaciones postdelictivas tendentes a facilitar la investigación y a asumir los hechos como propios, pero no puede ser interpretado como un dato que apoye la hipótesis acusatoria, ni puede con esa actitud evitar la apertura del proceso. La persona jurídica, puede optar por una estrategia defensiva consistente en tratar de acreditar la eficacia jurídico-económica de su modelo de organización y gestión de riesgos penales frente al delito cometido ⁴⁴. Pues a ello habrá dedicado recursos y, en definitiva, la inversión en *compliance* como una debida diligencia de carácter organizativo, implica la ponderación del posible coste (aspectos reputacionales, dificultades de acceso a créditos, veto en la contratación pública, pena y responsabilidad civil), en relación con el desembolso que la corporación destine al cumplimiento ⁴⁵.

No olvidemos que, puede existir responsabilidad penal de las personas jurídicas, aun cuando no se haya podido individualizar la persona

⁴² Vid PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. Obra citada en nota a pie n.º. 17. Págs. 260-261.

⁴³ Artículo 31 quater Código Penal.

⁴⁴ SERRANO ZARAGOZA, O.: "Compliance y prueba de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; como conseguir la exención de la responsabilidad penal de una persona jurídica en el curso de un concreto procedimiento penal". Revista Aranzadi doctrinal núm. 6. 2016.

⁴⁵ Vid PÉREZ GIL, J. Obra citada en nota a pie de página n.º.42. Pág. 1078.

física responsable o haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella ⁴⁶, lo que implica la remoción de arraigados principios garantistas que fundamentan la responsabilidad penal de las personas físicas, en abierta contradicción con lo prevenido en los artículos 5 y 10 del Código Penal, al carecer las personas jurídicas de la capacidad de acción y la capacidad de culpabilidad requeridas ⁴⁷.

No sería lógico por otro lado, negar el derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas, cuando en realidad éstas, actúan asimismo a través de una persona física (representante especialmente designado) que las hace visibles en el procedimiento penal en cuestión, así como frente al órgano jurisdiccional ⁴⁸.

Como concluye la profesora NEIRA PENA ⁴⁹, la clave, radica en determinar el ámbito de protección del que goza tal derecho en relación con las personas jurídicas, señalando qué sujetos podrían hacerlo en nombre de la entidad y qué actuaciones quedarían protegidas por el mismo, lo que vendrá determinado, en gran parte, por la relación instrumental que une el derecho a no declarar con el derecho de defensa y el derecho a la presunción de inocencia, así como por las posibilidades de ejercicio que tal derecho presenta en relación con los entes colectivos.

El ya citado artículo 409 bis LECrim., viene a identificar la declaración del representante de la entidad con la prestada por el sujeto pasivo del proceso penal, debiendo reconocérsele similares garantías que a cualquier otro inculpado persona física. No tiene sentido alguno, que si el artículo 31 quater a) CP recoge como atenuante para la persona jurídica “la confesión de la infracción a las autoridades” antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, no se revista a la misma de las máximas garantías y precauciones, dada su relevancia y trascendencia.

V. LIMITACIONES Y OBSTÁCULOS DEL DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El ámbito de la protección del derecho a la no autoincriminación, no viene referido exclusivamente a la posibilidad de las declaraciones orales de los investigados, sino también a la aportación de cualquier

⁴⁶ Artículo 31 ter Código Penal.

⁴⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del sistema”. Revista del Consejo General de la Abogacía Española núm. 52 septiembre 2010. Págs. 38-40. Vid STS 23 de julio de 2009.

⁴⁸ Diferente, sin embargo, sería la posición procesal del representante legal de la entidad.

⁴⁹ NEIRA PENA, A.M.: Vid obra citada en nota a pie n^o 14. Pág. 265.

tipo de documentos de contenido incriminatorio. Según GASCÓN INCHAUSTI ⁵⁰, cabría considerar amparadas por este derecho conductas tales como: a) la negativa de la persona jurídica, en cuanto tal, a suministrar la información y los documentos que le sean reclamados y que tengan carácter incriminatorio; b) la negativa de determinados sujetos vinculados a la persona jurídica a suministrar esa misma información y documentación; c) la negativa de determinados sujetos vinculados a la persona jurídica a responder a preguntas de contenido incriminatorio para la persona jurídica.

1. Límites subjetivos

Sobre la base de la ficción de la persona jurídica, y la necesidad de que está se visibilice en el proceso a través de una persona física, deberá concretarse a quién afectaría el derecho que nos ocupa. Como indica NEIRA PENA ⁵¹, inevitablemente se produce un desdoblamiento entre el titular del derecho a la no declarar, esto es, la persona moral que sufre el riesgo de autoincriminación, y el sujeto que efectivamente declara, que será en todo caso una persona natural ⁵².

Esta prerrogativa debe trasladarse al representante especialmente designado de la persona jurídica, al que, tanto en la fase de instrucción, como en sede de juicio oral, se le faculta para permanecer en silencio y a no incriminar a la entidad en nombre de la que declara (arts. 409 bis y 786 bis LECrim).

Pero la cuestión, es ver qué acontece con los administradores de hecho o de derecho, los directivos o representantes, o los propios empleados de la entidad, que no sean parte en el proceso, es decir, todas aquellas personas físicas vinculadas o relacionadas de alguna manera con la persona jurídica cuyo testimonio se considere de interés; no hay limitación alguna para ellas en orden a la obtención de testimonios de aquellos, lo que puede condicionar o limitar de manera extraordinaria la designación por la persona jurídica de representante para el juicio haciendo que deba recaer finalmente y por exclusión en una persona que no tendrá ningún conocimiento que pueda resultar incriminatorio para la persona jurídica ⁵³.

⁵⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F.: “Proceso penal y persona jurídica”. Marcial Pons. Madrid. 2012. Pág.121.

⁵¹ NEIRA PENA, A.M.: Vid obra citada en nota a pie de página nº 14.

⁵² Se trata de un derecho inherente a la persona del imputado (STC 161/1997, de 2 de octubre) cuando obviamente, la persona jurídica aún no había sido incorporada a la posición pasiva del proceso penal.

⁵³ ARANGÜENA FANEGO, C.: “El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable de la persona jurídica y el régimen de *compliance*”. Tratado sobre *compliance* penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y

Esta cuestión no es pacífica, ya que un sector doctrinal (DEL MORAL GARCÍA, GASCÓN INCHAUSTI) ⁵⁴ propone extender el derecho a no declarar a otros sujetos especialmente vinculados con la persona jurídica, distintos al representante especialmente designado en el procedimiento, o cuando menos a todos los representantes o miembros de los órganos directivos. Sin embargo, para otros (DOPICO GÓMEZ-ALLER) ⁵⁵, esta extensión podría llegar a hacer imposible cualquier investigación penal, y, además, porque la relación laboral o de servicios no integra al trabajador como parte orgánica de la persona jurídica, ni le otorga poder para representarla ⁵⁶. Sin embargo, en mi opinión, la cuestión nuclear radica en el grado de conocimiento que de la conducta delictiva objeto de investigación tenga el sujeto llamado a declarar en nombre de la persona jurídica, y cuál podría llegar a ser su aportación de contenido incriminatorio, cuestión que debe ser valorada por la defensa de aquella, en el marco de su estrategia definida en cada proceso concreto.

Para dar cobertura legal a una exención de este tipo, en concreto respecto de los trabajadores de la empresa, a los que una declaración contra la entidad podría irrogarles importantes perjuicios de todo tipo: económicos, laborales, personales, se ha propuesto acudir por analogía a las dispensas del deber de declarar de los artículos 416 y 418 LECrim ⁵⁷. Esta solución, en mi opinión es poco viable, ya que dichos preceptos, o bien establecen una relación de parentesco, o de tipo profesional, o bien, exigen la concurrencia de un perjuicio material o moral que además afecte de manera importante a la persona o a la fortuna de los parientes del testigo, a veces de difícil acreditación. La dispensa del deber de declarar es un derecho del testigo que no tiene correspondencia con uno paralelo del encausado o acusado (SSTS 130/2019, de 12 de marzo; y 205/2018, de 25 de abril). No existe un derecho del investigado a que sus parientes no declaren, sino el de estos a no declarar, justificado por los vínculos familiares protegidos, y por el derecho a la intimidad en el ámbito familiar, así como por la solidaridad existente entre el acusado y el testigo (STS 389/2020, de 10 de julio). Ello, supondría además crear distinciones en el estatuto

gestión, Juan Luís Gómez Colomer (Dir). Tirant lo blanch. Valencia, 2019. Pág. 468.

⁵⁴ DEL MORAL GARCÍA, A. "Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas acusadas" AA.VV. El Juicio oral en el proceso penal Especial referencia al procedimiento abreviado. Comares 2^a Ed. Granada, 2010. Pág. 743. GASCÓN INCHAUSTI, F. Vid obra citada en nota a pie n^o 52. Pág. 110.

⁵⁵ DÓPICO GÓMEZ-ALLER, J. Vid obra citada en nota a pie n^o 43.

⁵⁶ En línea con la STC 23/2014, de 13 de febrero.

⁵⁷ Referido a las dispensas del deber de declarar acerca de algunas preguntas que pudieran perjudicar, ya a la persona, ya a la fortuna de los parientes del testigo.

procesal de los testigos, sobre la base de la extensión del derecho de dispensa o de la obligación de declarar hacia otros sujetos no prevenidos; pero, por otro lado, no resulta ilógico pensar, que pueda ser enervada su obligación de declarar cuando el posible perjuicio económico o moral pudiera llegar a afectar al mismo, aun de forma indirecta.

El ordenamiento procesal penal francés recoge la figura del denominado “testigo asistido” (art.113 CPP). Así, el artículo 113.2 CPP francés, indica que “cualquier persona aludida nominalmente en una denuncia o acusada por la víctima podrá ser oída como testigo asistido. Cuando comparezca ante el juez de instrucción será escuchada obligatoriamente en dicha condición, si así lo solicita; si la persona es aludida nominalmente por una denuncia con constitución de parte civil, será advertida de ese derecho cuando comparezca ante el juez de instrucción. Cualquier persona acusada por un testigo o contra la cual existan indicios que hagan verosímil el que haya podido participar, como autor o cómplice, en la comisión de delitos de los que sea competente el juez de instrucción podrá ser oída como testigo asistido”. El párrafo siguiente (113.3) prevé la posibilidad de que este testigo se beneficie del derecho a ser asistido por un abogado de su libre elección, o designado de oficio en su caso (...), debiendo ser informado de sus derechos por el juez de instrucción desde su primera declaración como testigo asistido. Además, este testigo no prestará juramento o promesa de decir verdad (art. 113.5).

Tampoco, esta figura, parece que aporte una solución viable al caso que nos ocupa, estando pensada eso sí, frente a aquellos supuestos en los que un sujeto que inicialmente declara como testigo, y a la vista del posible contenido de su declaración pudieran desprenderse contra él mismo indicios de su participación en los hechos objeto de investigación, por lo que estaría justificaría, en cierto modo, la presencia letrada por la necesidad de asesorar al testigo a la hora de contestar o no a ciertas preguntas. Pero, ello, comportaría atribuir a aquél el estatuto de investigado para que pudiera acogerse al derecho a no declarar; lo que no está previsto en nuestro ordenamiento procesal, ya que esta figura del “testigo asistido”, tan sólo aparece en el artículo 433 LECrim., que permite a la víctima del delito hacerse acompañar de una persona de su elección durante la práctica de la diligencia testifical (ni siquiera aquí se habla de asistencia letrada). En la práctica, nuestros tribunales, de manera excepcional, en los denominados macroprocesos relacionados con la corrupción pública, han permitido la asistencia letrada a algún testigo, pero únicamente en aquellos casos en los que el testigo se encontraba ya investigado por hechos relacionados en

otra causa o incluso en otra pieza separada de la misma causa, y únicamente a los efectos de negarse a contestar a aquellas preguntas cuya respuesta pudiera incriminarle o perjudicarlo en la causa en la que figura en calidad de investigado. Al margen de estos supuestos, que poco o nada tienen que ver con la problemática que ahora nos ocupa, la declaración de testigo asistido por letrado, no está prevista por nuestra LECrim.

En un plano distinto, esas exenciones podrían resultar contrarias a las obligaciones de prevención delictiva y cultura de cumplimiento normativo que pesan sobre los administradores y representantes de las personas jurídicas, y desde luego, a la cultura de respeto por la legalidad, sobre la que descansa la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Incluso podría plantear problemas, acerca del deber de lealtad de los administradores para con la empresa (art. 227.1 TRLSC)⁵⁸. Lo cierto es que, no existe en el seno del proceso penal un deber “laboral”, legal o contractual de guardar silencio frente a la obligación de declarar en calidad de testigo, ni tan siquiera puede oponerse ese deber de “lealtad” expresamente recogido en la normativa societaria, a pesar de que aquellas manifestaciones pudieran conllevar importantes perjuicios para la sociedad.

Para aplicar estas garantías a las personas jurídicas de una manera adecuada, sería necesario llevar a cabo un análisis de la organización para establecer de manera objetiva, respecto de qué personas físicas se pueden concretar los referidos derechos, atendiendo también a aquellos aspectos de su funcionamiento más relacionados con la responsabilidad penal que se le atribuya, y delimitar así, objetivamente las materias sobre las que proyectar aquellas.

Por lo que, a los sujetos, que pueden negarse legítimamente a entregar documentos o fuentes de prueba incriminatorias para la entidad, deberán ser aquellos que estén facultados para tomar decisiones o para actuar en su nombre, en relación con la documentación que se requiere. El derecho de la empresa a negarse a la entrega de documentos, no puede ser burlado por la vía de solicitarla a título personal a quienes trabajan en ella, pero no están facultados para tomar decisiones, ni para actuar en su nombre. El rechazo por parte de los empleados o directivos a aportar tal documentación incriminatoria, no puede reportarles perjuicio alguno. Aunque en estos casos, los requerimientos no vayan expresamente dirigidos al titular del derecho a no autoincriminarse, ya que es doctrina constitucional que, los trabajadores de la

⁵⁸ El artículo 227.1 LSC actúa como cláusula general que establece el deber de los administradores de “desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad” Redacción dada por Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

entidad queden amparados por el derecho a no declarar de la persona jurídica ⁵⁹ .

Cuestión distinta, sería la aportación voluntaria de esos documentos por parte de algún empleado o directivo de la entidad, en el marco de una colaboración libre y voluntaria con la investigación, lo que no vulneraría el derecho a no declarar de aquella. Pero a mi juicio, para que ésta pudiera calificarse de voluntaria y espontánea, sería necesario que no existiera un requerimiento previo por parte del órgano judicial. Es cierto, como apunta NEIRA PENA, que la “lealtad” de los trabajadores o gestores de la empresa, o la confianza que debe informar las relaciones laborales, no son valores o intereses que entren dentro del ámbito de protección del derecho a no declarar, sino que tal derecho es un instrumento de protección del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia de la entidad, por lo que la colaboración voluntaria, bien de la empresa, bien de cualquiera de sus integrantes, aportando documentos incriminatorios, debe considerarse en todo caso, válida como fuente de prueba ⁶⁰ .

Ello impone alguna matización, ya que si bien el legislador a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha pretendido incentivar a las empresas para que adopten una cultura de cumplimiento del Derecho y para que implementen medidas de control interno, no lo es menos, que tal aportación voluntaria deberá limitarse a aquellos documentos a los que tenga acceso por razón del desempeño de su función, sin extralimitación de ningún tipo, debiendo limitarse en su caso a denunciar los hechos a través del canal de denuncias, ya que el acceso no autorizado a dichos archivos o documentos, podrían acarrearles responsabilidad incluso penal ⁶¹ . No debemos olvidar que, la implantación de los programas de cumplimiento normativo dentro de las empresas es una recomendación no sólo legal, sino jurisprudencial ⁶² , para prevenir, los delitos de los que son responsables las empresas, y también el resto que puedan ser cometidos por sus administradores o empleados y de los que derivan graves consecuencias para ellos, e indirectamente para la organización. No cabe duda, que la inexistencia de un programa de cumplimiento facilita la comisión de

⁵⁹ STC 68/2006, de 13 de marzo.

⁶⁰ Vid NEIRA PENA, A.M. Obra cita en nota a pie nº 14. Pág. 300.

⁶¹ En este sentido la SAP de Valencia (Sección 1ª) 323/2012, de 30 de mayo, condena a un trabajador por descubrimiento y revelación de secretos por hacerse con la historia clínica de los pacientes y con la contabilidad de una entidad médica, llevando a cabo una investigación, ajena a sus funciones en la empresa, a fin de acreditar diversos fraudes.

⁶² SSTS 316/2018, de 28 de junio; 365/2018, de 18 de julio; 292/2021, de 8 de abril; 470/2021, de 2 de junio; 622/2021, de 14 de junio.

los delitos corporativos ⁶³ . Pero lo cierto es que, salvo en determinados sectores (blanqueo de capitales), los programas de cumplimiento no son obligatorios, aunque si altamente recomendables ⁶⁴ .

Los terceros ajenos a la entidad que custodien documentos relativos a la actividad de la persona jurídica (gestorías, entidades bancarias, aseguradoras, proveedores, clientes) tendrán la obligación de aportar dicha documentación, cuando les sea requerida en el marco de un proceso judicial, no sólo por la obligación general de colaborar con la Administración de Justicia (art. 118 CE), sino por la específica que impone el artículo 575 LECrim. Este precepto establece un derecho de “exhibir objetos y papeles que se sospeche puedan tener relación con la causa”, obligación que se refiere a los terceros ajenos al proceso, no a las partes procesales, siendo así que la negativa de empleados y directivos, que ostenten esta información por cuenta ajena, no puede ser burlada, por la vía de interesarlos a título personal a quienes trabajan en ella.

A los representantes legales o miembros de los órganos directivos de la persona jurídica no imputados, si bien no les alcanzaría en toda su extensión este derecho, tampoco deberían declarar bajo el estatuto exclusivo de un testigo, ya que se encuentra ausente esa relación de ajenidad con el hecho investigado, respecto del cual pueden tener un relevante grado de conocimiento, debido al puesto que ocupan dentro del organigrama societario. Sería necesario, informarles cuando menos de los derechos que asisten a la persona jurídica, aunque no sean los representantes especialmente designados en el proceso, y que se extienden a los órganos directivos de la misma ⁶⁵ .

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 154/2016, de 29 febrero) ya advirtió acerca de “la posible conculcación efectiva del derecho de defensa de la persona jurídica al haber sido representada en juicio, y a lo largo de todo el procedimiento, por una persona física objeto ella misma de acusación y con intereses distintos y contrapuestos a los de aquella”, así como la necesidad “de que la misma fuera representada (...) por alguien ajeno a cualquier posible conflicto de intereses procesales con los de la entidad, que debería en este caso ser designado,

⁶³ STS 192/2019, de 9 de abril.

⁶⁴ El artículo 26.5 de la Ley 10/2010, de 28 de abril de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, dispone: “Los sujetos obligados deberán aprobar un manual adecuado de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que se mantendrá actualizado, con información completa sobre las medidas de control interno a que se refieren los apartados anteriores. Para el ejercicio de su función de supervisión e inspección, el manual estará a disposición del Servicio Ejecutivo de la Comisión y, en caso de convenio, de los órganos supervisores de las entidades financieras”.

⁶⁵ Situación que se asemeja en cierto modo a la de un partícipe a título lucrativo (art. 122 CP) en el proceso penal, aunque éste se halla más próximo a la posición del encausado.

si ello fuera posible, por los órganos de representación, sin intervención en tal decisión de quienes fueran a ser juzgados en las mismas actuaciones”. Además, el Alto Tribunal, exhortaba en aquella, a los órganos judiciales a fiscalizar el controvertido trámite de designación de representante, así como al Legislador a establecer la oportuna regulación⁶⁶. Sin embargo, el legislador ha omitido tal recomendación, cuando menos en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, obligando a designar al *compliance officer* como representante procesal de la corporación imputada. Regulación, a todas luces insuficiente, ya que nada dice del resto de individuos que en razón de su cargo, pueden conocer información potencialmente perjudicial para la entidad procesada, y que, sin embargo, en el más que probable caso de que fueran llamados como testigos, tendrían obligación de decir verdad. Lo cual, como indica GOENA VIVES, mantiene las dudas de que sea realmente posible y/o probable un *nemo tenetur* a las personas jurídicas imputadas desligado de los intereses de sus miembros⁶⁷.

No obstante, este Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (que como tantos otros, parece haber quedado en el olvido) regula el derecho al silencio (art. 17), otorgándole un reconocimiento amplio, al disponer que nadie puede ser obligado a confesarse culpable ni a declarar contra sí mismo, indicando, además, que del silencio de la persona encausada o de su negativa a declarar no podrán extraerse consecuencias que le perjudiquen (art. 17.1). A continuación, exime de la prestación de juramento o promesa al encausado, que no podrá ser perseguido por el delito de falso testimonio por las declaraciones que realice (art. 17.2). lo que no supone novedad alguna en su estatuto procesal, en relación con la regulación vigente. Por el contrario, resulta novedosa la posibilidad de prohibir la utilización de manifestaciones o documentos previamente obtenidos bajo amenaza de sanción (art. 17.4), en aplicación de la denominada “excepción Saunders” contenida en la conocida STEDH de 17 de diciembre de 1996, Caso Saunders c. Reino Unido⁶⁸.

En cuanto al alcance subjetivo del derecho a la no autoincriminación, al igual que con la legislación vigente, el Anteproyecto LECrim reconoce esta garantía a quien sea sujeto pasivo del proceso y, por tanto,

⁶⁶ En el mismo sentido las posteriores SSTS 583/2017, de 19 de julio; y 123/2019, de 8 de marzo.

⁶⁷ Vid GOENA VIVES, B. Oba citada en nota a pie nº 13. Pág. 19.

⁶⁸ Esta doctrina, como hemos visto, posibilitaba la utilización de pruebas obtenidas mediante coacción contra el acusado; y que fue atemperada, entre otras por STEDH de 3 de mayo de 2001 Caso J.B. c. Suiza, en un caso de evasión fiscal, al entender que la petición de documentación era tan genérica que en realidad consistía en una declaración del demandante sobre su situación económica.

la extiende a personas jurídicas. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, el Anteproyecto LECrim regula las reglas del proceso penal dirigido contra la persona jurídica en un capítulo autónomo (Capítulo III del Título II del Libro I). El derecho al silencio se menciona expresamente en varios de sus artículos (arts. 83 y 84). Sin embargo, pese a dicho reconocimiento formal, es dudoso (como se trata de demostrar en este trabajo) el alcance que el derecho al *nemo tenetur* de la persona jurídica vaya a tener en la práctica un reconocimiento material tan claro ⁶⁹. En ambas regulaciones, el régimen previsto para que la persona jurídica pueda prestar declaración en calidad de sujeto pasivo del proceso penal, es a través de su representante procesal, atribuyendo, como ya hiciera el Borrador de Código Procesal Penal de 2013, la representación de la persona jurídica encausada al “director del sistema de control interno de la entidad”; en tanto que persona encargada de supervisar la eficacia del modelo de prevención de delitos adoptado en la empresa. Si no se cuenta en el seno de la empresa con tal figura, se podrá nombra a “otra persona que acepte la representación” o, a falta de dicha designación, que sea el Juez de Garantías quien, a instancia del Ministerio Fiscal, el que designe “a quien ostente el máximo poder real de decisión en el órgano de gobierno o administración o como administrador de hecho” (art. 81.2). En cualquier caso, el Anteproyecto LECrim mantiene la prohibición de designar como representante procesal de la persona jurídica a quien deba declarar como testigo (art. 81.3).

Sigue, sin embargo, sin solucionarse la cuestión del posible conflicto de intereses, sobre el que ya llamó la atención el profesor GÓMEZ-JARA DÍEZ, cuando coincidan el representante de la persona jurídica encausada y la persona física también encausada. Además, no es incontrovertido, que el director de cumplimiento sea la persona más indicada (en todo caso) para representar los intereses de la sociedad imputada, “pudiendo” faltar a la verdad aún, cuando esté en conflicto de intereses con la corporación.

Es lógico, como señala GOENA VIVES ⁷⁰ que la incuestionable relevancia que los individuos personas físicas tienen para la defensa de la persona jurídica hace necesario que el estudio del *nemo tenetur* corporativo no se centre solo en la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso, sino que debe atenderse asimismo, a la libertad de declarar de las personas físicas que integran la organización y que pueden afectar indirectamente a la defensa corporativa.

La amplia variedad de personas físicas que integran los entes cor-

⁶⁹ GOENA VIVES, B. Obra citada en nota a pie n^o 13. Pág. 20.

⁷⁰ GOENA VIVES, B.: Obra citada a pie n^o 13. Pág.22.

porativos, en concreto las sociedades mercantiles, con capacidades ejecutivas o de administración (administradores, directivos, socios), o de terceros externos que prestan servicios a aquellas (abogados, asesores, consultores, proveedores, clientes) y los propios trabajadores; conforman un bloque heterogéneo con intereses, que a veces, son difíciles de conciliar máxime en situaciones de crisis como la que conlleva la realización de conductas delictivas por parte de aquella, o de alguna de las personas físicas con la misma relacionadas, desplegadas en su seno ⁷¹. Ello, sugiere, ampliar el derecho a la no autoincriminación en favor de aquellas personas físicas vinculadas al ente colectivo, que pueden ser asimismo, objeto de requerimientos de todo tipo, ya para la aportación de documentos, u otras fuentes de prueba.

2. Límites objetivos. Requerimientos documentales y derecho a la no colaboración activa

Los requerimientos documentales dirigidos a la entidad investigada son sin duda, un arma de doble filo, que se encuentra directamente relacionada con el derecho a no colaborar activamente, que ostentan las personas jurídicas en el proceso penal ⁷². Pero es que, además, aquellos, pueden ir dirigidos a otros individuos que interactúan en el contexto empresarial, y que en especial incumben a determinados sujetos en áreas contextualizadas de su actividad, como sucede por ejemplo en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales, máxime tras la aprobación de la Directiva 2018/843/UE del Parlamento y del Consejo Europeo, de 30 de mayo de 2018. En estos casos, sólo cabría invocar el derecho/deber de secreto profesional, reconocido en el artículo 24.2 CE. Pero como en nuestro ordenamiento, no se distingue entre deber de secreto profesional y privilegio de las comunicaciones abogado-cliente, sólo cabría alegar el deber de reserva de la persona física, no de la persona jurídica ⁷³.

Como señala MARTÍNEZ ARRIETA ⁷⁴ (en el marco de los delitos contra la Hacienda Pública) hay actos necesarios para el control de una

⁷¹ Bien entendido que la responsabilidad penal de las personas jurídicas viene exigida a los delitos cometidos por la empresa (criminalidad de la empresa), y no a los que se cometen en su seno, por parte de otros.

⁷² GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J.: "Imputación de personas jurídicas y derecho de no colaboración activa". Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 40, septiembre 2016.

⁷³ GOMÉZ-JARA DÍEZ, C.: "La responsabilidad penal de las empresas en los EEUU". Sevilla, 2016. Págs. 313-362. Vid GOENA VIVES. Obra citada en nota a pie nº 13. Pág. 24.

⁷⁴ MARTÍNEZ ARRIETA, A.: "La prueba pericial en el marco de los delitos contra la corrupción. Colaboración de la persona jurídica". La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. Juan Manuel Maza Martín. Fiscalía General del Estado. Madrid, 2018. Págs. 273 y ss.

actividad que no implican ni un quebranto al derecho a no declarar, ni merma del derecho a no ser fuente de prueba. No se trata de actos de naturaleza procesal, enmarcados en un proceso de indagación de un hecho delictivo, sino de actos referidos a la ordenación social correspondientes a un deber legal y constitucional de pagar impuestos. Para ello, distingue entre los órganos encargados de las pesquisas. Si es la administración tributaria la que reclama la documentación para asegurar el buen funcionamiento de la tributación, no hace sino cumplir con las facultades para las que ha sido creada, asegurar la correcta contribución al sostenimiento de los gastos públicos y ello aun cuando pueda existir sospecha de incumplimiento de la obligación. Una vez comprobada que la cuota defraudada es superior a 120.000 euros, se deduce el tanto de culpa al Ministerio Fiscal. En este caso, es el órgano judicial el que indaga a través de la fiscalía, es una indagación por delito, sobre un imputado, y cualquier colaboración debe ser informada y voluntaria, y despliega con total amplitud el derecho al silencio y a la no autoincriminación o a la no colaboración activa.

Será por tanto necesario, examinar si los requerimientos documentales forman parte del derecho a la no autoincriminación que venimos examinando; y en qué casos la persona jurídica investigada puede negarse a atender dichos requerimientos; qué sujetos ostentarían dicha legitimación; y cuáles son los efectos y alcance de aquellos documentos obtenidos a través de requerimientos coactivos. En primer lugar, parece lógico extender el derecho a no autoincriminarse a los requerimientos documentales, al incluir en tal derecho la falta de obligación de aportación o exhibición de documentos ⁷⁵. La declaración, en sentido amplio del término, no tiene por qué ser exclusivamente verbal. No obstante, ello, algún sector doctrinal (BANACLOCHE PALAO) entiende que los documentos que forman parte del archivo de la persona jurídica no pueden ser considerados declaraciones a estos efectos, y su adquisición, aun de forma coactiva, resultaría perfectamente válida desde una perspectiva constitucional ⁷⁶. Frente a ello, DEL MORAL GARCÍA, entiende que es perfectamente factible “desatender los requerimientos que se le efectúen para entregar documentación; o que la información falsa que pueda proporcionar no podrá generar responsabilidad penal.

⁷⁵ GOMÉZ-JARA DÍEZ, C. y BAJO FERNÁNDEZ, M.: “Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica” En “Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal”. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2016. Págs. 313-344.

⁷⁶ BANACLOCHE PALAO, J.: “Las diligencias de investigación relativas a la persona jurídica imputada”. En Banacloche Palao, J. Zarzalejos Nieto, J., y Gómez-Jara Díez, C. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales La Ley. Madrid, 2011. Págs. 195-223.

No es que pueda falsear la documentación, pero no le será exigible que la proporcione (sin perjuicio de que esa negativa provoque la necesidad de un registro o de una pesquisa más invasiva) ⁷⁷. Tales elementos de prueba, obtenidos bajo apercibimiento de desobediencia, serían ilegales y, por ende, sin valor probatorio, por haberse vulnerado en su obtención el derecho fundamental de la entidad a no autoincriminarse (art. 11.1 LOPJ), como también lo sería la información recabada de esa forma en un expediente administrativo previo.

Esta disyuntiva (derecho a la no autoincriminación - deber de colaborar con la Administración), como advertía MARTÍNEZ ARRIETA ⁷⁸ se plantea en el marco del procedimiento administrativo tributario, donde el artículo 29.2 f) de la Ley General Tributaria obliga a “aportar documentos, libros y registros (...)” y el artículo 203 de la misma, tipifica la infracción tributaria por el incumplimiento de dicha obligación. Así, la persona jurídica, está obligada a entregar la información requerida por la Administración Tributaria, ya que, si no lo hace, podrá ser sancionado. La cuestión a tener en cuenta, es si la Administración Tributaria, puede utilizar esa información obtenida en el procedimiento administrativo sancionador de manera coactiva, en el curso de un proceso penal por delito fiscal contra las personas jurídicas.

La Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2011, consideró que sí podían ser utilizados dichos documentos como prueba en el proceso penal, ya que de admitirse lo contrario “la reforma del Código Penal constituiría un arma de doble filo para el *ius puniendi* estatal, al colocar a las personas jurídicas en un terreno en el que se le facultaría para rehusar toda cooperación” ⁷⁹.

Para sostener dicha tesis, analiza la doctrina del Tribunal Constitucional, y llega a la conclusión que el derecho a la no autoincriminación no resultaba aplicable al caso planteado, por cuando aún concurría coacción derivada de tales requerimientos, cuya desatención supone la imposición de sanción tributaria, no existía identidad subjetiva entre la persona a la que se requirió la información bajo coacción, la sociedad inspeccionada, y la persona finalmente condenada en el proceso penal, que era el administrador de dicha sociedad ⁸⁰. En definitiva, la persona jurídica no puede exonerarse de colaborar cuando la información se solicita en relación con la investigación que se sigue contra una persona física, aunque esté vinculada a ella. No cabe realizar una

⁷⁷ DEL MORAL GARCÍA, A. Vid obra citada a pie de página n° 56. Págs. 741-743.

⁷⁸ MARTÍNEZ ARRIETA, A. Vid obra citada en nota a pie n° 76.

⁷⁹ GIMENO BEVIÁ, J.: “El proceso penal de las personas jurídicas”. Thomson Reuters-Aranzadi. 2014. Cizur Menor (Navarra). Págs. 238-241.

⁸⁰ SSTC 18/2005, de 1 de febrero; y 62/2006, de 13 de marzo).

confusión de persona natural y jurídica a efectos de la aplicación del derecho.

El derecho a la no autoincriminación es compatible con la realización de pruebas sobre el investigado (detección de alcohol en sangre ⁸¹, obtención de unos cabellos, examen psiquiátrico). Pero ello, no implica la imposición al sospechoso de la carga de colaborar con su propia inculpación mediante actuaciones propias ⁸².

Ello permite concluir que, tras la incorporación de las personas jurídicas al proceso penal en calidad de acusados, en estos casos en los que se persigue la condena de aquellas por un supuesto delito contra la Hacienda Pública, cabría entender vulnerado el derecho a la no autoincriminación si la sentencia penal basa exclusivamente su condena, en documentos obtenidos durante el procedimiento inspector, previo requerimiento al finalmente condenado bajo el apercibimiento de sanción administrativa.

La STC 54/2015, de 16 de marzo, niega la eficacia como medio de prueba al reconocimiento de hechos efectuado en un acta de conformidad correspondiente a otro expediente a efectos de provocar la desconexión de antijuridicidad de las pruebas obtenidas de una entrada y registro vulneradora de la inviolabilidad de domicilio y la acreditación de una contabilidad "B". Esta solución, es criticada por algún autor ⁸³, al entender que, si el derecho a la no colaboración activa no es predicable del procedimiento de inspección tributaria, la conformidad prestada en el acta es válida y su empleo en otro procedimiento administrativo no vulnerará tal derecho, sin perjuicio de que pueda vulnerar el *ne bis in idem*. La admisibilidad de un acta en otro procedimiento deberá examinarse no desde la óptica de un derecho (a la no colaboración activa) que no operaba, sino desde el prisma del principio de finalidad (GONZÁLEZ LÓPEZ) ⁸⁴.

En el marco comunitario, la jurisprudencia ya se había hecho eco de esta cuestión, pero desde ópticas discrepantes. Así, el TJUE en sentencia de 18 de octubre de 1989 ⁸⁵, se inclina a favor de los

⁸¹ STC 103/1985, de 4 de octubre.

⁸² STC 142/2009, de 15 de junio.

⁸³ GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J. Vid obra citada en nota a pie nº 74. Págs. 57-58.

⁸⁴ Considera este autor, qué desligado el deber de colaboración del eventual proceso, la utilización de la información obtenida de resultados de los deberes preprocesales habrá analizarse desde la óptica del principio de finalidad (derecho a la protección de los datos de carácter personal) o especialidad, pero no del derecho a la no colaboración activa, que sólo se despliega a partir del inicio del procedimiento sancionador.

⁸⁵ Caso Orkem ya citado, o STJUE de 18 de mayo de 1982 Caso AM&S Europe c. Comisión Europea, donde la aplicación del principio de confidencialidad quedó subordinada a que la actuación se llevase a cabo por un abogado independiente, no vinculado laboralmente con el

intereses del procedimiento administrativo sancionador, ya que en ese momento las personas jurídicas no eran titulares del derecho a la no autoincriminación. Tras la incorporación de ese derecho al artículo 6 CEDH, el Tribunal de manera incomprensible siguió con esa tesis⁸⁶, por representar elementos esenciales de la noción de proceso justo directamente vinculado a la presunción de inocencia, y en tal sentido se ha recogido de manera expresa en la Directiva 2016/343/UE⁸⁷ respecto de las personas físicas.

Por el contrario, el TEDH ofrece una solución distinta. La sentencia de 25 de febrero de 1993⁸⁸, si bien permite la conminación de la imposición de una sanción a la hora de obtener información o recabar documentos en un procedimiento administrativo, no cabe utilizar dicha información como prueba en el proceso penal para condenar a la persona jurídica. Ello impide, asimismo, solicitar coactivamente dicha información cuando existan posibilidades de que con posterioridad se vaya a abrir un proceso penal relacionado con la información obtenida⁸⁹, e incluso, aunque esas sospechas no existan y dichas coacciones se ejerzan fuera de la previsión de un proceso penal, tampoco podrá utilizarse en caso de que finalmente este se inicie⁹⁰. En definitiva, la doctrina del TEDH permite valorar a efectos punitivos la información obtenida mediante coacción, si: a) aquella hubiera preexistido al requerimiento, independientemente de la voluntad de la persona jurídica requerida; y b) que no sea información con valor expresivo propio. De no ser así, no podrá utilizarse en el procedimiento penal de que se trate.

La doctrina del TEDH es perfectamente asumible en el seno del proceso penal habida cuenta de que en el derecho administrativo sancionador europeo las personas jurídicas, siempre han gozado de todos los derechos procesales reconocidos, sin que se haya efectuado matiz alguno en relación a su vigencia⁹¹. Así, puede reconocerse el

cliente. En esta línea STJCE de 14 de septiembre de 2010, Caso Akzo Nobel Chemicals Ltd. y otros.

⁸⁶ Sentencia de 20 de octubre de 2001, Caso *Mannesmannröhren*.

⁸⁷ ARANGÜENA FANEGO, C.: "Proceso penal frente a persona jurídica: garantías procesales". El Nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal. Dir.: Raquel Castillejo Manzanares. Atelier. Barcelona, 2019. Págs. 779-781.

⁸⁸ Caso *Funke* c. Francia. Posteriormente, en STEDH de 6 de diciembre de 2012, Caso *Michaud* c. Francia, se pronunció a favor de proteger la confidencialidad abogado-cliente, pero limitada a los casos en los que el abogado actúa como defensor.

⁸⁹ STEDH de 8 de abril de 2006. Caso *Weh* c. Austria, ya citada.

⁹⁰ STEDH de 17 de diciembre de 1996. Caso *Saunders* c. Reino Unido, ya citada.

⁹¹ NIETO MARTIN, A. y BLUMENBERG, A., "*Nemo tenetur se ipsum accusare*". Derecho Penal económico europeo. Los derechos fundamentales en el Derecho Penal Europeo. Thomson Reuters-Aranzadi 2010. Cizur Menor (Navarra). Pág. 414.

derecho-deber de reserva de quienes, teniéndolo legalmente reconocido, estén directamente vinculados al derecho de defensa de la persona jurídica, abarcando no sólo a los letrados que ejercitan el derecho de defensa, sino también a los representantes procesales de la entidad.

La STS 277/2018, de 8 de junio (Caso Nóos) establece que el hecho de no obligar a una persona a aportar documentación que le incrimine (se remite a la jurisprudencia del TEDH) debe ser extrapolable al derecho penal español, que además ha incorporado la responsabilidad penal de la persona jurídica”.

A fin de evitar la deseable impunidad, y preservar las obligaciones documentales que impone la ley, el TEDH especifica que, para que el derecho a no autoincriminarse despliegue todos sus efectos, es preciso que la medida coactiva se dirija a la obtención de documentos o fuentes de prueba, cuya existencia dependa de la voluntad del investigado. Por lo que los documentos que tengan una existencia independiente de la voluntad del sujeto requerido quedarían fuera del ámbito de protección del citado derecho ⁹². Así, la protección se extendería únicamente a aquellos requerimientos coactivos de información posteriores a la comisión del ilícito punible, y a aquellos otros documentos de cuya existencia no se tuviese certeza absoluta ⁹³.

Al objeto de determinar si los documentos requeridos tienen un carácter obligatorio “*ex lege*”, o si por el contrario responden a la voluntad de la entidad de establecer determinados controles internos de sus actividades o son confeccionados en atención a un requerimiento “*ad hoc*” de los órganos de investigación penal ⁹⁴. Así, tienen a estos efectos, carácter inculpatario, la entrega de documentos que contengan una declaración y cuya existencia dependa del investigado, como, por ejemplo, las respuestas autoincriminatorias, realizadas por escrito, que puede dar el obligado tributario a determinadas preguntas formuladas por la Inspección Tributaria, cuadernos personales de notas, correspondencia o materiales elaborados, a solicitud de la Inspección por aquél ⁹⁵. En el caso concreto de las personas jurídicas, como ejemplos paradigmáticos de documentos internos, de carácter autoincriminatorio protegidos por este derecho, se podrían señalar los archivos derivados del canal de denuncias en los que consten los hechos denunciados y los resultados de las investigaciones internas que, voluntariamente haya llevado a cabo la entidad, así como las

⁹² Vid STEDH de 17 de diciembre de 1996. Caso Saunders c. Reino Unido.

⁹³ SSTEDH de 11 de julio de 2006. Caso Jallohc c. Alemania; de 29 de junio de 2007. Caso O´ Halorand y Francis c. Reino Unido.

⁹⁴ Vid NEIRA PENA. Obra citada en nota a pie n^o 3.

⁹⁵ ARANGUENA FANEGO. C. Vid obra citada en nota a pie n^o 90.

declaraciones escritas de la persona jurídica o de sus representantes admitiendo la existencia de irregularidades o ilegalidades en su actuación en relación con los hechos objeto de investigación. No serían contrarios a derecho, los requerimientos que afecten a documentos de llevanza obligatoria que se requieren en los procedimientos inspectores (contabilidad, facturación).

Se trata de documentos cuya aportación voluntaria, puede conllevar la aplicación de una exención de responsabilidad penal (art. 31 bis 2.1^a CP), para el caso de que antes de la comisión del delito se hayan implantado modelos de organización y gestión; o en su caso una atenuación de la misma (art. 31 quater d) CP) si antes del comienzo del juicio oral, “se han establecido medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”. Sin embargo, al no existir una obligación legal expresa de documentar y archivar esa información, no se trataría de documentos requeridos *ex lege*, mientras que su carácter incriminatorio resulta evidente por lo que, de ser requeridos bajo amenaza de sanción, constituirían una prueba ilícita.

Parece evidente que la vía adecuada para acceder a los documentos internos de la entidad, cuando esta se resista a entregarlos voluntariamente, será acudir a la diligencia de investigación de entrada y registro en los locales en los que pudieran hallarse los citados documentos, por permitirlo así el artículo 554.4^o LECrim. Todo ello tras la correspondiente autorización judicial mediante auto expresamente motivado, en la que además de hacer constar los presupuestos y las garantías materiales y formales de la misma, como si de una persona física se tratara, deberá ser especialmente cuidadosa con el contenido de los documentos que deberán ser objeto de incautación, en relación con los hechos de relevancia penal objeto de investigación.

Como advierten muy gráficamente, AGUILAR FERNÁNDEZ y LIÑÁN LAFUENTE ⁹⁶ “pocos elementos probatorios hay más rentables para una acusación, procesalmente hablando, que un informe de investigación interna, o informe de autoevaluación, que concluya que los mecanismos de prevención no funcionaron, mucho más con el frecuente recurso a la utilización del sesgo retrospectivo en nuestra diaria realidad forense. En este campo, las corporaciones se encuentran ante el dilema de realizar una investigación interna, con el riesgo de que el resultado se convierta en una “soga al cuello” de la que sea imposible

⁹⁶ AGUILAR FERNÁNDEZ, C. y LIÑÁN LAFUENTE, A.: “El secreto profesional del abogado y su aplicación al asesoramiento penal preventivo del *compliance officer*” Persuadir y Razonar. Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín. Tomo II. Carlos Gómez-Jara Díez (Coord). Thomson Reuters-Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2018. Pág. 805.

evadirse, si llegase dicha información a un eventual procedimiento, o no hacer ningún informe para evitar estas consecuencias, lo que posiblemente conllevaría al incumplimiento de su normativa interna de *compliance*". Reseñan a continuación estos autores, una serie de medidas de protección de la documentación generada en el seno de una empresa con miras a preparar la defensa en un posible proceso, además del consabido secreto profesional entre abogado y cliente, que son las siguientes: i) *Work Product Doctrine/Immunity*, que ofrece una protección reforzada a los materiales preparados por los abogados con vistas a la utilización en un previsible proceso, y que fue llevada al ámbito penal en la Sentencia *United States vs. Nobles*, y de ahí se incorporó como Regla 16 (b) (2) a la *Federal Rules of Criminal Procedures*, donde se regula la información no sujeta a la obligación de revelación⁹⁷. ii) *Self Critical Analysis Privilege* que plantea otorgar protección a los documentos generados en el ámbito de la mejora del *compliance*, partiendo de la base de que, si no se respetasen la documentación generada en la mejora del sistema, las empresas no se animarían a implementar un sistema eficaz. La finalidad de dicha doctrina se resume en intentar favorecer que las empresas realicen investigaciones de mejora de su sistema, sin el miedo a que ese trabajo pueda ser utilizado en su contra en un futuro, pues de otro modo se beneficiaría a la empresa que no revisa su sistema para mejorarlo⁹⁸.

Concluyen dichos autores, que como esos documentos constituyen una fuente de información muy codiciada y útil en los procedimientos penales, el único mecanismo que existe para protegerla, de momento, es intentar ampararla en el privilegio del secreto profesional entre abogado y cliente. No obstante, cuando el abogado es un interno que, además realiza las funciones de *compliance officer*; esa protección tiende a diluirse. Defienden, la necesidad de que en la generación de documentos sensibles en el marco de un programa de *compliance* tenga intervención un abogado colegiado, que podrá ser externo o interno, pero que asuma concretamente el cometido de asesorar a su cliente (persona jurídica) respecto a un asunto concreto relacionado con la prevención de riesgos penales⁹⁹.

⁹⁷ Entre la que se incluyen: Informes, memorandos u otros documentos hechos por el acusado, o el abogado o agente del demandado durante la investigación o en defensa del caso; o una declaración hecha al acusado, o al abogado o agente del demandado, por: el acusado; un testigo de la administración o un testigo de la defensa; o un posible testigo del gobierno o de la defensa. Vid ARANGÚENA FANEGO obra citada en nota a pie de página n^o90. Págs. 806-811.

⁹⁸ Ídem obra citada en nota a pie n^o90. Págs. 808-809.

⁹⁹ Ibídem. Págs. 810-811. En relación con el personal de la empresa protegido por el secreto profesional, más extensamente GIMENO BEVIA, J.: "y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas" Civitas - Thomson Reuters. Madrid, 2016. Págs. 149-167.

Por otro lado, desde un punto de vista estrictamente formal, no faltan quienes advierten que, utilizar la medida de intervención judicial para acceder a la documentación interna de la entidad, podría resultar contrario al derecho a no declarar de aquellas.

Algunos autores (GOENA VIVES)¹⁰⁰, optan por la vía alternativa de privilegiar la información generada a resultas de las investigaciones internas, canales de denuncia, informes de *forensic* y demás mecanismos de *compliance*, apostando por admitir la protección de la información derivada de los programas de cumplimiento en unos términos similares a los previstos para los “acuerdos de clemencia” en el Derecho de la competencia, que excluyen la posibilidad de imponer una sanción administrativa a la empresa, que ante la autoridad administrativa detalle de manera transparente la totalidad de las prácticas anticompetitivas en las que hubiere incurrido; y que en el marco del proceso pena en que nos encontramos podría perfectamente enmarcarse dentro de la atenuante de colaboración en la investigación (art. 31 quater b) CP).

GALBE TRAVER¹⁰¹, tras advertir de la incapacidad de la jurisprudencia para elaborar una doctrina sobre esta cuestión, examina las cuatro tesis que se han planteado acerca de la posibilidad de invocar el derecho a la no autoincriminarse frente a los requerimientos documentales: Así, a) Tesis de la preexistencia, que sostiene que el derecho a no autoincriminarse resulta inaplicable si los documentos preexisten al requerimiento, ya que la persona requerida no estaría declarando nada, sino tan sólo soportando prueba, del mismo modo que quien es obligado a espirar aire de un alcoholímetro (STC 103/1985, de 4 de octubre, que declaró que el sometimiento a la prueba de alcoholemia no es contrario al derecho a no declarar ya no declarar contra sí mismo). Niega el carácter testimonial de la aportación de documentos preexistentes, que sólo podrá invocarse el “*nemo tenetur*” frente a un requerimiento documental en aquellos casos en los que se pretendiera que el sujeto produzca *ex novo* el documento. Esta tesis resulta incompatible con la jurisprudencia del TEDH expuesta. b) Tesis de la predeterminación normativa, según la cual las autoridades solo pueden requerir aquellos documentos cuya existencia y aportación a las autoridades vienen previamente impuestas por el ordenamiento. Es decir, se puede invocar el derecho a no autoincriminarse cuando se exija la exhibición de documentos cuya existencia sea facultativa, es decir, cuando no venga impuesta por el ordenamiento. Deberán cumplimentarse aquellos requerimientos destinados a aportar al procedimiento

¹⁰⁰ Vid obra citada en nota a pie de página nº 13. Pág. 41. Vid artículo 15 bis LEC.

¹⁰¹ GALBE TRAVER, G.: “Cuatro tesis sobre el derecho a no autoincriminarse y los requerimientos documentales”. La Ley Penal nº 143, marzo-abril, 2020.

aquella documental cuya existencia descansa en una obligación legal de tenencia, por lo que su existencia es independiente de su voluntad. Es más respetuosa con el derecho de defensa y permite conciliar estas exigencias con las facultades inspectoras de la Administración; pero plantea la dificultad de que cada vez son más los documentos exigidos *ex lege*, lo que conlleva el riesgo añadido de que el legislador instrumentalice sus competencias para restringir el contenido del derecho fundamental. Debe admitirse, conforme a esta tesis, que las autoridades puedan requerir de terceros (como Registro de la Propiedad o Mercantil) documentos que se hayan aportado por el sujeto en virtud de una obligación legal previa, y no de un requerimiento individualizado. c) Tesis de la certeza, por la que sólo pueden requerirse coactivamente aquellos documentos cuya existencia consta con certeza a la autoridad. Así, con su aportación el sujeto no confiesa nada que la autoridad no supiera. Según esta el derecho a la no autoincriminación no protege los documentos ni su contenido, sino tan sólo la acción de su aportación. La jurisprudencia exige que los documentos tengan un contenido directamente incriminatorio, cuando la realidad es que el derecho a la no autoincriminación protege el derecho a no colaborar, y no los documentos en cuestión, por lo que su carácter incriminatorio debería ser irrelevante a los efectos del contenido del derecho (si podía ser relevante si el requerimiento se dirige a un testigo que luego acaba siendo investigado). Esta tesis descansa en la noción de la jurisprudencia estadounidense¹⁰² de que el carácter testimonial de la aportación es requisito necesario para apreciar una vulneración del derecho a la no autoincriminación, idea ésta más que dudosa, ya que el derecho a la no autoincriminación lo que proscribía es colaboración forzosa del investigado con la acusación, con independencia del carácter testimonial o no, que tenga esa colaboración. d) Tesis de la accesibilidad, que coincide con la anterior en sostener que las autoridades judiciales o administrativas sólo podrán requerir aquellos documentos cuya existencia les conste. Pero, además, las autoridades deberán estar en condiciones de obtener por ellas mismas los documentos. Para GARCÍA BERRO, la autoridad pública sólo podría requerir aquellos documentos que esté en condiciones de obtener por sí misma, siendo compatible con la jurisprudencia del TEDH respecto del derecho a la no autoincriminación¹⁰³. Esta tesis sostiene que,

¹⁰² Caso Fischer c. United States (1986).

¹⁰³ Vid GARCÍA BERRO, F.: La reciente jurisprudencia de ámbito europeo acerca del derecho a no autoincriminarse y sus implicaciones en el procedimiento tributario interno” En Derecho de la Unión Europea y reformas del ordenamiento jurídico español. Universidad de Huelva, 2011. Pág. 130.

en procedimientos sancionadores, los requerimientos documentales coactivos no son admisibles en ningún caso; pero si la autoridad está en condiciones de obtener evidencias incriminatorias por sus propios medios (entrada y registro) el principio de proporcionalidad aconseja que se dispense al investigado la oportunidad de aportarlo voluntariamente, de modo que se evite el tener que acudir a otros medios más invasivos para sus derechos. El requerimiento pierde así su carácter coactivo (SAAP Barcelona. Sec. 9^a 671/2018, de 25 de abril; SAAP Valencia Sec. 5^a 1198/2017, de 20 de noviembre; SAAP Lérida Sec. 1^a 356/2018, de 26 de junio; SAAP Zaragoza. Sec. 2^a 787/2017, de 3 de octubre). No se puede, por tanto, dirigir nunca, requerimientos documentales coactivos al investigado para usarlos en su contra en procedimientos sancionadores.

2.1. Posición reforzada en el caso de investigaciones internas

En mi opinión, el derecho a la no autoincriminación (no colaboración activa) en el supuesto de las personas jurídicas, debe cobrar especial relevancia, dada la existencia, como ya avanzamos de diversos mecanismos contenidos en los programas de cumplimiento de cuyo análisis pueden revelarse importantes datos de carácter incriminatoria respecto de la actuación de la persona en cuestión, como pueden ser los canales de denuncia, las investigaciones internas, y las delaciones, además de que en caso de que no sean objeto de investigación los administradores, directivos y demás empleados de aquella, podrán ser citados a declarar en calidad de testigos ¹⁰⁴, y como tales tienen obligación de decir la verdad. La doctrina advierte ¹⁰⁵, que la investigación interna, constituye un arma de doble filo. De un lado, puede reflejar que existe un defecto de organización imputable a la sociedad; pero de otro, puede identificar al empleado concreto que ha cometido el hecho delictivo.

El problema puede producirse, sin embargo, cuando está implicado algún directivo o administrador de la sociedad. En tal caso, aunque la tentación de no iniciar la investigación es muy alta, la necesidad de realizarla aumenta, pues la sanción, aunque será prácticamente inevitable, podrá ser importantemente rebajada.

A la hora de realizar una investigación interna, como apunta GI-

¹⁰⁴ Incluso el artículo 786 bis 1 LECrim., señala que “no se podrá designar (representante especial) a estos efectos a quien haya de declarar en el juicio como testigo”. Para evitar así, que por la vía de aquella designación, y el consiguiente derecho a no declarar que le asiste, evite aportar a la causa materiales evidenciarios imprescindibles.

¹⁰⁵ GIMENO BEVIA, J. Obra citada en nota a pie n^o 102. Págs.223-227. NIETO MARTÍN, A.: “Manual de cumplimiento penal en la empresa” Dir: Adán Nieto Martín. Tirant lo blanch. Valencia, 2015. Pág.242.

MENO BEVÍA ¹⁰⁶, “no todo vale”, ya que, si no se respetan determinadas garantías constitucionales, ello tendrá incidencias muy negativas en el proceso penal. Así, los aspectos más controvertidos derivan de las entrevistas a los trabajadores, ya que estos en el seno de una investigación interna no tienen reconocido el derecho a no declarar, sino que habrá de ser ponderado como un elemento intrínseco del derecho a la intimidad frente al derecho a la libertad de empresa que permite al empresario sancionar al trabajador que se niega a colaborar en una investigación interna; y la intervención de las comunicaciones que sean propiedad de la empresa, respecto de las cuales no alcanzaría la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones ¹⁰⁷. Así los beneficios de la colaboración deben entenderse única y exclusivamente respecto de la persona jurídica, no con sus empleados, ya que ésta, en su caso, obedecerá a otros parámetros y finalidades.

Lo que, desde luego, no cabe, es pactar una investigación interna entre la Fiscalía y la empresa, sin que se respeten los derechos y garantías de los miembros de la entidad que de una forma u otra pudieran verse afectado por los resultados de aquella. La obtención de una información así obtenida, trasladada al seno del proceso penal, sería prueba prohibida, y por tanto debería ser excluida de su valoración judicial.

El principio de oportunidad, utilizado en algunos ordenamientos, para exonerar a las personas jurídicas que colaboran, dirigiendo así el proceso penal, únicamente contra las personas físicas, puede suponer un incentivo de gran calado, que diluya otros derechos en juego. Por ello, como reconoce NIETO MARTÍN ¹⁰⁸, la cooperación investigación privada-pública debe rodearse de una serie de garantías que compensen los peligros que genera: la primera de ellas, integrar en las investigaciones internas, las garantías básicas e irrenunciables del proceso penal, como principios éticos que forman parte de cualquier juicio justo; exigir que el derecho penal sólo pueda admitir material probatorio procedente de investigaciones internas que haya sido obtenido respetando los derechos fundamentales; y la necesidad de preservar la información obtenida por la empresa de la investigación pública, ya que su utilización por Jueces y Fiscales, contra su voluntad, constituiría una vulneración del derecho de defensa ¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Idem GIMENO BEVÍA.J. Obra citada en nota a pie n^o 102 Págs. 227-229.

¹⁰⁷ STS. (Sala Cuarta) de 26 de septiembre de 2007. Vid respecto de esta cuestión MARCHENA GÓMEZ, M.: "El acceso al correo electrónico corporativo". Jornadas de Derecho Penal: Los retos de la organización empresarial ante la nueva reforma del Código Penal. Fundación Ramón Areces. Madrid, junio 2011. Pág. 106.

¹⁰⁸ NIETO MARTÍN, A. Vid obra citada en nota a pie n^o109. Págs. 261-262.

¹⁰⁹ STS 528/2014, de 16 de junio, acerca de los correos electrónicos obtenidos por la empresa,

Las investigaciones internas, como reconoce el penalista antes citado ¹¹⁰, pueden tener dos objetivos: primero, demostrar la existencia o inexistencia del delito base y las personas que han participado en el mismo; y segundo, determinar la eficacia del programa de cumplimiento en general, y en relación con el delito concreto del que se le acusa. Aconseja, además, que se informe de su existencia al juez de instrucción y al fiscal, señalando que, en algunos países como Francia, si que existe una prohibición expresa de entrevistarse (en el curso de una investigación interna) con personas que van a ser testigos en el proceso penal.

Por ello, el justo equilibrio de las partes en el proceso, y en especial el principio de igualdad de armas, obliga ser especialmente respetuosos con esta garantía constitucional cuando de personas jurídicas investigadas se trate. En la parte pasiva del proceso penal no cabe la gradación de sus derechos y garantías, en función de que se trate de unos sujetos u otros, salvo con la única excepción que aquellos no les sean aplicables, en función a su naturaleza jurídica. Es más, el derecho a no declarar contra sí mismo, proclamado en el artículo 24.2 CE tiene una intensidad superior en el marco del proceso penal que en un expediente administrativo disciplinario ¹¹¹. Así, una interpretación extensiva de los artículos 409 bis y 786 bis 1 LECrim., abonarían este planteamiento, aunque para ajustarlo más a la idiosincrasia particular de estos sujetos se aluda al derecho a la no colaboración activa, siendo la cuestión más polémica la extensión de aquél a otros sujetos estrechamente relacionados con la persona jurídica investigada, no limitándose a los representantes especialmente designados para el caso concreto, ya que tal designación no excluye que sean otras personas físicas las que integran la voluntad de la persona jurídica y actúen como órganos de ésta, de modo que exigir la colaboración activa de dichas personas naturales suponga jurídicamente reclamar el auxilio de la persona jurídica ¹¹². Como explica GONZÁLEZ LÓPEZ, este efecto expansivo, del derecho a no colaborar activamente, para que sea efectivo y acorde con la peculiar naturaleza de la persona jurídica, deberá predicarse de las personas físicas que ostentan la condición de

sin autorización judicial.

¹¹⁰ Idem NIETO MARTIN, A. Obra citada en nota a pie de página nº 109. Págs. 265-266.

¹¹¹ Vid en este sentido STC 142/2009, de 15 de junio.

¹¹² PÉREZ GIL, J.: “El proceso penal contra personas jurídicas: entre lo vigente, lo proyectado, y lo imaginado” En Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios: una perspectiva multidisciplinar. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos. Burgos, 2011. Pág.389. Se apuntan como posibles titulares de ese derecho las personas físicas que forman parte de su entramado organizativo aunque no ejerzan tareas de dirección, o el sujeto que realizó las conductas en provecho de la persona jurídica.

órganos de la persona jurídica, siempre que la colaboración pretendida se proyecte sobre la persona jurídica y conlleve una actuación propia de dichos órganos ¹¹³ .

Esta postura, no es extraña a nuestro ordenamiento, ya que la STS 988/2012, de 3 de diciembre, señalaba que para el caso de que la persona física integrante de la voluntad de la persona jurídica, sea llamado como testigo, debe reconocerse su condición de investigado, en la medida en que su declaración puede referirse a hechos cometidos por la persona jurídica de cuya voluntad era integrante y declare en perjuicio de aquella. Cuando menos, debería exigirse una fuente de prueba externa distinta a tal declaración para que aquella pudiera constituir prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia ¹¹⁴ , ya que la misma puede estar condicionada por múltiples factores externos que pongan en duda su verosimilitud y espontaneidad.

Piénsese, que incluso un abogado de empresa que fuese llamado a declarar como testigo, estaría obligado a hacerlo, ya que aquél no está sujeto al deber de confidencialidad ¹¹⁵ . Se presume que un abogado de empresa carece de la independencia de un bufete externo, pues está sometido a la disciplina política y estrategias que disponga la propia empresa. Esta relación no tiene la consideración de relación profesional, sino que es eminentemente laboral. Las comunicaciones entre ambos no son distintas a las mantenidas con cualquier otro empleado ¹¹⁶ , prevaleciendo en este caso su condición de tal. La ya citada STJCE (Akzo Nobel Chemicals Ltd), como indica GIMENO BEVIÁ ¹¹⁷ sólo afecta a las investigaciones comunitarias en materia de competencia, pero no a las situaciones en las que se deban aplicar normas procesales de los Estados miembros, donde como sucede en el caso de España, es irrelevante que el Abogado sea externo o interno.

¹¹³ GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J. Vid obra citada en nota a pie n^o 75. Pág. 64.

¹¹⁴ Algunos autores como ALCÁCER GUIRAO, R. “El imputado que declara como testigo en otro procedimiento: ¿coimputado o testigo?”. Comentario a las SSTC 111/2011, de 4 de julio, y 126/2011, de 18 de julio”. La Ley Penal núm. 94-95, junio de 2012, donde aboga por un estándar reforzado de valoración de las sospechas que plantea su falta de veracidad.

¹¹⁵ STJCE de 14 de septiembre de 2010. Caso Akzo Nobel Chemicals Ltd. y Akros Chemicals. Esta sentencia se basa en la distinción entre el abogado externo y el abogado interno. Se refería a una inspección en las oficinas de esas mercantiles con la finalidad de encontrar pruebas que evidenciaran prácticas contrarias al Derecho de la Competencia Comunitario.

¹¹⁶ Vid al respecto GOENA VIVES.B.: “Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica”. Marcial Pons. Madrid, 2017. Págs. 305-312. SUDEROW, J.: “Nota sobre la sentencia del TJCE Akzo Nobel y otros, de 14 de septiembre de 2010: límites al privilegio legal de las comunicaciones entre el abogado y sus clientes”. Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 3, núm. 1 (2011). Págs. 316-325.

¹¹⁷ GIMENO BEVIÁ, J. Vid obra citada en nota a pie n^o 82. Págs. 146-151.

Una hipotética extrapolación de este criterio, de un lado, vulneraría el ordenamiento jurídico español vigente, y de otro, supondría una discriminación del abogado de empresa. Además, en mi opinión, no haría sino incrementar los posibles conflictos de intereses convergentes, entre la persona jurídica y su representante a la hora de que ambos ejerciten cumplidamente su derecho de defensa, máxime si cuando ese abogado de empresa resulta a su vez acusado en el procedimiento y tiene intereses contrapuestos respecto de las cuestiones de fondo o a las referidas a la existencia o no del delito imputado ¹¹⁸.

Es evidente, que una línea defensiva basada en la colaboración plena y transparencia, va a facilitar, sin duda, la labor del órgano instructor, pero puede suceder que ello, no sea una estrategia de defensa adecuada para la persona jurídica en cuestión, pudiendo negarse a colaborar, trasladándose así a las partes acusadora la necesidad de probar los hechos ilícitos.

2.2. Requerimientos documentales y diligencia de entrada y registro en el domicilio de las personas jurídicas. Posicionamiento garantista

El Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional encargado de las investigaciones en cuestión, mediante providencia de 10 de mayo de 2021, acordó, entre otros particulares, requerir a la entidad querellada (sociedad anónima), a fin de que aportase: i) unas actas de reuniones de la Comisión de Auditoría que figuran en la Memoria de Actividades de la Comisión de Auditoría de las cuentas anuales consolidadas de la citada entidad; ii) un acuerdo “definitivo” suscrito con otra entidad mercantil; iii) copia certificada de los programas de cumplimiento normativo de la entidad, vigentes durante los años 2013 a 2016; iv) la totalidad de las denuncias internas de la misma recibidas a través de canal de denuncias durante los años 2013 a 2016, junto con los expedientes de tramitación de las mismas; v) copias digitales con los datos de seguimiento presupuestario y rentabilidad de determinados proyectos.

A fin de situar formalmente dicha petición, debe mencionarse que, un mes antes, en fecha 9 de abril de 2021, se había acordado una diligencia de entrada y registro en la sede social de la entidad, que se materializó el 13 de abril de 2021. Dicha resolución fue recurrida en reforma por la defensa de la entidad, recurso que fue desestimado por auto de 2 de junio de 2021, contra el que se formalizó el correspondiente recurso de apelación, que fue estimado parcialmente por auto nº 199/2021, de 1 de

¹¹⁸ La STS 123/2019, de 8 de marzo, indica “es claro que los intereses del administrador acusado, sea socio o no de la entidad igualmente acusada, pueden no coincidir con los de ésta, con los socios minoritarios, o, incluso con los trabajadores”.

julio, de la Sección Cuarta de la Sala Penal de la Audiencia Nacional (RAA 374/2021). En lo que a las cuestiones que ahora nos ocupan, la citada resolución, tras exponer la doctrina del TEDH, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, señala: (...) “Lo que si resulta evidente que si el injusto típico del denominado delito corporativo viene conformado por una organización defectuosa y la culpabilidad del mismo, ocasionada por una cultura de cumplimiento inexistente, insuficiente o meramente complaciente con las exigencias legales, y éste deberá ser lo que constituye el “*thema decidendi*” del proceso penal con personas jurídicas en la posición pasiva de aquél, de ahí la importancia y el interés en su caso, por parte de aquella de traer a la causa los programas de cumplimiento normativo caso de existir, sin necesidad de un requerimiento atemporal como el que nos ocupa, ya que el momento procesal oportuno de su aportación forma parte de su estrategia defensiva interna.

La prudencia, aconseja por tanto la exclusión de este tipo de documentación del requerimiento llevado a cabo a fin de preservar el acervo probatorio que en su día pudiera aportarse, y en evitación de declaraciones de ilicitud probatoria, con la consiguiente conexión de antijuridicidad, que pudiera llegar a contaminar el resto de los medios de prueba practicados.

Un medio lícito de obtener tal documentación hubiera sido a través de la diligencia de entrada y registro, precisamente ya practicada en las presentes actuaciones al amparo del artículo 554.4 LECrim., con la correspondiente autorización judicial, ya que uno de los documentos que por lógica deben ser recabados en una diligencia de entrada y registro de una entidad mercantil como la que nos ocupa, son los programas de cumplimiento normativo, con independencia de su incautación material, en ese momento, o una mera exhibición voluntaria, o coactiva del mismo, amparada por la habilitación judicial correspondiente.

A tenor de lo expuesto, deberá excluirse del requerimiento documental acordado mediante la providencia de 10 de mayo de 2021 ahora recurrida, la siguiente documentación: Copia certificada de los programas de cumplimiento normativo (*compliance*) de la mercantil investigada vigentes durante los años 2013 a 2016; así como la totalidad de las denuncias internas de aquella recibidas a través del “canal de denuncias” durante los años 2013 a 2016, junto con los expedientes de tramitación de las mismas que se puedan haber generado, al formar parte estos de los programas de cumplimiento corporativos, cuya aportación voluntaria, es una decisión que corresponde en exclusiva a la persona jurídica investigada, al poder afectar a su posición procesal en el procedimiento en cuestión (...). Admitía, sin embargo, la validez

de otros requerimientos documentales interesados (copias digitales con los datos de seguimiento presupuestario y rentabilidad de determinados proyectos), al no vulnerar el principio acusatorio propiamente dicho, a pesar de su íntima relación con el derecho fundamental a la defensa, que si podría verse vulnerado, además de comprometer el principio de igualdad de armas, implícitamente contenido en el artículo 14 CE, y que se traduce en que todas las partes que intervengan en un proceso penal, han de recibir idéntico tratamiento procesal por parte de los órganos de la jurisdicción penal (...).

El requerimiento relativo a la aportación de la copia digital extraída de la herramienta de gestión de proyectos SAP y del gestor documental “Open Text” con los datos de seguimiento presupuestario y rentabilidad de determinados proyectos, vulneraría su derecho a la no autoincriminación, máxime cuando los documentos a los que viene referida aquella, habían sido expresamente mencionados como material a incautar en la Parte Dispositiva del auto de entrada y registro (...).

En definitiva, el Tribunal optó por acoger una tesis garantista, preservando el derecho a la no colaboración activa de la entidad investigada, máxime cuando se había llevado a cabo una diligencia adecuada para la finalidad perseguida, que no era otra que la incautación de documentación de todo tipo (a través de la diligencia de entrada y registro), con la que poder complementar los datos indiciarios resultantes de las declaraciones sumariales de los investigados, Expresamente, entre la documentación a confiscar, se aludía a la obtención de los correos corporativos de cuarenta y una personas físicas en relación con el desempeño de determinados cargos corporativos, y que al parecer ya habían sido incorporados a un informe *forensic* (externo), de los que se desprendía una actividad supuestamente fraudulenta, petición que no había sido calificada de desproporcionada por una resolución anterior de esa misma Sección Cuarta (auto nº 322/2021, de 7 de junio), que desestimó el recurso de apelación formulado contra la decisión de autorizar la citada diligencia de entrada y registro (RAA 299/2021).

Algunos, se preguntan que sucedería, si la presencia de un sistema de cumplimiento fuese obligatorio *ex lege*, como sucede con la necesidad de contar con un canal de denuncias. Entiendo que, la solución sería la misma, ya que una cosa es la obligatoria de contar con un determinado sistema de cumplimiento, y otra bien distinta, la obligatoriedad de su aportación, que debe encuadrarse en el derecho fundamental a la no autoincriminación de la persona jurídica y el derecho a guardar silencio, no pudiendo imponerse al imputado un deber de colaboración a través de la aportación de documentos que puedan incriminarle, tal

y como apuntamos.

Más concretamente, respecto de la diligencia de entrada y registro el artículo 554.4^o LECrim., asumiendo la doctrina constitucional sentada en la STC 69/1999, de 26 de abril, reputa domicilio de la persona jurídica, “el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros”.

Como reseña GASCÓN INCHAUSTI ¹¹⁹, parece propio que un programa de cumplimiento que pueda considerarse eficaz pero que, al mismo tiempo respete adecuadamente la posición jurídica de la empresa y los derechos de sus trabajadores y administradores, debe dar cobertura al menos a los siguientes extremos: a) determinar quién o quiénes son las personas facultadas para conceder la autorización cuando se pretenda un registro no autorizado judicialmente; b) establecer un protocolo interno para dejar constancia de las circunstancias en que la autoridad ha solicitado el consentimiento y, singularmente, de la información recibida de esa autoridad para justificar su pretensión de entrada e inspección/registro; c) establecer un protocolo que determine las reglas de actuación de administradores y/o empleados durante la intervención de la autoridad pública autorizada, así como la forma de reaccionar en función del tipo de cooperación o el tipo de conductas que les sean recabadas por las autoridades públicas; d) disponer de reglas internas sobre acceso de la empresa a espacios y dependencias usados de forma permanente o estable por empleados, de modo que respecto de ellos quede excluida toda expectativa razonable de privacidad, a fin de que durante la práctica del registro los representantes de la persona jurídica puedan decidir si permiten la entrada en ellos a las autoridades que las practiquen.

La inviolabilidad domiciliar de las personas jurídicas, en la medida que estos entes colectivos son instrumentos jurídicos para la consecución de ciertos fines por parte de las personas físicas, se relaciona con la libertad de asociación, esto es, con la libertad de los individuos para constituir sociedades y para adoptar decisiones sobre su funcionamiento, sin injerencias irrazonables por parte del poder público.

Sin embargo, NEIRA PENA ¹²⁰, entiende que el concepto de domi-

¹¹⁹ GASCÓN INCHAUSTI, F.: “Inviolabilidad del domicilio, registros en dependencias de las personas jurídicas y programas de cumplimiento”. Tratado sobre *compliance* penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión, Juan Luís Gómez Colomer (Dir). Tirant lo blanc. Valencia, 2019. Págs. 857-859.

¹²⁰ NEIRA PENA, A.M. Vid obra cita en nota a pie núm.3. Págs. 379-380. Entiende esta

cilio de las personas jurídicas debe ser objeto de acotación, en función de una interpretación teleológica, como la llevada a cabo por el Tribunal Constitucional ¹²¹, de forma que sólo quedasen protegidos aquellos lugares en los que, o bien se toman decisiones o se realizan actividades vinculadas con la dirección de la entidad, o bien se conservan documentos internos que, por su contenido y su vinculación con el desarrollo de la actividad de la entidad, deben ser excluidos del conocimiento de terceros.

Desde el punto de vista del consentimiento, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ¹²² sostiene que sólo el representante legal de la persona jurídica, sin necesidad de poder especial, puede permitir la entrada y registro en el centro de dirección, sin que sea necesaria la autorización del órgano instructor ¹²³. A este respecto, la doctrina procesalista ¹²⁴ aconseja no establecer una pauta formal consistente en reservar la potestad de quien puede conceder autorización para esta diligencia, al consejo de administración u órgano de dirección equivalente, sino que “debe entenderse atribuida esta facultad a la concreta persona que en virtud de las circunstancias ostente la representación de la persona jurídica y en cuyo ámbito de potestades pueda razonablemente incluirse ésta. BANACLOCHE PALAO ¹²⁵, por el contrario, opina que no es exigible ni que consientan todos los representantes de la persona, ni que el representante que consienta tenga autorización o poder especial para ello; debiendo ser un representante legal de la sociedad o empresa quien debiera otorgar tal autorización, pudiendo ser suficiente el responsable o directivo que esté a cargo de la dependencia u oficina donde se pretenda entrar.

Obviamente de tal potestad deberán quedar excluidos los trabajadores o empleados. Dicho consentimiento para ser eficaz, como indica la STC 54/2015, de 16 de marzo, deberá venir precedido de la correspondiente información expresa y previa, que debe incluir los términos y alcance de la actuación para la que se recaba la injerencia, de modo que, si aquél resulta viciado, no habrá consentimiento eficaz

autora, que protegiendo el ámbito de privacidad domiciliar de las personas jurídicas se está protegiendo, mediatamente, el libre desarrollo de la personalidad de los individuos, en su dimensión colectiva.

¹²¹ STC 69/1999, de 26 de abril.

¹²² STS (Sección 3ª) de 23 de abril de 2010.

¹²³ Cuestión distinta sería la concurrencia de varios representantes legales, en cuyo caso, podrían plantearse situaciones de conflicto que deberán ser resueltas por el Juez de Instrucción.

¹²⁴ GASCÓN INSAUSTI, F.: “Proceso penal y persona jurídica”. Marcial Pons. Madrid, 2012. Pág.118.

¹²⁵ BANACLOCHE PALAO, J. y ZARZALEJOS NIETO, J.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales”. La Ley-Temas, 2011, Pág. 213.

para justificar la intromisión domiciliaria.

En caso de duda, si concurriendo varios representantes, alguno de ellos se opone, deberá recabarse la pertinente autorización judicial, siendo de aplicación en estos casos además, la doctrina establecida por la STC 22/2003, de 10 de febrero, según la cual “el consentimiento del titular del domicilio al que la Constitución se refiere, no puede prestarse válidamente por quién se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa”

¹²⁶

Sólo cuando se pretenda la entrada y registro en espacios físicos en los que no se contienen elementos privados o protegidos del conocimiento de terceros, pertenecientes a la persona jurídica afectada, como pueden ser aquellos donde se desarrolle una actividad exclusivamente laboral, o meramente comercial (talleres, tiendas, almacenes o similares) la Policía Judicial podrá actuar de propia mano, y proceder a la entrada primero, y al registro, después, incautando lo que allí se encuentre, de interés para el objeto de la investigación, sin necesidad de autorización judicial, ni consentimiento previo del afectado, al vincularse dichos espacios a lo que podríamos denominar establecimientos abiertos al público.

En relación con las investigaciones internas, un programa de cumplimiento eficaz, debería incluir previsiones acerca de dichos registros. En relación con ello, lo relevante será que se contemplen medidas adecuadas y proporcionadas para eliminar cualquier expectativa razonable de privacidad respecto de esos lugares y espacios: a) debería formar parte del programa de cumplimiento la existencia de reglas, circulares, instrucciones o disposiciones equivalentes que adviertan de los usos no consentidos de espacios o dependencias de la empresa y que contengan asimismo la previsión de que la empresa se reserva la posibilidad de acceder a esos lugares en ejercicio de sus funciones de supervisión o de cumplimiento penal; b) dependiendo del tipo de relación jurídica que ligue a la empresa con las personas físicas afectadas (mercantil, laboral), puede tener sentido que se incluyan medidas destinadas a complementar o reequilibrar de algún modo estos poderes, como puede ser que se exija la presencia del propio administrador o trabajador afectado o de algún tipo de delegado sindical

¹²⁶ Si en relación con las personas físicas, no es extraño que se den estas situaciones de conflictos de intereses (STC 209/2007, de 24 de septiembre), con mayor razón aún en el caso de las personas jurídicas, en las que tal consentimiento puede estar previamente viciado, en razón de la estrategia procesal por la que haya optado tanto la persona jurídica en cuestión, como la persona física llamada a dispensar el mismo.

o representante de los trabajadores a la hora de practicarlo.; c) estos contrapesos, deberían formar parte de unos protocolos de actuación en la práctica de las inspecciones y registros que también habrían de determinar los requisitos de conservación y custodia de lo eventualmente aprehendido, así como la forma de ponerlo a disposición, en su caso, de las autoridades de persecución penal.

Estas prevenciones, sin duda, contribuyen a preservar los derechos de terceras personas no relacionadas con las supuestas actividades delictivas, que si bien no son los titulares directos del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) afectado por la diligencia de entrada y registro, sí podrían ver alterados otros derechos y garantías, como el derecho a la intimidad (art.18.1 CE), incluso el secreto de sus comunicaciones personales (art.18.3 CE), por ello, las resoluciones que acuerden las diligencias de entrada y registro en los domicilios sociales de las personas jurídicas, deberán ser muy precisas y concretas, en relación con el objeto de la misma, al fin de no extenderlas a documentos de carácter privado ajenos a la actividad delictiva y a sus posibles autores.

En definitiva, lo cierto es que, el Tribunal Supremo, al interpretar el artículo 554.4 LECrim-, entiende que su protección, en el caso de las personas jurídicas, es más débil, ya que sólo exige el mandamiento judicial para la principal dependencia de la persona jurídica, pero no para todas. La Sala, asimismo reconoce la incoherencia de dicho precepto, al aplicarse a las personas jurídicas imputadas, no a las no imputadas¹²⁷. La “privacidad” de una persona jurídica no se robustece cuando se convierte en posible responsable penal. Tan tutelada ha de estar la intimidad de las personas jurídicas no imputadas como las de las imputadas. Sin embargo, a tenor de la ley solo es predicable ese concepto ampliado de domicilio a estos efectos de la persona jurídica imputada, y por tanto solo respecto de delitos susceptibles de generar responsabilidad penal de entes morales. La disposición, encierra, sin duda incoherencias (...). No puede proyectarse esa previsión sobre supuestos diferentes a los contemplados en ella: ni sobre estancias o negocios abiertos al público, no sobre sedes de personas jurídicas cuando las mismas sean ajenas a la imputación” (STS 583/2017, de 19 de julio)¹²⁸.

¹²⁷ SSTS 125/2014, de 20 de febrero; y 583/2017, de 19 de julio.

¹²⁸ Vid comentarios a esta sentencia en VILLEGAS GARCÍA, M.A. y ENCINAR DEL POZO, M.A.: “La diligencia de entrada y registro”. Diario La Ley núm. 9353 de 7 de febrero de 2019.

VI. CONCLUSIONES

El derecho a la no colaboración activa en la propia incriminación de las personas jurídicas resulta difícilmente compatible con el régimen de autorregulación y con las exigencias que el sistema de responsabilidad penal impone a las personas jurídicas.

No obstante, dada la mayor potencialidad de los instrumentos con que cuenta el ordenamiento penal, para llevar a cabo una investigación sobre una persona jurídica, es necesario, sin duda, extremar las garantías que le asisten, y así, se debe evitar acudir a medidas cautelares como la intervención judicial de la entidad (art. 33.7 *in fine* CP), para obtener cualquier tipo de documentación comprometida de aquella, que no sólo serían desproporcionadas, sino que además, incurriría en una evidente desviación de su naturaleza y finalidad, que no es otra, sino que salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores (art. 33.7 g) CP) ¹²⁹ .

No existe una obligación legal para la persona jurídica de colaborar en su propia incriminación, ni mucho menos dicha conducta debe llevar aparejada sanción o reproche alguno. A pesar de la dificultad del reconocimiento de tal derecho en caso de oponerse a los intereses de las personas físicas vinculadas a la organización, debe arbitrarse algún mecanismo, ya sea a modo de dispensa, o una declaración dirigida, en la que se pudiera acoger al derecho al silencio, si quiera parcialmente, aplicable a determinados testigos relacionados con la persona jurídica en cuestión, que vaya más allá del garantizado al representante procesal.

En el mismo sentido, las aportaciones documentales requeridas a las personas jurídicas que supongan su autoincriminación. Eso sí, para ello, será preciso un examen previo del contenido de aquella a fin de analizar su vinculación con el hecho de conexión, y con el defecto de organización, que es en definitiva el vínculo existente entre el supuesto delito investigado y la documentación cuya aportación se pretende. Somos conscientes, que la actual redacción del artículo 786 bis LECrim., no favorece la tesis que venimos sosteniendo, pero nada obsta una modificación legal del mismo, para adaptarlo a las verdaderas necesidades y garantías de nuestro proceso penal, también respecto de las personas jurídicas.

La existencia de resoluciones, en el sentido de protección del derecho de no colaboración activa de las personas jurídicas, son hasta la

¹²⁹ Aunque las finalidades de medidas como la intervención o la administración judicial en el seno del proceso penal son de lo más variopintas, y se han empleado entre otros casos, para evaluar el grado de cooperación de los investigados (Caso “Fórum Filatélico”); conocer el perfil patrimonial de las personas físicas y jurídicas investigadas, así como el destino de los bienes.

fecha nulas o muy escasas, debiendo pronunciarse acerca de la ilegalidad de determinadas diligencias de investigación en relación con los procesos de personas jurídicas, referidas a la citación de trabajadores o directivos de la propia empresa investigada en calidad de testigos, para solventar así ese obstáculo que los principios expuestos conlleven, o el envío de requerimientos coactivos a terceras entidades, con aquellas relacionadas (consultorías, gestorías, entidades auditoras) que hayan prestado servicios para la persona jurídica en relación con los hechos investigados, encaminadas a acceder a la misma información negada por las entidades, acogiéndose a este derecho consustancial a su posición de parte pasiva en el proceso penal ¹³⁰.

El derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas, puede además, jugar un papel muy importante en aras a complementar el siempre discutido derecho al secreto profesional de los abogados de empresa, a pesar de sus diferencias. Hasta el punto que algunos autores ¹³¹ abogan, caso de la supresión o reducción de su ámbito de protección, para que pueda usarse estratégicamente con el objeto de salvaguardar la confidencialidad de la relación abogado-cliente, aplicable tanto al ámbito penal, como al administrativo sancionador.

Sólo así, se evitará que este trascendental derecho quede, en la realidad, vacío de contenido, aunque lo cierto es que resta aún mucho camino por recorrer, especialmente en materia de protección de la confidencialidad de la información generada en el marco de los programas de cumplimiento, y en materia de prohibiciones de valoración de determinadas fuentes de prueba, obtenidas bajo cualquier modo de coacción. En todo caso, deberá respetarse la estrategia defensiva por la que opte el sujeto investigado, ya que, de lo contrario, el derecho que ahora nos ocupa, así como el secreto profesional de los abogados, piedra angular del derecho de defensa, quedarían reducidos a la nada, y con ellos, las garantías procesales de las personas físicas y jurídicas investigadas.

¹³⁰ Vid LIGHTOWLER-STAHLEBERG JUANEZ, P.: “El tratamiento de las personas jurídicas investigadas: análisis de las resoluciones judiciales más relevantes en la fase de instrucción”. Diario La Ley núm. 10035 de 23 de marzo de 2022.

¹³¹ GALBE TRAVER, G.: “El secreto profesional del abogado *in house* y el derecho a no autoincriminarse de la persona jurídica”. Revista La Ley Penal n.º 138. mayo-junio, 2019.