

37

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

Enero 2016

37

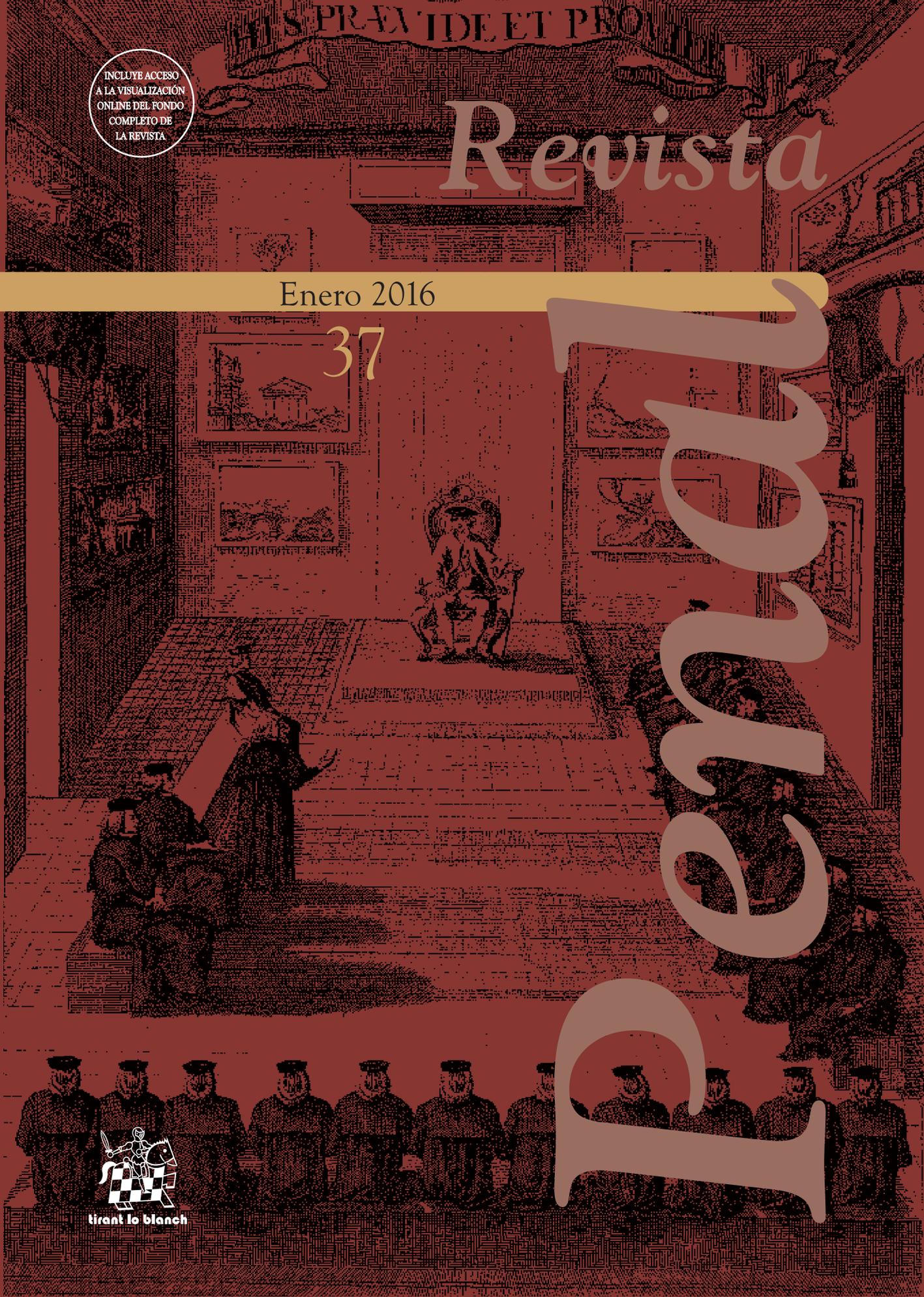
Revista

Revista Penal

Enero 2016



Penal



Revista Penal

Número 37

Sumario

Doctrina:

– Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana: apertura y método discursivo en lugar de provincianismo presuntuoso, por <i>Kai Ambos</i>	5
– Corrupción y Derecho penal. Condicionantes internacionales y reformas del Código Penal, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i>	23
– Justicia preventiva, por <i>María Laura Böhm</i>	46
– El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos, por <i>Miguel Bustos Rubio</i>	61
– La conducción sin carné del artículo 384 CP. Conductas de distinta naturaleza jurídica, por <i>Luis Cáceres Ruiz</i>	80
– Fines del proceso y persona jurídica: algunas consideraciones y propuestas a la luz del caso Volkswagen, por <i>Jordi Gimeno Beviá</i>	99
– Tendencias político criminales en materia de terrorismo tras la LO. 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional, por <i>Elena Núñez Castaño</i>	110
– El inhumano Derecho Penal de una funesta concepción de los Derechos Humanos, por <i>Luis Alberto Pacheco Mandujano</i>	136
– El nuevo Código Penal y la regulación de la violencia intrafamiliar y de género a la luz de las modificaciones introducidas, por <i>Francisco Javier Paíno Rodríguez</i>	163
– Reflexiones sobre la constitucionalidad del delito de detenciones ilegales o secuestros sin dar razón de la persona detenida, por <i>M^a Ángeles Rueda Martín</i>	184
– La legislación racial en la Alemania nazi, por <i>Thomas Vormbaum</i>	206
– ¿En qué medida permite el Derecho penal chino la eutanasia? por <i>Jia Jia Yu</i>	215
Sistemas penales comparados: El delito de aborto (Abortion).....	229
Notas bibliográficas: por <i>Juan Antonio Lascurain y Francisco Muñoz Conde</i>	289
In memoriam: <i>Horst Schüler-Springorum</i> por <i>Kai Ambos</i>	310



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad de Salamanca

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Enzo Musco. Univ. Roma
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P. Fletcher. Univ. Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Ludovico Bin (Italia)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Jia Jia Yu (China)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Felipe Caballero Brun (Chile)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Fines del proceso y persona jurídica: algunas consideraciones y propuestas a la luz de caso Volkswagen

Jordi Gimeno Beviá

Revista Penal, n.º 37. - Enero 2016

Ficha Técnica

Autor: Jordi Gimeno Beviá

Adscripción institucional: Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Castilla la Mancha

Sumario: I. El caso Volkswagen. II. Por qué se debe evitar el proceso penal. 1. La consecución previa de sus fines. 2. Persona jurídica y daño reputacional. III. Posible solución: los acuerdos con la persona jurídica (los “DPA” y “NPA”). 1. Concepto y fundamento. 2. Características. 3. Límites. 4. Algunos ejemplos relevantes. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

Resumen: El asunto conocido como “Caso Volkswagen” supone un claro ejemplo de la problemática que suscita la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En primer lugar, por la cantidad de víctimas afectadas, en segundo, por la relevancia económica y social del imputado-persona jurídica, habida cuenta de que la sanción puede afectar no sólo a miles de puestos de trabajo, sino incluso al orden económico de un país o determinados países y, en tercero, a las dificultades que, en el ámbito procesal, genera la investigación y enjuiciamiento de una empresa multinacional de tamañas características. Por ello, es necesario arbitrar mecanismos que permitan acelerar la consecución de los fines del proceso penal.

Palabras clave: Volkswagen, proceso penal, métodos alternativos de resolución de conflictos, acuerdos de no enjuiciamiento, principio de oportunidad

Abstract: The “Volkswagen Case” is a clear example of the problem of criminal responsibility of legal persons. Firstly, the number of victims affected, in second, the economic and social importance of the imputed-legal person, because the sanction can affect not only thousands of jobs, but even the economic order of a country or certain countries and, thirdly, the difficulties which, at the procedural level, it generates the investigation and prosecution of a multinational company of such features. Therefore, it is necessary to arbitrate mechanisms enabling to speed up the achievement of the purposes of the criminal procedure.

Key words: Volkswagen, criminal procedure, alternative dispute resolution, non prosecution agreements, principle of non mandatory prosecution

Rec: 20/11/2015 **Fav:** 27/11/2015

I. EL CASO VOLKSWAGEN

Tal y como se ha sabido recientemente, el engaño en la cuantificación de las emisiones fue descubierto en los Estados Unidos de América. Concretamente,

la Agencia de Protección Medioambiental (*Environmental Protection Agency*), más conocida como EPA, encargada de la homologación de los vehículos tras el estudio de sus emisiones, detectó que varios modelos

de Volkswagen disponían de un software especializado que se activa cuando las autoridades están testando las emisiones del vehículo. Los niveles de contaminación de los Volkswagen superaron en cuarenta veces la normativa estadounidense. La estimación de la responsabilidad pecuniaria de la compañía automovilística, sólo en los EEUU, asciende a unos 37.500 dólares por vehículo, lo que supone un montante global aproximado de 18.000 millones de dólares.

Ante la citada situación, la respuesta de Volkswagen no se hizo esperar. En primer lugar, la compañía forzó la dimisión del director ejecutivo o CEO Martin Winterkorn, es decir, se “auto-sancionó” realizando cambios en el Consejo de Administración¹. En segundo lugar, Volkswagen se ha comprometido a asumir las reparaciones o indemnizaciones a los usuarios afectados². Por último, ha iniciado una investigación interna para determinar a las personas físicas responsables así como averiguar por qué han fallado los controles que pudiera tener la compañía³.

Como era previsible, el problema se ha extendido por otros países. Reino Unido, Francia, Italia o Alemania, entre otros, han iniciado investigaciones al respecto, dado que se estima que en Europa existen unos 8,5 millones de coches afectados —en Europa, a diferencia de los EEUU, los diésel constituyen un número importante del parque automovilístico—. En España, asimismo, la Audiencia Nacional ha declarado su competencia en la investigación de las querellas presentadas por diversos colectivos⁴ contra Volkswagen por los delitos contra los consumidores, estafa, delito medioambiental, falsedad documental, fraude y delito contra la hacienda pública⁵.

El *iter* procesal, sin embargo, a buen seguro resultará diferente en los Estados Unidos y en España. Y ello porque, mientras que en el país americano impe-

ra el principio de oportunidad y el 95% de los casos no alcanza la fase de juicio oral, en España, la premienencia del principio de legalidad así como la ausencia de poderes de negociación inter partes —a salvo de la conformidad, que supone la condena de la persona jurídica— implica la imposibilidad de alcanzar acuerdos pre-procesales que eviten el enjuiciamiento penal de la empresa.

A lo largo del presente trabajo se expondrá, de un lado, las razones por las que abrir el juicio oral no resulta conveniente y, de otro, los acuerdos de no enjuiciamiento como solución y alternativa eficaz al proceso penal de la persona jurídica

II. POR QUÉ SE DEBE EVITAR EL PROCESO PENAL

Ante la complejidad que supone tanto la investigación como el enjuiciamiento de las personas jurídicas, existen dos principales motivos que debieran disuadir de la apertura del proceso penal.

1. La consecución previa de sus fines

Más allá de la aplicación del *ius puniendi*, el proceso penal tiene por finalidad la reparación de la víctima y la rehabilitación del imputado⁶. Dichos fines, siguiendo la experiencia práctica de Estados Unidos, pueden ser alcanzados sin la necesidad de abrir un proceso penal, concretamente mediante acuerdos con la persona jurídica en los que se anticipa tanto el cumplimiento de la sanción y la reparación a la víctima, como la rehabilitación de la persona jurídica a cambio del no enjuiciarla penalmente.

En primer lugar, el fin primordial de la pena frente a la persona jurídica consiste en lograr su autorregula-

1 Ante la hipotética responsabilidad criminal de la empresa, una de las medidas más comunes es la sustitución de los miembros de la junta directiva de forma previa a la apertura del juicio oral. De este modo, la empresa se anticipa a una futura sanción que, de ser impuesta, carecería de sentido. En España un ejemplo similar puede encontrarse en el cambio de toda la junta de administración de Bankia. A tal respecto, véase GIMENO BEVIA, J. *El proceso penal de las personas jurídicas*, Ed. Aranzadi, 2014, p. 103 y ss.

2 Así lo aseguró Volkswagen en un comunicado. “Como no podía ser de otra manera, asumiremos toda la responsabilidad y los costes derivados de las medidas que se deban aplicar...” <http://info.volkswagen.com/es/es/home/noticias/article-5>.

3 En el marco de la investigación se ha ofrecido asimismo un periodo para que los delatores o *whistleblowers* puedan informar de las irregularidades que tuvieran conocimiento sin que la empresa adopte ningún tipo de represalias frente a ellos. http://www.nytimes.com/2015/11/17/business/dealbook/the-challenges-for-volkswagens-internal-investigation.html?_r=0.

4 Concretamente Manos Limpias, Agrupación de afectados por motores Volkswagen y la Asociación de Perjudicados por las Entidades Financieras, que han tenido que depositar una fianza de 5000€ cada una y deben personarse con un mismo abogado.

5 El auto se encuentra disponible en el siguiente enlace: <http://ep00.epimg.net/descargables/2015/10/28/beatf3373f547ad7951cd936b470613b.pdf>.

6 GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, 2012, p. 59 y ss. De acuerdo con el referido autor, también es una función del proceso penal la protección del derecho a la libertad, sin embargo, las personas jurídicas no tienen libertad en el sentido deambulatorio, propio de las personas físicas, por lo que la protección del derecho fundamental contenido en el art. 17 CE no es proclamable por tales entes.

ción⁷ que, sin duda alguna, puede lograrse sin el inicio de un proceso penal. Además, en tanto que la multa, sin perjuicio de la imposición de otro tipo de sanciones interdictivas⁸, se erige en la sanción más común, nada obsta para que sea satisfecha mediante un acuerdo Estado-persona jurídica, sin la necesidad de la obtención de una sentencia condenatoria tras un largo proceso penal.

En segundo, la víctima deberá ser reparada o, en su defecto, indemnizada económicamente por la persona jurídica. Efectuar la pronta reparación con anterioridad al juicio oral, será mucho más beneficioso con el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima que si se produjera —tal y como acontece desgraciadamente en nuestra justicia penal— tras un largo proceso penal, una vez concluida sus dos instancias.

Por último, la rehabilitación del imputado trasladada al ámbito de las personas jurídicas hace referencia a la adopción de medidas de autocontrol que eviten la comisión de delitos, es decir, los programas de cumplimiento o “*compliance programs*”⁹. Por ello, La empresa, por tanto, revisará o mejorará, en caso de que los tuviera, sus códigos y protocolos de actuación e incidirá en una mejor autorregulación.

2. Persona jurídica y daño reputacional

La práctica forense norteamericana demuestra cómo la empresa pretende a toda costa evitar el perjuicio del procesamiento o *stigma of prosecution*. La simple imputación —particularmente en asuntos de gran trascendencia mediática, tal y como acontece con el citado “Caso Volkswagen”— puede resultar tan gravosa como la hipotética condena, habida cuenta del daño que puede causar la imputación en su imagen corporativa, frente a los mercados y ante la opinión pública. Por consiguiente, aunque la previsión del daño reputacional que produce la imputación sea difícilmente determinable, no es aventurado afirmar que una empresa sometida a

un largo proceso penal sufrirá un perjuicio en algunos casos irreparable.

En primer lugar, la imputación encierra un perjuicio económico, cuya valoración exacta resulta harto complicada, pues se trata de un futuro. A pesar de ello, en función de algunos indicadores, como por ejemplo el tamaño de la empresa, su volumen de negocio, la exposición mediática y su mercado objetivo o *target*, etc. podrán estimarse las pérdidas generadas por la imputación. A fin de observar lo dañino que puede ser la imputación para una persona jurídica, sea suficiente citar, como ejemplo paradigmático, las sociedades que cotizan en bolsa, en las que un mero rumor sobre su solvencia puede implicar la repentina y drástica caída de sus acciones.

Asimismo, en segundo lugar, la imputación produce un importante perjuicio social porque, si bien durante mucho tiempo, la posibilidad de que a las personas jurídicas les asista el derecho fundamental al honor ha sido objeto de debate, no cabe duda de que sí que gozan de reputación¹⁰. Tal y como expone un sector de la doctrina norteamericana, si lo que realmente se pretende es infligir daño a la persona jurídica, la mejor forma consiste en su “estigmatización” frente a la sociedad mediante la imposición de “sanciones estigma”, en las que el Tribunal utiliza la reputación de la empresa para castigarla. El perjuicio de tales de sanciones, a diferencia de la multa, es de difícil cuantificación. A título de ejemplo de sanciones estigma cabe citar las etiquetas de advertencia —p.ej. paquetes de tabaco—, publicidad negativa, disculpa pública o que sus trabajadores realicen servicios a la comunidad¹¹.

Por todo lo expuesto, cabe apreciar que la imputación encierra una mera sanción en sí misma considerada, desde el momento en que puede producir efectos negativos irreparables, tanto económicos como sociales, a la persona jurídica. Por ello, resulta imprescindible que los órganos de persecución penal pueda disponer de la pretensión penal en los procesos frente a personas jurídicas.

7 NIETO MARTÍN, A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Ed. Iustel, 2008, p. 67.

8 En caso de que se proponga alguna sanción privativa de derechos y la persona jurídica no esté conforme con ella —p.ej., una suspensión temporal de actividades—, nada obstará para continuar el procedimiento penal y que se produzca la apertura del juicio oral.

9 Sobre los programas de cumplimiento vid. NIETO MARTÍN, A., LASCURÁIN SÁNCHEZ, A., GARCÍA DE LA GALIANA, B., PÉREZ FERNÁNDEZ, P y CORDERO BLANCO, I. *Manual de cumplimiento normativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

10 La jurisprudencia constitucional española se ha referido al derecho al honor de las personas jurídicas en diversas sentencias, p.ej. SSTC 183/1995 de 11 de diciembre, SSTC 139/1995 de 26 de septiembre.

11 Vid. WONG, R. D., “Stigma: a more efficient alternative to fines in deterring corporate misconduct”. *California Criminal Law Review*, octubre 2000, pp. 1-88, p. 28 y ss.

III. POSIBLE SOLUCIÓN: LOS ACUERDOS CON LA PERSONA JURÍDICA (LOS “DPA” Y “NPA”)

La ausencia de apertura de juicio oral no implica que no existan consecuencias por la conducta de la persona jurídica. El titular de la acción penal podrá acordar con la empresa, bien el sobreseimiento libre, bien una suerte de sobreseimiento sometido a condición.

La posibilidad de alcanzar acuerdos para evitar el enjuiciamiento está contemplada desde hace muchos años en los Estados Unidos bajo el nombre “acuerdo de enjuiciamiento aplazado” en inglés los “*deferred prosecution agreements*” y “*non-prosecution agreements*” (de ahora en adelante, DPA y NPA)

1. Concepto y fundamento

Por acuerdo de enjuiciamiento aplazado, cabe entender, de acuerdo con STAMBOULIDIS “*aqué en el que una persona jurídica delincente, acuerda llevar a cabo con rapidez las medidas correctoras —o reparadoras— necesarias a cambio de un “aplazamiento” de la acción penal por sus delitos*”¹². En lugar de iniciar un proceso penal, el M.F. presenta una querrela, pero se compromete a mantenerla en suspenso, siempre y cuando la sociedad cumpla con éxito los términos del acuerdo¹³. Por tanto, podría adecuarse a una suerte de sobreseimiento sometido a condición suspensiva o, como dirían en Estados Unidos, un “*probationary agreement*”; en el que, si se cumplen los términos del acuerdo, el Fiscal retirará los cargos.

En lo referente a los acuerdos de no procesamiento, si bien son prácticamente idénticos a los anteriormente definidos, difieren en dos aspectos: en primer lugar, en tales acuerdos el Fiscal no presenta ninguna querrela, lo cual impide una posterior acusación¹⁴; y, en segundo, envía un mensaje de tranquilidad a los mercados ya que la ausencia de acusación indica “*a priori*” una inexis-

tencia de culpabilidad por parte de la empresa. Tal figura se asemejaría a lo que en España se conoce por sobreseimiento libre. Dichos acuerdos suelen ofrecerse cuando las autoridades observan que hay pocas posibilidades de ganar el caso en los Tribunales, cuando la persona jurídica, aparenta no ser culpable y resulta procedente premiarla por haber actuado rápidamente frente al delito y haber colaborado con las autoridades. Además, supone un incentivo para el resto de sociedades a la hora de ofrecer su colaboración a las autoridades en otros supuestos¹⁵. Consecuentemente, es lógico pensar que las personas jurídicas, prefieren establecer un acuerdo de no procesamiento con la Fiscalía¹⁶. Con independencia de las características de los acuerdos, la doctrina norteamericana tiende, por su casi total similitud y por razones de economía del lenguaje, a tratar ambas causas de suspensión del proceso conjuntamente como “*deferred prosecution agreements*” —de ahora en adelante, DPA¹⁷.

El fundamento de los acuerdos se encuentra en el beneficio mutuo, tanto para la persona jurídica, como para la Fiscalía. Para la primera supone la posibilidad de evitar el enjuiciamiento y la posible condena, que le estigmatizará públicamente con la etiqueta de “empresa delincente”, así como quedar posiblemente excluida en los procedimientos de concesión de contratos y de recibir subvenciones públicas. El M.F., por su parte, tiene la posibilidad de ordenar a la sociedad que castigue a los responsables, que introduzca cambios en su modo de realizar los negocios, en los programas de cumplimiento y sistemas de control internos, así como de realizar un seguimiento para alcanzar la seguridad de que esos cambios se realizarán en un plazo razonable y serán efectivos para prevenir futuros delitos.

Mediante los acuerdos de enjuiciamiento aplazado, pueden evitarse situaciones como la ocurrida en la sociedad “Arthur Andersen” por su implicación en el caso

12 STAMBOULIDIS, G. A., & RESNICK, L. J. “Not the Usual Suspects”, *NEW YORK LAW JOURNAL, WHITE COLLAR CRIME*, 18 julio 2005, p. 2 Disponible en el siguiente enlace: <http://www.bakerlaw.com/files/publicdocs/news/articles/resnick-stamboulidis-nylj%202005-july.pdf>.

13 ILLOVSKY, E., “Corporate Deferred Prosecution Agreements: The Brewing Debate”, *CRIMINAL JUSTICE*., verano 2006, p. 36-38, p. 36, disponible en el siguiente enlace <http://www.abanet.org/crimjust/cjmag/21-2/corporatedeferred.pdf>.

14 O'REILLY, HANLON, HALL, JACKSON y LEWIS, *Punishing Corporate Crime*, ed. OXFORD, año 2009, p. 126. “*The NPA...it ends the chance of prosecution*”.

15 O'REILLY, HANLON, HALL, JACKSON y LEWIS, op. cit., p. 124.

16 En palabras de David Pitofsky, los Abogados de las personas jurídicas prefieren “*absolutamente, al 100%*” los NPA, pues “*en la mayoría de los casos se consideran como la mayor victoria posible para la persona jurídica*”. Vid. la interesantísima entrevista realizada a David Pitofsky, Abogado de Goodwin Procter LLP en *CORPORATE CRIME REPORTER* 28 de noviembre, 2005, disponible en el siguiente enlace: <http://www.corporatecrimereporter.com/news/200/interview-with-david-pitofsky-goodwin-procter-new-york-new-york/>.

17 PAULSEN, E., “Imposing Limits on Prosecutorial Discretion in Corporate Prosecution Agreements”, *NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW*, noviembre 2007, p. 1434-1469, p. 1437.

“Enron” en el año 2002 —que además tuvo consecuencias en España—, en el que la empresa fue enjuiciada y posteriormente condenada a su desaparición (“*death penalty of corporation*”), lo que ocasionó el despido de más de 28.000 trabajadores.

2. Características

No existe una norma que regule las condiciones y términos de los acuerdos de enjuiciamiento aplazado. Ni siquiera las “*Prosecutorial Guidelines*” contenidas en el “*U.S.A.M.*”, esto es, una suerte de directrices o guías de la Fiscalía, establecen, de forma explícita, las características que deben contener tales acuerdos¹⁸. Ello no ha impedido, sin embargo, que en la última década se hayan realizado multitud de DPAs que reflejan, en su mayoría, características similares. Por tanto, a pesar de que los acuerdos varían según las características del caso concreto —gravedad del delito cometido, tamaño de la empresa, ...—, siguiendo al profesor GRUNER¹⁹, cualquier acuerdo suele como mínimo contener los siguientes requisitos.

a) Admisión de los hechos o reconocimiento de la conducta

La empresa debe admitir la veracidad de los hechos alegados en la denuncia y ligados al acuerdo —la denuncia se encuentra en suspenso hasta que se cumpla o expire el acuerdo— o en una declaración separada sobre los hechos y suscrita entre la Fiscalía y la persona jurídica. En el caso de que la empresa no cumpla con las condiciones y términos establecidos en el acuerdo y si el Fiscal decidiera reanudar la acusación, la admisión de los hechos realizada anteriormente será válida en el consiguiente procesamiento. Además, el hecho de que la empresa reconozca la conducta delictiva conlleva la circunstancia de que muchos Abogados puedan plantear acciones de responsabilidad civil frente a ella²⁰, lo que puede ocasionar un “efecto dominó” muy perjudicial para la empresa. No obstante lo anterior, el hecho

de que la sociedad reconozca su culpabilidad al admitir los hechos, pone de relieve la necesidad de evitar el enjuiciamiento y/o la condena.

b) Revelar la información inmediatamente

Se exige a la empresa que, durante la investigación, entregue a los Fiscales y a las autoridades competentes, todas las pruebas, datos y documentos recogidos que tengan relación con el delito

c) Ayuda adicional en la investigación

La persona jurídica también ha de colaborar en la investigación. Debe, a este respecto, identificar a los testigos que puedan tener o conocer información relevante, prepararlos para las entrevistas con los Fiscales y autoridades y realizar una investigación interna con los recursos de la propia empresa para elaborar posteriormente los informes que serán entregados a la Fiscalía.

d) Pago de multas e indemnizaciones

La sociedad debe pagar o reservar fondos para hacer frente, tanto a las diferentes sanciones económicas de carácter penal, como al pago de la responsabilidad civil subsidiaria por la comisión del delito. Anteriormente, las sanciones pecuniarias no siempre estaban relacionadas con la reparación del delito cometido, lo cual provocó muchísimas controversias, ya que los Fiscales elegían la sanción a imponer en función de su propio criterio. Así, por ejemplo, exigían a la empresa que pagase el seguro médico a individuos que no estaban asegurados o la creación de puestos de trabajo²¹. A pesar de la bondad de este tipo de medidas, el “*Attorneys Manual*” prohibió posteriormente exigir a las empresas que financiaran obras de caridad, de educación, etc. que no guardaran relación con el delito cometido²². Aunque, tal y como se ha mencionado, dichas sanciones no se aplicaban siempre, sí que reflejaban la amplia discrecionalidad que tenían los Fiscales y las

18 Por “*Prosecutorial Guidelines*” cabe entender las directrices en las que deben basarse los fiscales de EEUU a la hora de decidir el enjuiciamiento de una persona jurídica. Son una serie de criterios recogidos en el título noveno del “*United States Attorney Manual*”, establecidos por el Departamento de Justicia.

19 GRUNER, R. S., “Three Painful Lessons: Corporate Experience with Deferred Prosecution Agreements” en *PRACTISING LAW INSTITUTE* (PLI), *Corporate Law and Practice Handbook Series*, marzo-junio 2008, p. 117 y ss.

20 Véase el artículo de opinión de SKLAIRE, M. R. y BERMAN, J.G., “Deferred Prosecution Agreements: What is the Cost of Staying in Business?”, *WASHINGTON LEGAL FOUNDATION*, Vol. 15, nº 11, 3 de junio 2005. Disponible en el siguiente enlace: <http://www.wlf.org/upload/060305LOLSklair.pdf>.

21 Véase, entre otros, los *Agreement Roger Williams Medical Center, Agreement of WorldCom*.

22 Véase *United States Attorneys’ Manual*, 9-16-325.

pocas limitaciones a la hora de imponer sanciones a las empresas.

e) Realizar las reformas necesarias

Se le puede exigir a la persona jurídica que realice cambios específicos en su funcionamiento con la finalidad de prevenir y detectar futuros delitos. La naturaleza de las reformas dependerá del tipo de delito cometido, de quién haya sido el autor —si empleado o directivo— y de la capacidad de la empresa para detectar pronto tal conducta para que no se vuelva a repetir. Muchos de los cambios afectan al personal de la empresa, ya que el acuerdo puede incluir medidas disciplinarias o incluso el despido de quien haya cometido o contribuido a la comisión del hecho punible o haya rehusado a cooperar en la investigación. También es posible que se le exija a la sociedad la contratación de nuevo personal directivo, el cambio de los miembros del Consejo, o la contratación de nuevos auditores²³. El problema radica en que el Fiscal carece de los conocimientos necesarios para dirigir una empresa, por lo que es absurdo que sea él y no los accionistas, los que elijan al personal directivo²⁴. En cuanto a los cambios operativos, los más frecuentes se fundamentan en una revisión y ajuste del programa de cumplimiento, en el que habrá que detectar las causas de su fracaso y adoptar las medidas necesarias para recuperar su efectividad.

f) Supervisión

La persona jurídica también puede ser obligada a contratar uno o varios supervisores independientes para que analicen la aplicación y suficiencia de las reformas adoptadas en aras al acuerdo de enjuiciamiento aplazado. Además se le puede exigir que les otorgue

acceso a los documentos, personal, información y recursos necesarios para que puedan realizar, de forma correcta, sus tareas de supervisión. En cuanto al perfil de los supervisores, cabe destacar que suelen ser expertos en la implantación y supervisión de programas de “*compliance*”, así como especialistas en el asesoramiento jurídico.

Con independencia de las características analizadas, PAULSEN también incide en la duración de los acuerdos, los cuales, si bien suelen oscilar entre 18 y 36 meses, en algún caso han llegado a alcanzar los cinco años²⁵, mientras que, en otros, no han superado el año de duración²⁶. Por lo general, la media de los acuerdos suele cifrarse en algo más de dos años, alcanzando en la actualidad una media de 25,5 meses²⁷.

Por último, en cuanto a qué se entiende por incumplimiento del acuerdo, dicha causa abarca, desde el incumplimiento de algún término o condición concreta²⁸, hasta la comisión de cualquier otro delito por parte de la sociedad²⁹. Generalmente es el Fiscal, con base en su buena fe y su razonable discrecionalidad, el encargado de determinar cuándo se ha producido dicho incumplimiento. Ello no obstante, en algunos acuerdos se pacta un plazo para que la persona jurídica pueda convencer a las autoridades de que realmente el acuerdo no se ha incumplido o que al menos el incumplimiento no es causa suficiente para iniciar el procesamiento³⁰, mientras que, en otros, se establece una serie de remedios o mecanismos de reparación para solucionar el incumplimiento³¹. Existe una importante diferencia entre el incumplimiento de un NPA y un DPA. Si bien el primero únicamente da lugar a la denuncia por incumplimiento del acuerdo —debe recordarse que los delitos que se le imputan han sido archivados definitivamente en el momento en que se suscribió el acuerdo—, el segundo,

23 COFFEE JR, J.C., “Deferred Prosecution: Has It Gone Too Far?” *THE NATIONAL LAW JOURNAL*, 25 de julio de 2005, p. 13 y ss. “Actualmente, los DPA han entrado profundamente en el control de la empresa, exigiendo cambios en la composición y estructura del Consejo de Administración”.

24 COFFE JR, J.C., op. cit., “Pero el derecho de los accionistas a elegir a sus propios directivos aquí se ve sacrificado para permitir los experimentos de control empresarial de un Fiscal que carece de base empírica para creer que tales reformas van a reducir el riesgo de una futura reincidencia en la conducta”.

25 Véase el acuerdo de “Prudential Equity Group”, LLC en el año 2006.

26 Véase por ejemplo el acuerdo de “Arthur Andersen” LLP en el año 1996, o el de “FirstEnergy Nuclear Operating Company” del año 2006.

27 O'REILLY, HANLON, HALL, JACKSON y LEWIS, “Punishing Corporate Crime”, ed. OXFORD, año 2009, p. 151.

28 Acuerdo de “BankAtlantic” en el 2006, “de cualquier cláusula de este acuerdo”, p. 5.

29 Acuerdo de “Baker Hughes Inc”. en el 2007. “Si el DOJ determina... que Baker Hughes Inc ha cometido algún delito federal tras la firma de este acuerdo... será procesado...”.

30 Acuerdo “FirstEnergy Nuclear Operating Company” del año 2006, p. 4. “30 días para demostrar que no ocurrió tal incumplimiento... o que éste no es merecedor de una posterior demanda del DOJ”.

31 Acuerdo “Boing” del año 2005, pp. 9-11. “Opción de reparación A... Opción de reparación B”.

además de tal denuncia, supone la reanudación inmediata de la causa penal que se encontraba suspendida hasta que se cumpliesen las condiciones del acuerdo, además de aquellos otros delitos que hayan podido ser descubiertos durante la investigación. Por tanto, la gravedad a la hora de incumplir un DPA es bastante mayor³².

3. Límites

En cuanto a la naturaleza de los acuerdos, si bien es cierto que, como cualquier negocio jurídico, requieren del consentimiento de ambas partes, ellas no se encuentran en una situación de igualdad a la hora de prestarlo. Generalmente, las condiciones suelen ser impuestas por la Fiscalía, que es quien, en el seno de su investigación, debe decidir acerca del procesamiento o no de la empresa. Por tanto, el “acuerdo” en sí se fundamenta en la necesidad que tiene la empresa en no ser enjuiciada, dispuesta a cumplir cualquier obligación que se le exija. Por ello, y como sucede en un contrato de adhesión, se hace indispensable establecer una serie de límites a la Fiscalía, que eviten su arbitrariedad, en el momento de establecer las cláusulas de los acuerdos.

a) El primero de ellos consiste en que, con anterioridad a que el Fiscal impute a la persona jurídica un delito, debería probar que la sociedad no disponía de los mecanismos de control necesarios para evitar el delito cometido³³. El hecho de que la sociedad haya adoptado un programa de cumplimiento efectivo, implica una voluntad en el cumplimiento de la Ley y hace surgir la duda acerca de su culpabilidad. Además, diferencia a la sociedad de aquellas otras empresas que no han adoptado medidas de control interno y, por tanto, tampoco tienen un interés manifiesto en la prevención delictiva. En consecuencia, se propone utilizar el programa de “*compliance*” como filtro antes de establecer un DPA, por lo que le corresponde al Fiscal probar, mediante la ausencia de estos programas, la culpabilidad de la persona jurídica. Obviamente, si la empresa hubiera adoptado las medidas de control necesarias para evitar el delito, no debería ser necesario su enjuiciamiento —ni siquiera el aplazado o sometido a condición—, dada la ausencia de culpabilidad. En el caso de que adoptase ciertas medidas pero no fuesen idóneas —o no adoptase ninguna—, en función de la calidad de tales

medidas, se establecerían unas cláusulas más o menos severas en el acuerdo.

b) En segundo lugar, también resulta necesario limitar el poder que tiene el Fiscal a la hora de decidir cuándo se ha incumplido un acuerdo. Actualmente, la decisión le corresponde únicamente a él, lo cual le supone ser “Juez y parte” en la determinación de su cumplimiento. De aquí que el sistema esté exento de toda lógica, ya que otorga al Fiscal el total control sobre el acuerdo, por lo que puede presionar y amenazar a la persona jurídica para que cumpla las condiciones. De otro lado, la sociedad siempre acatará las órdenes de la Fiscalía para mantener vigente el pacto, porque, aunque éste sea muy perjudicial, le eximirá del enjuiciamiento. Por ello, PAULSEN propone la supervisión judicial del acuerdo, debiendo el Juez ser el encargado de valorar y decidir cuándo se ha producido el incumplimiento, lo que proporcionaría una mayor seguridad jurídica. De esta forma, de un lado, las empresas podrían cumplir el acuerdo de conformidad con lo estipulado y sin la amenaza de una ruptura unilateral y la Fiscalía, de otro, no vería alterada su discrecionalidad a la hora de establecer las condiciones que van a conformar dicho pacto³⁴. Por lo demás, el hecho de que sea el Juez quien decida sobre su cumplimiento, mejoraría su calidad, puesto que el Fiscal habría de ser mucho más preciso y explícito a la hora de establecer las condiciones, evitando la terminología vaga y ambigua que se da actualmente y que conlleva la libre interpretación del acuerdo en función de su conveniencia.

4. Algunos ejemplos relevantes

Una vez estudiados las características de estos acuerdos, resulta interesante el análisis de determinados supuestos que se han sucedido en la práctica forense norteamericana.

4.1. Acuerdos de enjuiciamiento aplazado o diferido (“DPA”)

a) De blanqueo de capitales

En el año 2003, el Banco Popular de Puerto Rico firmó un acuerdo de enjuiciamiento aplazado con el “Department of Justice” —concretamente con la Sección de Blanqueo de Capitales—, después de que dicha en-

32 Acuerdo ITT Corporation año 2007, pp. 8-9 “Remedio 3: Los US procesarán a ITT...”.

33 WEISSMAN, A. & NEWMAN, D., “Rethinking Criminal Corporate Liability” *INDIANA LAW JOURNAL*, primavera 2007., p. 411-452, p. 449.

34 PAULSEN, E. op. cit., 1462 y ss.

tividad financiera admitiera no haber informado a tiempo a las autoridades sobre la sospecha de que, mediante un depósito abierto en dicho banco, se había cometido un delito de blanqueo de capitales por valor de 20 millones de dólares. De conformidad con la Ley de Secreto Bancario estadounidense, los bancos están obligados a enviar un “informe de actividades sospechosas”, más conocido como “SAR” (“*suspicious activity report*”), a una oficina del Departamento del Tesoro especializada en combatir el lavado de dinero, llamada “FinCen” (*Financial Crimes Enforcement Network*), cuando la transacción realizada superara los 5.000 dólares y la entidad financiera sospechara que ese dinero provenía de actividades ilícitas o constituyera un delito de blanqueo de capitales. En el caso que nos ocupa, durante varios años se estuvo ingresando dinero en dicho depósito de forma irregular, literalmente mediante la entrega de bolsas de deporte llenas de billetes. El banco optó por no informar a los Estados Unidos, hasta que se percató de que estaba siendo investigado, en cuyo momento denunció los hechos de manera parcial y extemporánea. Finalmente, ambas partes suscribieron dicho acuerdo, por el cual se suspendía el procesamiento durante 12 meses, a cambio de que el banco pagase una multa de 21,6 millones de dólares y cumpliera escrupulosamente las condiciones establecidas en el acuerdo, el cual fue cumplido en dicho plazo, por lo que la referida entidad financiera no llegó a ser enjuiciada³⁵.

b) Falsedad documental contable

En diciembre de 2004, la aseguradora “*America International Group*”, popularmente conocida como AIG, suscribió un acuerdo de enjuiciamiento aplazado con los Fiscales federales de EEUU. Se le acusaba —conjuntamente con su filial “*AIG-FP PAGIC Capital Holding Group*”— de cometer un fraude y violar las Leyes de valores federales a través de transacciones fraudulentas efectuadas en complicidad con su filial *PNC Financial Services Group*. Este fraude se basaba en el registro, en sus libros contables, de diversos préstamos e inversiones, que deberían haber sido inscritos en los

libros de dicha filial. El acuerdo alcanzado, que suspendía el enjuiciamiento durante 13 meses, obligaba a AIG a adoptar reformas dirigidas a mejorar la integridad de las transacciones entre clientes y terceros, a revisar sus prácticas y métodos de trabajo por un consultor independiente, a realizar una auditoría sobre las últimas transacciones similares y al pago de unos 47 millones de dólares. El acuerdo fue cumplido y la empresa AIG evitó ser procesada³⁶.

c) Fraude Fiscal

En el año 2005, la consultora KPMG suscribió un acuerdo de enjuiciamiento aplazado con la Fiscalía, que le acusaba de una multimillonaria conspiración de fraude tributario³⁷. Esta empresa ayudó a ciudadanos norteamericanos a evadir impuestos por valor de varios billones de dólares a través del desarrollo y la promoción de los paraísos Fiscales —los denominados “*tax shelters*”—. Este fraude resultó ser uno de los más importantes cometidos hasta la fecha y posiblemente el que mayor trascendencia social obtuvo, habida cuenta de la repercusión que produjo el caso Enron en el año 2002, que hizo temblar el sistema financiero estadounidense. La consultora admitió haberse involucrado en un fraude estimado al menos en 2.500 millones de dólares de evasión de impuestos de los Estados Unidos. El acuerdo aplazaba el enjuiciamiento hasta el 31 de diciembre de 2006 y dicha sociedad tuvo que pagar una multa de 456 millones de dólares, colaborar exhaustivamente en la investigación —entregar documentos, revelar información, etc.—, adoptar medidas de reestructuración de la empresa (como la supresión de un área en la que se asesoraba Fiscalmente a grandes fortunas) y la implementación de un programa de cumplimiento efectivo para prevenir la reiteración de delitos que pudieran cometerse en el futuro³⁸. Si bien este asunto hubiera podido resolverse en juicio, dada la altísima probabilidad de que KPMG hubiera sido declarada culpable, las consecuencias de una hipotética condena hubieran sido incalculables, llevando a dicha empresa, casi con total seguridad, a su disolución

35 Véase Deferred Prosecution Agreement Banco Popular de Puerto Rico http://www.fincen.gov/news_room/ea/files/bancopopular.pdf.

36 Véase *AIG Deferred Prosecution Agreement*. <http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/deferredprosecution/AIG-FP080411.pdf>.

37 Vid. *KPMG Deferred Prosecution Agreement* <http://www.justice.gov/usao/nys/pressreleases/August05/kpmgdpagmt.pdf>.

38 El caso KPMG supuso un antes y un después en la adopción de los programas de *compliance* ya que puso en primera línea la necesidad de que las empresas adoptasen estos programas para tener alguna opción de evitar la responsabilidad penal por la conducta negligente de sus miembros. Además las autoridades estadounidenses incidieron en reforzar los parámetros establecidos en las *Sentencing Guidelines* para considerar a un programa de *compliance* como “efectivo”.

(“*death penalty of corporations*”). Por ello, a pesar de la severidad de dicho acuerdo, según el Secretario de Justicia de los Estados Unidos, Alberto R. Gonzales, con él se aseguraba la protección de trabajadores inocentes, permitiendo a KPMG desarrollar en el futuro su negocio con honestidad e integridad³⁹. Ello no obstante, nueve altos cargos, de entre los que cabe destacar al antiguo presidente adjunto Jeffrey Stein y a los vicepresidentes John Lanning y Richard Smith, fueron enjuiciados por conspiración en el fraude Fiscal a los Estados Unidos.

Este último caso muestra un ejemplo paradigmático de los beneficios que proporciona el sobreesimiento sometido a condición por razones de oportunidad, puesto que una hipotética condena o incluso el mero procesamiento hubieran supuesto un revés irreparable para la compañía y hubieran causado un grave perjuicio a trabajadores ajenos al delito cometido. Además, dicho perjuicio también podría haber supuesto su hundimiento en los mercados de valores (consecuencias colaterales). Por consiguiente, cabe poner de manifiesto la relevancia del uso de los programas de “*compliance*” como instrumento efectivo para prevenir futuras conductas delictivas y para obtener una correcta conducta corporativa en los posteriores negocios de la persona jurídica.

4.2. Acuerdos de no procesamiento (“NPA”)

a) Falsedad documental contable

El 17 de septiembre 2003, el DOJ suscribió un acuerdo con el banco Merrill Lynch, para poner fin a la investigación y posible procesamiento por su complicidad en la quiebra de *Enron*⁴⁰. La Comisión Estadounidense de Operaciones Bursátiles (“*Security Exchange Commission*”, SEC) acusaba a Merrill Lynch de haber ayudado a Enron a falsificar sus cuentas para cumplir sus objetivos de resultado, en términos de transacciones ficticias. La inmediata y amplia cooperación de la entidad bancaria, su rapidez a la hora de tomar medidas reparadoras y restitutorias, así como la admisión de tal conducta, llevó al DOJ a ofrecerle un acuerdo de

no procesamiento. A través de dicho acuerdo, Merrill Lynch se comprometió a crear un comité que revisara la compleja estructura de las transacciones financieras, a enviar los informes relacionados con dicha revisión al auditor independiente y a desarrollar programas de formación o “*training*” para los miembros de la entidad. El cumplimiento de estas medidas sería supervisado por dicho auditor junto con una empresa de auditoría externa, durante un periodo de 18 meses. Dicho plazo no se corresponde con el de suspensión del enjuiciamiento, sino que es simplemente una fecha de vencimiento del acuerdo. Al tratarse de un acuerdo de no procesamiento, a efectos legales, la firma del acuerdo implica que “las autoridades liberan a la empresa de cualquier responsabilidad sobre las cuestiones objeto de la investigación”⁴¹. Por ello, Merrill Lynch se comprometió únicamente a que, si violaba los términos del acuerdo, sus empleados podrían ser enjuiciados por cualquiera de los delitos cometidos relacionados con las transacciones ficticias del caso Enron. Es decir, en caso de incumplimiento contractual, la empresa quedaría exonerada de responsabilidad, pero no así sus trabajadores. A modo anecdótico, este banco fue adquirido por Bank of America en el año 2008 para salvarla de la crisis de las hipotecas “*subprime*”.

En junio 2004, el DOJ y el SEC llegaron a un acuerdo de no procesamiento con la empresa neoyorquina Symbol Technologies⁴². Las investigaciones apuntaron a un fraude masivo por el que se inflaron las cuentas de dicha compañía mediante una serie de manipulaciones contables que superaron los 200 millones de dólares. Se alteraban los asientos contables para alcanzar los objetivos de beneficio y se procuraba su impunidad, obstruyendo las investigaciones internas encargadas de detectar dichos fraudes. La razón, por la que se le ofreció un acuerdo de no procesamiento, fue debida a la rápida colaboración con las autoridades, una vez detectada dicha conducta, y por sus inmediatas acciones correctivas. En el acuerdo, Symbol se comprometió a seguir cooperando, a pagar 37 millones de dólares a los accionistas, a revelar las conversaciones bajo secreto Abogado-cliente⁴³, otorgar a las autoridades la

39 Vid. las declaraciones de GONZALES, A.R. en el siguiente link [http://www.irs.gov/uac/KPMG-to-Pay-\\$456-Million-for-Criminal-Violations](http://www.irs.gov/uac/KPMG-to-Pay-$456-Million-for-Criminal-Violations).

40 Véase Merrill Lynch *Deferred Prosecution Agreement* año 2003 http://www.justice.gov/archive/dag/cftf/chargingdocs/merrill_lynchagreement.pdf.

41 O'REILLY, HANLON, HALL, JACKSON y LEWIS, “Punishing Corporate Crime”, ed. OXFORD, año 2009, p. 124.

42 Disponible en el siguiente enlace: <http://www.sec.gov/news/press/2004-74.htm>.

43 Hasta que se promulgaron las sucesivas Leyes de protección del secreto Abogado-cliente, las llamadas *Attorney-Client Privilege Protection Act*, los Fiscales podían exigir entre las condiciones del acuerdo, la obligación de que la empresa renunciase a dicho derecho.

posibilidad de que puedan interrogar a los testigos, así como a despedir a los empleados culpables y a quienes se negaron a colaborar durante la investigación. Dicha empresa además realizó cambios estructurales, incluyendo el nombramiento de una nueva junta directiva, la sustitución de la empresa auditora, la reestructuración de su Consejo de Administración, el nombramiento de un supervisor independiente, el establecimiento de un programa anual de entrenamiento de los empleados o *training* y el compromiso de mejorar sus controles internos y los sistemas de contabilidad. No obstante dicho acuerdo, sí que se enjuició a las personas físicas responsables.

IV. CONCLUSIONES

El legislador español, seguramente influenciado por el europeo, ha optado por un modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica cercano al estadounidense pero no se ha percatado que la justicia criminal de EEUU es muy diferente a la nuestra. Allí gozan de un amplio poder de negociación entre el Estado y la persona jurídica pero nuestra vetusta LECrim, sin embargo, no deja apenas margen de negociación a las partes en el proceso penal. Así, pues, para la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el Estado tendrá que enfrentarse a largos y costosos procesos y la sociedad no evitará el estigma que le pueda causar el enjuiciamiento.

Por tanto, la posibilidad de alcanzar acuerdos Estado-persona jurídica debe poder erigirse en una alternativa eficaz para ambas partes frente al proceso penal tradicional. Por una parte, el Estado podrá ejercer antes el *ius puniendi*, la víctima —gran perjudicada ante la lentitud y complejidad de estos procesos penales— será reparada con mayor prontitud y la empresa tendrá la obligación de autorregularse inmediatamente. Asimismo, como contraprestación, la persona jurídica podrá evitar el perjuicio económico y reputacional que le pueda causar la exposición mediática generada por la imputación y, posteriormente, por un largo y costoso proceso penal.

Ante la problemática planteada, la adopción del principio de oportunidad en el proceso penal frente a personas jurídicas —e incluso en todo el sistema procesal penal— se convierte en una urgente necesidad. La disposición de la pretensión penal por parte del órgano acusador deviene imprescindible para el ofrecimiento de los acuerdos anteriormente estudiados.

Ello no obstante, —y para evitar situaciones arbitrarias— la apertura o no de juicio oral debiera determi-

narse conforme a la concurrencia de ciertos criterios previamente definidos, tales como, por ejemplo, los recogidos en las “*Prosecutorial Guidelines*” de los EEUU, cuales son 1) la naturaleza y gravedad del delito, 2) la generalización del delito dentro de la empresa, 3) el historial de la empresa respecto al mismo delito, incluyendo antecedentes penales, civiles y administrativos, 4) la oportuna y voluntaria denuncia del delito y la cooperación de la empresa en la investigación, 5) la existencia y eficacia del programa de cumplimiento adoptado de forma previa a la comisión del delito, 6) las acciones reparadoras llevadas a cabo por la empresa, 7) las consecuencias colaterales que pueda suponer el enjuiciamiento, especialmente para accionistas, trabajadores, etc. y 8) la posibilidad de imponer medidas alternativas que no tengan carácter penal. Por tanto, para decidir sobre el enjuiciamiento o no de la persona jurídica, así como ofrecer un acuerdo de sobreseimiento sometido a condición o libre (“DPA y NPA”) el instructor de la causa valorará los criterios conjuntamente pero en función del caso concreto —principalmente en atención a la gravedad y consecuencias del delito— podrá otorgar mayor peso a unos que a otros.

V. BIBLIOGRAFÍA

- COFFEE JR, J.C., “Deferred Prosecution: Has It Gone Too Far?” *The National Law Journal*, 25 de julio de 2005
- GIMENO BEVIÁ J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014
- GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, 2012
- GRUNER, R. S., “Three Painful Lessons: Corporate Experience with Deferred Prosecution Agreements” en *Practising Law Institute Corporate Law and Practice Handbook Series*, marzo-junio 2008
- ILLOVSKY, E., “Corporate Deferred Prosecution Agreements: The Brewing Debate”, *Criminal Justice*, verano 2006
- NIETO MARTÍN, A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Ed. Iustel, 2008
- NIETO MARTÍN, A., LASCURAÍN SÁNCHEZ, A., GARCÍA DE LA GALIANA, B., PÉREZ FERNÁNDEZ, P y CORDERO BLANCO, I. *Manual de cumplimiento normativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014

- O'REILLY, HANLON, HALL, JACKSON y LEWIS, *Punishing Corporate Crime*, ed. Oxford, 2009
- PAULSEN, E., "Imposing Limits on Prosecutorial Discretion in Corporate Prosecution Agreements", *New York University Law Review*, noviembre 2007
- SKLAIRE, M. R. y BERMAN, J.G., "Deferred Prosecution Agreements: What is the Cost of Staying in Business?", *Washington Legal Foundation*, Vol. 15, n.º 11, 3 de junio 2005.
- STAMBOULIDIS, G. A., & RESNICK, L. J. "Not the Usual Suspects", *NEW YORK LAW JOURNAL, WHITE COLLAR CRIME*, 18 julio 2005.
- WEISSMAN, A. & NEWMAN, D., "Rethinking Criminal Corporate Liability" *Indiana Law Journal*, primavera 2007.
- WONG, R. D., "Stigma: a more efficient alternative to fines in deterring corporate misconduct", *California Criminal Law Review*, octubre 2000.