

InDret Penal

Yates Memorandum

Parece el título de una película de suspense; pero no lo es. Se trata de una Circular que la Vice-Fiscal General de los Estados Unidos, Sally Quillian Yates, dirigió el pasado 9 de septiembre a diversas autoridades de la Fiscalía y de la Policía así como, en fin, a todos los fiscales del país. La Circular –de siete cómodas páginas– se ocupa de un tema que hace tiempo que ronda por los pasillos del *U.S. Department of Justice*: el de la responsabilidad de las personas físicas por los “delitos” o, más en general, por los ilícitos de las personas jurídicas (*Individual Accountability for Corporate Wrongdoing*).

El tema no sólo tiene que ver con las preocupaciones del Departamento de Justicia. También un sector de la doctrina norteamericana ha criticado que la criminalidad corporativa se acabe saldando mediante los *Non-Prosecution Agreements* o *Deferred Prosecution Agreements*, con una responsabilidad patrimonial de las personas jurídicas y, sobre todo, con la exclusión de la responsabilidad penal de personas físicas de relevancia dentro de la propia estructura organizativa de aquéllas.¹ Por lo que hace a la tradición continental europea, la idea central de la Circular constituye prácticamente una verdad de Perogrullo: a saber, que uno de los medios más eficaces de combatir la delincuencia corporativa es buscar la responsabilidad de las personas físicas que cometieron el injusto a todos los niveles y que, por tanto, procede hacer hincapié en este punto.

Claro está que se reconoce que en las grandes empresas la responsabilidad puede ser difusa (¿les suena: *organisierte Unverantwortlichkeit?*) y que, por ello mismo, cabe que resulte difícil, sobre todo en lo que se refiere a los altos ejecutivos, determinar si alguno de ellos posee todo el conocimiento y la voluntad necesarios para establecer su responsabilidad más allá de toda duda razonable. Nada que resulte muy distinto de lo que puso de relieve SCHÜNEMANN en su inmejorado libro *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, allá por 1979, cuando hablaba de los problemas generados por la escisión de los elementos del tipo en las estructuras jerárquicas empresariales.

En todo caso, el memorándum Yates subraya que el Departamento de Justicia va a incrementar sus esfuerzos ordenados a la identificación de las personas físicas responsables, a todos los niveles, de los delitos corporativos. Ello va a repercutir, de entrada, sobre el modo en que se configuran actualmente las investigaciones corporativas internas. Si las personas jurídicas

¹ Por ejemplo, UHLMANN, «Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability», *Maryland Law Review*, (72), 2013, pp. 1995 y ss., p. 1301, criticando su incidencia en casos en los que la gravedad de los hechos haría precisa la efectiva responsabilidad de las personas físicas y jurídicas; asimismo, MITCHELL, «Deferred Corporate Prosecution Agreements as Corrupt Regime: The Case for Prison», *Case Research Paper Series in Legal Studies*, (6), 2015 (accesible en <http://ssrn.com/abstract=2558748>). Aportando datos empíricos que lo evidencian, GARRETT, «The Corporate Criminal as Scapegoat», *University of Virginia School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, (7), 2015 (accesible en <http://ssrn.com/abstract=2557465>).

quieren de verdad beneficiarse de la atenuante de colaboración, deberán revelar todos los datos inculpatorios referidos a todas las personas físicas intervinientes en el delito de empresa. Como se dice de modo gráfico: *"Companies cannot pick and choose what facts to disclose"*. Así que las investigaciones internas no volverán a ser lo que –parece ser– eran. Para evitar que la información proporcionada por la empresa busque minimizar el papel desempeñado en los hechos por una o varias personas físicas, se establece que los fiscales no podrán ser meros receptores pasivos de información. Al contrario, se trata de que intervengan de modo proactivo –en función de las circunstancias– antes, durante o después de la colaboración empresarial. A partir de ahí, cualquier acuerdo con la persona jurídica tendrá lugar bajo la condición de que no se hayan producido déficits en la entrega de información; un incumplimiento determinará las sanciones que se estipulen.

Pisando, de nuevo, tierra bastante conocida entre nosotros, se establece que las investigaciones de la Fiscalía se dirigirán desde el mismo momento de su incoación contra individuos: *"Because a corporation only acts through individuals, investigating the conduct of individuals is the most efficient and effective way to determine the facts and extent of any corporate misconduct"*. Sí, sí, Ud. y yo estamos pensando lo mismo: (¡!). Obviamente –diría uno– se añade que no se llegará a ningún acuerdo con personas jurídicas que conlleve la disminución de las pretensiones punitivas dirigidas contra directivos o empleados de la compañía. Los plazos de prescripción deberán ser tenidos muy en cuenta a este respecto.

La descripción del tenor del memorándum podría seguir; pero creo que no es preciso. Parece claro que conlleva un golpe de timón en el *American Way* de afrontar la delincuencia de empresa y que, de algún modo, se vuelve al principio: a dar prioridad a la responsabilidad individual. Muchos de nosotros tan ufanos hablando de la identidad corporativa, del *"ethos"* y el *"pathos"* de la persona jurídica, de su ciudadanía... Tan contentos con que la eximente de Modelos de Prevención de Delitos de julio 2015 supuestamente reforzaba esa idea de autorresponsabilidad y, al final, resulta que los americanos nos salen con que hay que centrarse en los individuos y, en especial, en los administradores y directivos. O sea, en lo de siempre. ¿Acertarían quienes en 2009 hablaban de que hacía un siglo que Estados Unidos dio un gigantesco paso atrás?² Sally Q. Yates les da, siquiera en parte, la razón.

Jesús-María Silva Sánchez

² HASNAS, «The Centenary of a Mistake: One Hundred Years of Corporate Criminal Liability», *American Criminal Law Review*, (46), 2009, pp. 1329 ss.; ALSCHULER, «Two Ways to Think About the Punishment of Corporations», *American Criminal Law Review*, (46), 2009, pp. 1359 ss., p. 1363: *"The year 2009 marks the centennial of a giant step backwards"*; también, BAER, «Organizational Liability and the Tension Between Corporate and Criminal Law», *Journal of Law and Policy*, (19), 2010, pp. 1 y ss.