
REVISTA DE DERECHO UNED, NÚM. 27, 2021

PRIMER ACCÉSIT

LA ALTERNATIVA AL JUICIO EN LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

ALTERNATIVES TO THE TRIAL ON THE CRIMINAL LIABILITY
OF LEGAL ENTITIES

LUIS LAFONT NICUESA

Fiscal. Fiscalía General del Estado.
Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales

Sumario: *I. El modelo norteamericano de desviación del juicio. A. Conceptos y diferencias entre los «Deferred Prosecution Agreements (DPA) y los «Non Prosecution Agreement (NPA). B. Beneficios. C. Problemas y algunas soluciones. II. La exportación del sistema norteamericano a otros países y sus particularidades. III. Los DPA como instrumentos clave para investigaciones transnacionales conjuntas por corrupción. IV. Conclusiones.*

Resumen: Hace ya diez años que la responsabilidad penal de la persona jurídica se introdujo en nuestro país como la gran innovación que en siglos ha experimentado nuestra dogmática penal. A los problemas conceptuales, que supone tener que investigar a entes sin cerebro humano y que no pueden ir a prisión, se unen problemas prácticos de escasez de medios personales y materiales de las autoridades para adentrarse en los intrincados caminos laberínticos de corporaciones complejas y generar pruebas de calidad. España parte de una desventaja como es que todavía no ha incorporado a su sistema legal formulas procesales de desviación del juicio, que permitan a un fiscal suspender la acusación si se cumplen unos requisitos de pago de multa y compromiso de adoptar medidas de reforma interna en la empresa. El objeto del presente trabajo es estudiar las al-

ternativas al juicio que se siguen en diferentes países y generar un debate sobre la viabilidad en España como medio de potenciar la autodenuncia en las empresas y la participación de España en investigaciones internacionales conjuntas.

Palabras clave: empresa, Fiscalía, desviación del juicio, discrecionalidad, control judicial.

Abstract: Ten years ago, criminal liability of the legal entities was introduced in our country as the most relevant innovation that our criminal dogmatics have undergone for centuries. Practical issues of shortage in human and material resources for entering into the labyrinth of complex corporations and for gathering substantial evidence are added to the conceptual problems that involve investigating entities, which have no human brain and which cannot be convicted to imprisonment. Spain starts from a disadvantage for not having yet introduced in its legal system resources allowing the Prosecutor to waive charges if the requirements of the payment of a fine or of the compromise of adopting internal measures within the company to prevent criminal reiteration are fulfilled. The aim of the present paper is to study the different alternatives to the judgment followed in other countries and to encourage a debate about the viability of a criminal self-report within the companies and the participation of Spain in joint international investigations.

Key Word: Corporate, Prosecutor office, divert of the trial, margin of appreciation, judiciary supervision.

I. EL MODELO NORTEAMERICANO DE DESVIACIÓN DEL JUICIO

A. Conceptos y diferencias entre los «Deferred Prosecution Agreements» (DPA) y los «Non Prosecution Agreements» (NPA)

El sistema jurídico estadounidense es el escenario procesal idóneo para articular fórmulas de desviación del juicio siendo el país en

que con más éxito se están empleando¹. Entre acusar y no acusar, nos encontramos como principales² alternativas con:

- El DPA: El fiscal presenta cargos criminales en los tribunales contra la empresa, pero acepta renunciar a los mismos y no acusar una vez que la corporación cumple con los términos del DPA. Su contenido incluye normalmente las ganancias, una multa, un acuerdo para cooperar con la investigación en curso, una admisión de conducta injusta, la renuncia al statute of limitation³, reformas internas entre las que destaca la adopción de un programa de cumplimiento normativo y en ocasiones el nombramiento de un monitor. Si se incumple, la acusación seguirá su curso.

¹ Cuyos dos parámetros básicos son, de un lado, la amplia discrecionalidad de los fiscales para judicializar un caso criminal y, de otro, la concepción del delito como un conflicto entre el Estado y un particular, de modo que si el primero decide que tal conflicto no existe, no cabe juicio alguno.

² Hay otros vehículos que buscan eludir el juicio pero de difícil diferenciación con los NPA como son los «Desagrement Agreement». Los mismos surgen de un programa piloto adoptado en el 2016 por el Department of Justice (DOJ) en el ámbito de la vulneración de la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) por sobornos a funcionarios públicos en el extranjero. En el 2017 pasa a ser una política estable del Departamento aplicable únicamente en el marco de la corrupción de funcionarios públicos en el extranjero. Los DOJ al igual que los NPA ofrecen declinaciones de acusación a aquellas empresas que se autodenuncian, cooperan y corrigen. La adopción de programas de compliance tiene un valor secundario frente a la cooperación. También encontramos el «Renunciation and Remediation Agreement» cuyo contenido es igual que el de un NPA pero que no se le denomina así por razones de imagen ante la opinión pública. Como señala GORDON, Y. «How and why Congress should bar the use of deferred and non-prosecution agreements in corporate criminal prosecutions», *Harvard Journal on Legislation*, vol.52, nº2, 2015 p.561 en el 2014, el DOJ entró en un R&R con SunTrust Mortgage Inc por una mala conducta en el marco de unas ejecuciones hipotecarias injustas. El DOJ no lo llamó DPA para evitar la indignación pública en un tema muy sensible. Están los «Corporate Integrity Agreements» adoptados por los Departamentos de Defensa en 1986 y los de Salud y Servicios Humanos en 1994. Bajo esta figura, las empresas que hacen negocios con esas agencias federales y revelan fraudes y otras irregularidades, proporcionan informes periódicos durante un período de cinco años e incorporan programas de cumplimiento, no serán acusadas y podrán seguir las contrataciones con estas agencias. En el 2003, el DOJ entró en un «Conditional Leniency Agreement» con Stolt-Nielsen, S.A, una empresa naviera por infracción de las leyes de monopolio. Su contenido realmente es el de un NPA.

La «Amnesty». En agosto de 1993 la División Antimonopolio del DOJ instituyó una política de cooperación corporativa mediante la que una empresa recibe una amnistía si es la primera en presentarse a denunciar actividades ilegales anti-competitivas con otras empresas, coopera con la investigación del gobierno e indemniza a las partes perjudicadas.

³ Una institución similar a la prescripción. Quienes entran en un DPA o NPA aceptan que pueden ejercerse acusaciones tardías.

— El NPA: es similar a un DPA en que el fiscal y el demandado corporativo celebran un acuerdo en el que la corporación acepta cooperar con el gobierno, renunciar al statute of limitation y tomar medidas correctivas para corregir sus malas acciones. Sin embargo, no se presentan cargos ante el tribunal contra el demandado. El NPA no llega al juez por lo que, a diferencia del DPA, no tiene la espada de Damocles que supone la presencia de una acusación ante el tribunal por formal que sea y suspendida que esté. Al no ir al juez, los NPA son menos extensos y detallados que los DPA. En los NPA, hay un potencial de mayor privacidad ya que al intervenir sólo las partes, hay menos posibilidades de que se filtre a la opinión pública lo que puede suponer un atractivo para la empresa⁴. Asimismo, los NPA proyectan sobre los mercados un mensaje de que la empresa es menos culpable⁵. Si el NPA se incumple se elaborará un escrito de acusación y se presentará ante el Juzgado.

El «plea agreement» es como la conformidad del sistema español. Se reconoce la responsabilidad y la fiscalía reduce la pena, pero a diferencia del DPA y NPA hay un ejercicio de la acción penal y una supervisión judicial sobre sus términos.

B. Beneficios

Las principales ventajas de los DPA son:

— Evitar los daños colaterales que derivan de una acusación del fiscal: Así, cabe destacar que en el otoño de 2001, cuando estalló el escándalo Enron por sus prácticas contables, la empresa Arthur Andersen que tenía en Enron a uno de sus clientes principales, comenzó a destruir múltiples documentos relacionados con sus transacciones con dicha entidad. La fiscalía acusó a Andersen por un delito de obstrucción a la justicia al estimar que dichos documentos podían ofrecer evidencias incriminadoras de los delitos cometidos por Enron. Tras presentarse la acusación, los socios y clientes de Andersen comenzaron a abandonar la empresa. Andersen fue condenada si bien la Sentencia se revocó por la Corte Suprema por razones

⁴ CINDY R.A y YOON-HO, A.: «Non-Prosecution of Corporations: Toward a Model of Cooperation and Leniency », *North Carolina Law Review*, vol. 96, nº3, 2018, págs.872-873.

⁵ PAULSEN, E.: «Imposing limits on prosecutorial discretion in corporate prosecution agreements», *New York University Law Review*, vol.82, nº5, 2007, pág.143.

formales⁶. No obstante, ya no había caso. La empresa había desaparecido, dejando a decenas de miles de trabajadores sin empleo⁷.

El caso Andersen generó el llamado «efecto Andersen» o la creencia asentada como dogma de fe en el mundo empresarial de que una acusación de la fiscalía equivale a la muerte de la empresa. La culpabilidad o inocencia resultan totalmente irrelevantes porque llegarán con una empresa destruida por una acusación del fiscal. Esta convicción, señala la doctrina norteamericana, supone un factor de desequilibrio en la negociación fiscal-empresa en que esta última atemorizada por el «efecto Andersen» aceptará cualquier cláusula que se le ponga encima de la mesa antes de ir a juicio por abusiva que sea ya que siempre será más beneficiosa que una desaparición segura⁸.

El DOJ recibió numerosas críticas tras Andersen, reprochándosele una compulsión acusatoria insensible a los perjuicios que la desaparición de la empresa produciría en decenas de miles de ciudadanos estadounidenses inocentes⁹. Ello cimentó la creencia del

⁶ Como explica VILLEGAS GARCÍA, M.A.: «Los acuerdos con la persona jurídica investigada. El modelo anglosajón y su viabilidad en nuestro sistema procesal», *Centro de estudios jurídicos*, Madrid, 2018, pág.13, las instrucciones que dio el juez del caso fueron erróneas al indicar al jurado que la empresa era responsable siempre que hubiera sido beneficiada, aunque fuera parcialmente «La compañía, pues, podía ser penalmente responsable, aun cuando el acto constitutivo de delito que hubiera cometido la persona física —en este caso la destrucción de documentos— fuera contrario a la política de la firma o contraviniera instrucciones expresas dadas por sus directivos ; añadiéndose, que esta persona no tenía por qué ser un alto directivo de la entidad para que su comportamiento fuera atribuible a la compañía. Ni siquiera se exigió al jurado que dicha persona estuviera perfectamente identificada».

⁷ Sólo en Estados Unidos, 28.000 personas perdieron sus trabajos aunque únicamente un porcentaje muy reducido tuvo algo que ver en la destrucción de documentos.

⁸ GORDON, Y.: DPA, op.cit., pág.547 resalta el desequilibrio que supone la libertad de los fiscales de negociar con amplios márgenes de maniobra y el de la empresa de hacerlo a la sombra de la muerte. El escenario para la empresa de no llegar a un NPA o DPA es desolador. ZIERDT, C y PODGOR, E.S.: « Corporate Deferred Prosecutions through the Looking Glass of Contract Policing» *Kentucky Law Journal*, vol. 96, n°1, 2007, pág.38 manifiestan como incluso las empresas que no se enfrentan a la pérdida de clientes o a la inhabilitación lo hacen a potenciales amenazas civiles paralizantes.

⁹ Como sostiene MARKOFF, G. : «Penalty: Corporate criminal convictions in the twenty-first century», *Journal of business law, University of Pennsylvania*, vol. 15, n°3, 2013, pág.805, Andersen ganó la batalla pírrica de las relaciones públicas «La estrategia de defensa de Andersen había girado fuertemente sobre una campaña de relaciones públicas en la prensa popular; incluso mientras el juicio estaba en curso, la empresa criticó en voz alta las acciones de la fiscalía como una caza de brujas ». Tales críticas resultan injustas si partimos de que como relata uno de los fiscales de Andersen, BUELL, S.W.: «Capital Offenses: Business Crime and Punish-

gobierno en la prioridad de proteger los puestos de trabajo, potenciando los mecanismos de desviación de juicio. Lo resume muy bien una celebre conferencia de BREUER¹⁰, ante el Colegio de Abogados de Nueva York, quien elogió a los DPA por dar al gobierno la posibilidad de obtener acuerdos en situaciones en las que «los fiscales con anterioridad se enfrentaban a una dura elección cuando se encontraban con una corporación que había incurrido en mala conducta, acusar o alejarse de la acusación...Personalmente siento que es mi deber considerar si empleados individuales sin responsabilidad o conocimiento de la mala conducta cometida por otros en la misma empresa perderán su sustento si acusamos a la corporación. En grandes empresas multinacionales, los puestos de trabajo de decenas de miles de empleados pueden estar en juego. Y, en algunos casos, la salud de una industria o los mercados son un factor real. Esos son los tipos de consideraciones en los casos de delitos de cuello blanco que literalmente me mantienen despierto por la noche»¹¹.

Como consecuencia, Andersen supuso un sustancial incremento del empleo de los NPA y DPA en el ámbito de la delincuencia corporativa¹².

ment in America's Corporate Age», W W Norton & CO, Estados Unidos, 2016, edición electrónica, hubo hasta tres ofertas de DPA rechazadas por la entidad que no estaba dispuesta a asumir culpa alguna. MARKOFF, op.cit., pág.804 pone de manifiesto como «Evitar el enjuiciamiento sin admitir la culpabilidad era crucial para las posibilidades de supervivencia de la empresa porque Andersen había admitido previamente su participación en numerosos esquemas fraudulentos anteriores. En 1996, aceptó un DPA y poco antes del desastre Enron, la Securities and Exchange Commission (SEC) había censurado a Andersen por violación de la leyes federales de valores. Cualquier reconocimiento de culpa habría dañado más su reputación».

¹⁰ Entonces Jefe de la División Criminal del Departamento de Justicia y Fiscal General Adjunto.

¹¹ Como indica GARRETT, B.L.: «Structural reform prosecution», *Virginia Law Review*, 2007, vol. 93, n°4, 2007, pág.901, La necesidad de evitar los daños colaterales «es la razón de que una fiscalía con un poder abrumador de procesar a las organizaciones empresariales decida dar un enfoque más indulgente y articular una «entente cordiale».

¹² Es cierto que las herramientas de desviación al juicio no eran desconocidas para el DOJ con anterioridad a Andersen. El primer NPA se formalizó en el año 1992 entre el DOJ y el banco de inversión Salomon Brothers pero su número se incrementó de forma sustancial tras Andersen y ha proseguido de manera imparable. Siguiendo a PRIETO GONZÁLEZ, H.M.: «El blanqueo de capitales en su vertiente penal. La responsabilidad de las personas jurídicas», *Centro de Estudios Jurídicos*, Madrid, 2017, págs.13-14, tras Andersen, el número de DPA y NPA se multiplicó por más de 12 entre los años 2000 y 2012. UHLMANN, D.M.: « The Pendulum Swings: Reconsidering Corporate Criminal Prosecution», *University of Michigan Law School*, vol.49, n°4, 2016, pág.1237 describe como los DPA comenzaron con la administración Bush y se volvió dominante durante la administración Obama en que la Divi-

- Ahorrar costes y tiempo de investigación: Otro efecto beneficioso de los DPA y NPA es que la empresa se convierte en un socio investigador del gobierno lo que permite al fiscal no tener que volcar todos sus recursos disponibles en dicho caso y emplearlos en otros asuntos, reduciendo personal y gastos¹³. La investigación de crímenes corporativos ante una empresa no colaboradora con equipos jurídicos experimentados y tenaces es una garantía de que las investigaciones serán lentas¹⁴.
- Evitar riesgos procesales de absoluciones: Un DPA evita a la acusación tener que exponer en sala asuntos complejos y farragosos sobre grandes organizaciones con esquemas regulatorios complicados, no siempre de fácil comprensión para los jurados y con responsabilidades atomizadas entre consejos de administración, directivos superiores, cargos intermedios y empleados que dificulta vincular los hechos con los autores del crimen¹⁵.

C. Problemas y algunas soluciones

No todo en los NPA y DPA son ventajas. Hay numerosas críticas doctrinales por las siguientes razones:

sión Criminal del Departamento de Justicia entró en DPA y NPA en más de dos tercios de los casos corporativos resueltos entre 2010 y 2012.

¹³ Como pone de manifiesto YANGMING, M.: «Deferred/ Non Prosecution Agreements: Effective Tools to Combat Corporate Crime», *Cornell Journal of Law and Public Policy*, vol.23, n° 1, 2013, op.cit., pág.250 el pago de los gastos procesales del gobierno muy raramente se reconoce por los jurados en los asuntos que llegan a juicio, aunque resulten sentencias condenatorias.

¹⁴ YANGMING, op.cit., pág.243 ilustra esta afirmación con el ejemplo de dos casos vinculados al fraude del programa DBE (Disadvantaged Business Enterprises), creado por el Departamento de Transporte de Estados Unidos para empresas gestionadas por personas tradicionalmente desfavorecidas (como grupos raciales minoritarios). El programa DBE exige a las empresas que aspiran a ganar ofertas de proyectos públicos de transporte estatal y local que asignen ciertas partes del contrato «comercialmente útiles» a empresas calificadas como DBE. Si la empresa obtiene un contrato de obra en este programa y no subcontrata con una DBE o lo hace sólo formalmente, incurre en un fraude delictivo. En un NPA suscrito por Schiavone Construction con la Oficina del Fiscal de los Estados para el Distrito Este de Nueva York, las investigaciones comenzaron en 2006, la colaboración de la empresa empieza en septiembre de 2008 y cuatro años y nueve meses después se firmó el NPA. El segundo supuesto, de idéntica complejidad y por el mismo delito, la empresa Turio se negó a cualquier acuerdo y desde el inicio de la investigación hasta la Sentencia condenatoria, U.S. v. Tulio, 06-cr-00133-1 (E.D.Pa. 2006), transcurrieron más de siete años.

¹⁵ En este sentido, PAULSEN, op.cit., pág.1459.

- Sensación social de impunidad: Los NPA y DPA se perciben en amplios sectores de la doctrina y opinión pública estadounidense como trajes a medida hechos para que grandes corporaciones eludan el juicio y sus directivos eviten la prisión, situación descrita popularmente como «too big to jail»¹⁶. Ello contrasta con el trato dado a pequeñas empresas que deben llegar a acuerdos de culpabilidad o ir a juicio y a los delincuentes físicos que causan daños inferiores y que acaban en prisión¹⁷.

Hay dos casos emblemáticos en que el «too big to jail» alcanzó su cúspide, conmocionando a la sociedad estadounidense. El primero fue el DPA alcanzado por el DOJ con el banco HSBC¹⁸. De un lado, la filial mexicana de la entidad consintió que las cuentas del banco se utilizaran por los cárteles de la droga más grandes y notorios del Centro y del Sur de América. Asimismo se produjo una vulneración sistemática de las sanciones del Departamento del Tesoro, ya que HSBC eludió las sanciones de la Office of Foreign Assets Control (OFAC) para todo un elenco de estructuras que incluían figuras del crimen organizado, presuntos terroristas y entidades vinculadas a Irán¹⁹, Siria, Cuba y Corea del Norte. Los delitos cometidos fueron impresionantes tanto por las cantidades en juego²⁰ como por la ex-

¹⁶ Demasiado grande para la cárcel.

¹⁷ YANGMING, *op.cit.*, pág.236 refleja como hay un contraste entre los DPA y NPA en el ámbito corporativo con el celo del DOJ con los delincuentes callejeros, quienes son a menudo encarcelados por cometer robos, y otros delitos comunes de la calle, aunque el dinero real sustraído y los daños pueden ser relativamente minúsculos. También GORDON, *op.cit.*, págs. 544 y 553 incide en que en el público percibe los DPA corporativos como tratos amorosos dados a empresas demasiado grandes para prisión «...siendo el resultado el mismo que cuando los individuos ricos y poderosos eluden el juicio, la gente comienza a pensar, como existen dos sistemas de justicia: uno para la élite, y otro para el resto. Con el tiempo, el sistema de justicia sobre el que se basan nuestros ideales se escapa con cada DPA».

¹⁸ GORDON, *op.cit.*, págs.551-552.

¹⁹ Otro caso menos conocido relatado por XIAN, K.: « The Price of Justice: Deferred Prosecution Agreements in the Context of Iranian Sanctions», *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, vol.28, n° 2, 2014, pág.664 es el DPA entre el DOJ y Standard Chartered que al igual que HSBC alteró las transacciones bancarias para ocultar la identidad de sus clientes iraníes « El DOJ ha utilizado constantemente los DPA para proteger a los bancos de las consecuencias más graves de «comerciar con el enemigo»... Si la entidad hubiera sido castigada a través del sistema penal tradicional, hubiera corrido el riesgo de ser excluida del programa estadounidense del seguro de depósito federal... El DOJ salvó el banco sin preocuparse mucho sobre como incumplió el régimen sancionador con Irán».

²⁰ Más de un billón de dólares. HSBC admitió el blanqueo de 881 millones de dolares de dinero de drogas a través de HSBC México y 660 millones en transacciones que violaron las reglas de la OFAC.

tensión del mal dentro de la empresa²¹. El anuncio del DPA fue un escándalo, viéndose como un estímulo para la delincuencia²².

El segundo supuesto fue un delito medio-ambiental. El 5 de abril de 2010, una explosión en la mina Upper Big Branch en Virginia Occidental causó la muerte a 29 mineros. Dicha mina pertenecía a la empresa Massey Energy. La investigación llevada a cabo por Health Administration (HA) concluyó que los trabajadores murieron a causa de una explosión que era «totalmente prevenible». La HA identificó en la mina más de 300 violaciones de la Mine Safety and Health Act, incluidas nueve violaciones flagrantes que contribuyeron a la explosión. La empresa carecía de medidas de seguridad, de un plan de cumplimiento normativo efectivo e incurrió en delitos federales al eludir las inspecciones de seguridad a través de un sistema de doble documentación²³. Por otro lado, tenía un abultado historial de sanciones previas. En el 2011, el DOJ alcanzó un NPA con Alpha Natural Resources Inc, la nueva titular de la mina por un total de 209 millones de dólares y el compromiso de mejorar su programa de cumplimiento. UHLMAN²⁴ critica que la empresa nunca admitió su responsabilidad ni se dio audiencia a las víctimas.

Además de estos casos concreto, el «too big to jail» se ha asociado también a la falta de intensidad acusadora del DOJ durante la crisis financiera del 2008 y al empleo rutinario de los DPA en delitos graves y claros vinculados a estafas bancarias²⁵.

²¹ Por ejemplo, el propio Jefe de Cumplimiento Normativo permitió que las ramas de Europa y Oriente Medio del banco continuaran con sus actividades de incumplimiento, justificándolo en la necesidad de aprovechar «oportunidades comerciales significativas».

²² El New York Times en un editorial clásico « Too big to Indict», 2012. proclamó que el acuerdo fue « un día oscuro para el estado de derecho.». El senador Chuck Grassley calificó la acción del DOJ como «inexcusable», sugiriendo que el fracaso de enjuiciar a HSBC pone vidas estadounidenses en riesgo. La justificación del Fiscal General Holder se centró en la necesidad de evitar efectos colaterales. Señala el Fiscal como «Me preocupa que el tamaño de algunas de estas instituciones se conviertan en tan grandes que nos resultan difíciles procesarlas cuando nos golpean con indicaciones de que si presentamos una acusación penal, tendrá un impacto negativo en el economía nacional, tal vez incluso en la economía mundial. Creo que eso está en función del hecho de que algunas de estas instituciones se han convertido en demasiado grandes. Una vez más, no estoy hablando de HSBC, esto es más un comentario general. Creo que tiene una influencia inhibitoria».

²³ Una interna y otra que presentaban a los inspectores.

²⁴ Op.cit., p.1300.

²⁵ Infracciones evidentes que acreditan como dice Uhlman, op.cit., p 1237 que las instituciones financieras y los responsables de esas compañías tomaron riesgos innecesarios y conductas que pusieron en peligro la economía global. MARTIN. E.W.: «Deferred Prosecution Agreements: Too Big to Jail and the Potential of Judicial Oversight Combined with Congressional Legislation», *North Carolina Ban-*

- Presencia de cláusulas abusivas: Uno de los puntos más polémicos en la materia han sido las exigencias de la fiscalía de incorporar a los DPA como parte del deber de cooperación de la empresa, la renuncia al arraigado privilegio en el sistema norteamericano de la relación abogado-cliente y el producto de su trabajo²⁶. Tales decisiones de la fiscalía parten del Memorandum Thompson²⁷ que fijó como un factor positivo para obtener un crédito de cooperación la renuncia por parte de la empresa, si fuera necesario, a dicho privilegio. Otras dos cláusulas que se incorporaban en ocasiones era que la empresa renunciara a pagar los gastos de defensa de sus empleados investigados por la comisión del delito o despidiera o sancionara a los empleados que en el ejercicio de su derecho constitucional a no autoincriminarse, no declararan ante los investigadores del gobierno. Hubo numerosas críticas²⁸ pero la situación se volvió realmente insostenible tras el caso KPGM. Esta empresa auditora tenía

king Institute, vol. 18, n° 2, 2013, págs.472-474 pone como ejemplo el DPA de 7 de enero del 2014 de 1,7 billones de dólares con el banco Morgan Chase por su papel en la estafa de Madoff. La entidad no fue procesada a pesar de hacer la « vista gorda» al plan delictivo y ayudar a Madoff a construir una «casa de cartas» . En el 2013 entró en un DPA con el mismo banco por un importe de 13 billones de dólares por la venta de hipotecas fraudulentas, la mayor sanción a una empresa por acciones relacionadas con la crisis. El DOJ siguió la práctica de llegar a acuerdos con las principales instituciones financieras en relación con el escándalo de fijación de tasas LIBOR. En junio de 2012, Barclays llegó a un DPA de 450 millones de dólares por aportar cifras falsas que influyeron en préstamos estudiantiles, tarjetas de crédito e hipotecas. UBS también entró en un DPA con el DOJ por el escándalo LIBOR y acordó pagar 1.500 millones de dólares tras una investigación del DOJ que reveló seis años de mala conducta por parte de 45 miembros de su personal que intentó influir en las tasas de interés. En todos los casos se evitó el enjuiciamiento.

²⁶ El privilegio blindo la información obtenidas en la esfera del vínculo jurídico abogado-cliente a la investigación del gobierno. Este derecho es básico en Estados Unidos si bien no sagrado ya que el mismo no puede utilizarse para perpetrar crímenes o fraude, pero una prueba del respeto casi reverencial que se le tiene es que prosigue tras la muerte del cliente como se indica en *Swidler & Berlin c. Estados Unidos*, 524 U.S. 399,403 (1998).

²⁷ El «*Principles of Federal Prosecution of Business Organizations Memorandum*» fue autorizado por el Fiscal General Larry Thompson en el año 2003 que se incorporó a las Organizational Guidelines del DOJ dentro del US Manual Attorney.

²⁸ La Asociación americana de abogados (American Bar Association) mostró su oposición a estas cláusulas como «prácticas y procedimientos que tienen el efecto de cercenar los derechos constitucionales y otros derechos legales». Se unieron al reproche la Asociación de Fabricantes (National Association of Manufacturers), la Cámara de Comercio de los Estados Unidos (U.S. Chamber of Commerce) y ex-procuradores generales de administraciones anteriores, tanto republicana y demócrata, que co-firmaron una carta pidiendo una derogación de la práctica seguida en el enfoque Thompson «*Ex-DOJ Officials Blast Current Policy: Letter Signed by Bell, Thornburgh, and Others Criticizes Approach Outlined in Thompson Memo*», *Legal Times*, 11 de septiembre de 2006.

una tradición consolidada de pagar los gastos de defensa de su personal, independientemente del costo y de si eran acusados finalmente del delito²⁹. Tras ser investigada por evadir impuestos federales, la empresa entró en negociaciones para un DPA con el DOJ. Durante la misma se planteó la cuestión del pago de los salarios a los empleados investigados. Tras aprobarse el DPA y aunque no se recogió expresamente en el contenido del acuerdo, KPMG, como consecuencia del «efecto Andersen» se negó a pagar dichos gastos para poder cumplir el requisito de mantener una cooperación continua y amenazó a los empleados con despedirlos si no hablaban con los investigadores.

En el juicio seguido contra los empleados, el Juez Lewis Kaplan³⁰ fue muy severo con la forma de actuar del DOJ al señalar que «KPMG se negó a pagar [los honorarios de abogados de las personas acusadas] porque el gobierno tenía un arma proverbial puesta sobre su cabeza. Si KPMG no hubiera sido presionada, habría pagado los gastos legales de estos acusados». El juez considera que la injerencia del gobierno lesionó el derecho los empleados a un juicio justo y a la asistencia efectiva del abogado, violando las Quinta y Sexta Enmiendas a la Constitución. Para el Juez la injerencia gubernamental «...crea una apariencia de improcedencia que disminuye la fe en la equidad del sistema de justicia penal en general».

Tras KPMG³¹ y como consecuencia de estas resoluciones, el DOJ dictó el Memo Mc Nulty³² que matizó que los fiscales únicamente podrían reclamar información sujeta al privilegio de la relación abogado-cliente si concurre «una necesidad objetiva» y si se pide, tal exención debe ser «lo menos intrusiva que sea posible». Asimismo, se indica que la negativa de la empresa no puede producir ningún efecto en la decisión de la fiscalía sobre si la empresa ha colaborado

²⁹ ZIERDT, C y PODGOR, E:S.: « Corporate Deferred Prosecutions through the Looking Glass of Contract Policing » .*Kentucky Law Journal*, vol. 96, n°1, 2007, pág.19 señala como «... se está pidiendo a la empresa que incumpla acuerdos negociados. Incluso premiándola con el beneficio de asegurar a la empresa un DPA si no tiene en cuenta contratos negociados lo que resulta inapropiado».

³⁰ Hubo dos sentencias, Estados Unidos contra Stein, 435 F. Supp. 2d 330, 336 (S.D.N.Y. 2006) y una segunda en que el juez desestimó las acusaciones contra 13 de los 16 empleados de KPMG, 495 F. Supp. 2d 390 (S.D.N.Y. 2007).

³¹ GORDON, op.cit., págs.547-548 , «El potencial de abusos como en el caso KPMG es sólo una parte de por qué los DPA amenazan el estado de derecho. Uno de los axiomas fundamentales de la tradición legal estadounidense es que ningún hombre será un juez en su propio caso; sin embargo, la capacidad del fiscal federal para dictar los términos de un acuerdo y decidir si y cómo hacer cumplirlos equivale a una peligrosa concentración de poder».

³² 2006.

y, ³³lo más importante se persigue una cierta uniformización de criterio entre los fiscales, porque las solicitudes de exención deben estar autorizadas por funcionarios del Departamento de Justicia del máximo nivel. Mc Nulty señaló también que los fiscales no debían fijarse en si la empresa paga los honorarios de abogados de los empleados salvo que con ello se pretenda obstaculizar una investigación criminal. Siguiendo la estela de Mc Nulty, el Memo Filip³⁴ prohíbe definitivamente la exención de privilegio abogado-cliente como un componente de la evaluación por parte del fiscal de la auténtica cooperación de una entidad comercial. Asimismo, como señala VILLEGAS GARCÍA³⁵ «el Memo contiene una especie de declaración general sobre el respeto que el Departamento de Justicia tiene hacia el privilegio de confidencialidad, animando a las entidades a denunciar aquellos comportamientos de los fiscales federales que pudieran violentarlo»³⁶.

- Las cláusulas «miscelaneas»: Otro grupo de cláusulas de los DPA han previsto de pagos financieros a personas o entidades no perjudicadas por el delito. En el DPA con Bristol-Meyers Squibb se incluyó como cláusula de pago financiero dotar con una cátedra de ética empresarial a la Seton Hall Law School, facultad de Derecho donde había estudiado el fiscal del caso³⁷. En un DPA con Operations Management International, Inc se incluyó un millón de dólares para ayudar a la asociación de alumni de la Academia de la Guardia Costera de los Estados Unidos y la entidad se comprometió a crear una cátedra en medio ambiente³⁸. En algunos casos no se vislumbran en es-

³³ PAULSEN, op.cit., pág.1441.

³⁴ Del año 2008.

³⁵ Op.cit.,pág.19.

³⁶ La solución del Memo Filip no es del todo satisfactoria para MARTIN. E.W, op.cit., pág.467 quien señala como la empresa está obligada a revelar información privilegiada en caso de que el gobierno considere que la información contiene «hechos relevantes».

³⁷ DELANEY, R.: «Congressional Legislation: The Next Step for Corporate Deferred Prosecution Agreements » , *Marquette Law. Review*, vol 93, nº2, 2009, pág.880 resalta como «Si bien es beneficioso para Seton Hall, no se avanza en los objetivos de castigo y disuasión del sistema de justicia penal». ZIERDT y PODGOR, op.cit., pág.3 inciden en que «Mientras la fiscalía señaló que dicha previsión fue incluida a propuesta de la empresa, el dato incuestionable era que se trataba de la escuela de Derecho en que el fiscal había estudiado»

³⁸ De forma similar, en el DPA con First Energy Nuclear Operating, la empresa se comprometió a financiar proyectos de servicio comunitario ambiental. Sobre estas cláusulas GARRETT, B.L.: op.cit., págs. 917-919 recuerda la precaución con el que las guías judiciales de sentencias miran las prestaciones en servicio de la comunidad no «directamente relacionados con el delito», y prohíben «exigir a un acusado que dote una cátedra en una universidad o que contribuya a una organi-

tas cláusulas ninguna razón de prevención del delito u otras circunstancias, por el contrario, obedecen a fines populistas y de ganar votos en las próximas elecciones a fiscal de distrito creando a través de los DPA auténticos programas electorales³⁹.

- DPA distintos para casos idénticos: Otra crítica está fundada en la arbitrariedad del sistema y la ausencia de criterios homogéneos de forma que supuestos iguales reciben respuestas diferentes por parte de la fiscalía.⁴⁰ En el caso Schiavone, la empresa fue requerida a reconocer que sus empleados participaron en un plan para defraudar a la Autoridad metropolitana de Nueva York a través de algunos de sus empleados alegando ficticias utilizaciones del programa DBE, es decir aparentando asignar partes del contrato a empresas integradas por personas desfavorecidas para ganar proyectos públicos de transporte. La empresa entró en un DPA, reconoció su culpabilidad y fue obligada a pagar 1,5 millones de dólares en reembolsos para el Gobierno. En una conducta sustancialmente igual ligada a un fraude en el programa DBE por presentar como subcontratista a una empresa integrada por personas desfavorecidas que luego no emplea de forma efectiva, la Oficina del Fiscal de los Estados Unidos para el Distrito Norte de Ohio entabló un NPA

zación benéfica local para evitar posibles abusos» si bien indica como las empresas participan voluntaria y activamente en su fijación por cuanto los servicios comunitarios tienen buena fama, suponen publicidad positiva y costes mínimos a las empresas, siendo una alternativa preferible a una gran multa. PAULSEN, op.cit., pág. 1462 se muestra más crítico al sostener que «Si un fiscal puede exigir la creación de puestos de trabajo en la comunidad local, o la constitución de una cátedra en una escuela de derecho favorecida, ¿qué límites existen, especialmente cuando una corporación bajo amenaza de acusación hará casi cualquier cosa para satisfacer al gobierno?». ORTIZ PRADILLO, J.C.: «Los delatores en el proceso penal», editorial Wolters Kluwer, 2018, pág. 365 expone como el pago de una cantidad de dinero a favor de entidades educativas, caritativas, etc. que nada tienen que ver con las víctimas del delito se interpreta de manera restrictiva porque puede crear conflictos de intereses reales o percibidos y otras cuestiones éticas, de modo que para estos supuestos se requiere la ausencia de víctimas identificables, así como un nexo entre el delito y el pago acordado.

³⁹ Es el caso del DPA acordado con el Centro médico Roger Williams, se requirió que el hospital proporcionaría 4 millones de atención a residentes de bajos ingresos sin seguro médico adicional. En el DPA con NYRA, los fiscales federales fijaron como condición que NYRA instalara máquinas tragamonedas («terminales de video lotería») en sus pistas de carrera. El DPA electoral alcanzó su cúspide con el Fiscal General de Oklahoma y MCI que incluyó un acuerdo de desarrollo económico por el que MCI crearía 1.600 empleos durante diez años en Oklahoma.

⁴⁰ YANGMING, op.cit., pág.246.

que no exigió que la empresa reconociera irregularidad alguna, limitándose la empresa a pagar una multa⁴¹.

- Injerencias de la fiscalía en la vida interna de las empresas. Los monitores de cumplimiento: Otro de los aspectos más polémicos de los DPA es que el deber de colaboración de la empresa tras la entrada en vigor del DPA ha generado poderes exorbitantes de la fiscalía sobre aspectos ligados a la dirección de la empresa⁴².

⁴¹ No es necesario que los delitos sean los mismos para apreciar la disparidad de criterios cuando la cooperación de la empresa con la fiscalía es la misma y no parece que la gravedad del delito justifique un trato distinto. PAULSEN, op.cit., págs.1459-1460 compara el NPA de la fiscalía con Shell Oil, que reconoció haber facilitado información errónea que costó a los inversores miles de millones de dólares con el DPA entablado otro con la empresa Monsanto, que reconoció estar implicada en cinco operaciones frustrada de prácticas corruptas en el extranjero. Ambas se autodenunciaron y cooperaron plenamente con la fiscalía. Mientras Monsanto se « quedó con la perspectiva desconcertante de llevar a cabo 36 meses de negocios bajo la sombra de un DPA y un monitor», a Shell Oil se le dio una charla en la que se le advirtió « salga y no peque más». Tampoco la gravedad del delito justifica un trato desigual. Señala el autor como Shell Oil «...costó a los inversores miles de millones de dólares, mientras que Monsanto, tiene una nube en forma de martillo que cuelga sobre su cabeza, admitió a un intento fallido de soborno de cinco cifras que, al final, sólo costó una».

⁴² La doctrina ha criticado los amplios poderes del fiscal. COFFEE JR, J.C.: «Deferred Prosecution: ¿Has It Gone Too Far?», *The National Law Journal*, 25 de julio de 2005, pág.13 destaca como «Poco hay que hacer si se quiere detener a un fiscal de poner como condición de un DPA que una junta directiva sin mucha diversidad se reconstituya con la mitad de mujeres y hombres y con un tercio de una etnia minoritaria. Los accionistas deben tener derecho a elegir a sus propios directores, la injerencia de los fiscales va más allá de su competencia o derecho». PAULSEN, op.cit., pág.1442, afirma como «Los fiscales no son hombres de negocios, y algunos comentaristas han cuestionado la sabiduría de permitir la intrusión de la fiscalía en el trabajo de las grandes corporaciones». También DELANEY, op.cit., pág. 884 entiende que «El proceso federal ha dado a los fiscales demasiada discreción para administrar y reorganizar la conducta cotidiana de la América corporativa, y no siempre lo hacen con éxito» y ARLEN, J y KAHAN, M.: «Corporate Governance Regulation through Non-prosecution», *University of Chicago Law Review*, 2016, pág.327 destacan la mutación de los fiscales en perseguidores del delito a «... cuasi reguladores específicos de las empresas. Los fiscales pueden imponer deberes específicos a un subconjunto de empresas con irregularidades, y hacen cumplir con estos deberes a través de sanciones por un mero incumplimiento de tales deberes, incluso si no se produce ningún delito sustantivo». Una visión más positiva es la de CUNNINGHAM, L.A.: «Deferred Prosecutions and Corporate Governance: An Integrated Approach to Investigation and Reform», *George Washington Law Faculty Publications*, vol. 65, n°1, 2013, págs.3 y 51 quien describe como la situación en que los fiscales exigen cada vez más reformas de gobierno corporativo en ejecución de un DPA ha dado lugar a que se acuñe el término «Prosecutors in the boardroom», fiscales en la sala de juntas. Para el autor los resultados pueden ser eficaces si el fiscal conoce a la empresa, « a sus accionistas. la orientación de la junta, los informes ejecutivos, los incentivos y la estructura formal de gobierno corporativo».

La designación de monitores de cumplimiento⁴³ busca descargar al fiscal de esta tarea de supervisión de la empresa, atribuyéndolo a personas más cualificadas en el conocimiento de la actuación empresarial. No obstante, los problemas han seguido. Acusaciones de nepotismo⁴⁴ e invasión de atribuciones de los socios⁴⁵ se han sucedido. Para corregirlos, el memorándum Benczkowski del 2018 detalla la naturaleza del monitor de cumplimiento y establece un completo procedimiento de selección. Configura al monitor, no como una sanción, sino como un instrumento preventivo cuya finalidad es evitar que la corporación recaiga en el delito. Es una figura excepcional⁴⁶ que se designará si el fiscal lo estima necesario tras valorar los beneficios potenciales que su empleo puede tener para la corporación y el público, así como su coste e impacto en las operaciones de la empresa⁴⁷. Se ponderará si el delito de la empresa ha implicado la manipulación de libros y registros corporativos o la explotación de un sistema inadecuado de controles internos, la generalización de la mala conducta y si la misma fue aprobada o facilitada por

⁴³ Su precedente se encuentra en la Ley RICO que preveía el empleo de monitores para supervisar a los sindicatos cuyos líderes han sido declarados culpables de estafa.

⁴⁴ El escándalo estalló en el 2007 cuando en el DPA alcanzado con la empresa de suministros médicos Zimmer Holding, el fiscal Carter Christie seleccionó cinco monitores, uno de los cuales fue su antiguo jefe, el fiscal general John Ashcroft, y la firma de consultoría de Ashcroft. Este acuerdo preveía que Zimmer pagaría hasta 52 millones de dólares en honorarios a la empresa de Ashcroft durante un periodo de solo 18 meses. Igual Ashcroft era la persona más competente para el puesto, pero el oscurantismo de la designación y la ausencia de cualquier supervisión judicial hizo inevitables y plenamente justificada la sombra de las sospechas de corrupción y amiguismo. MARTIN, *op.cit.*, pág.464 advierte también que las empresas explotan el sistema «porque pueden estar dispuestos a pagar más a los monitores para que sean más indulgentes con la empresa».

⁴⁵ DELANEY, *op.cit.*, págs.891-892 refiere como en el DPA con KPGM el monitor de cumplimiento independiente designado fue Richard Breeden, ex presidente de la SEC. El mismo tenía poderes exorbitantes; por ejemplo, gozaba de acceso ilimitado a la información de KPMG, como el correo electrónico, y la posibilidad de contratar personal. Lo más controvertido fue que despidió a socios culpables de nivel superior. GARRETT, *op.cit.*, pág.,898 expone que en el DPA entablado con Bristol-Myers Squibb, el monitor recomendó que la Junta despidiera al Director ejecutivo, no por un incumplimiento del DPA sino por una nueva investigación criminal sobre una disputa de patentes. En el DPA con BMS, el monitor y ex juez federal Frederick B. Lacey, comunicó a fiscalía que se recomendara a la Junta Directiva el despido del Director General y del Consejero General. Así se hizo aunque tal despido nada tenía que ver con la comisión de un delito, la violación de la cultura de la legalidad o con un incumplimiento del DPA.

⁴⁶ El fiscal Benczkowski recalcó en su discurso de presentación del memorándum que en los últimos cinco años sólo una de cada tres empresas tiene un monitor.

⁴⁷ El coste abarca tanto la retribución del monitor como la pérdida financiera que puede representar su actuación en la actividad de la empresa.

la alta dirección. Para el memorándum cuanto más colabore la empresa, menos se necesitará un monitor.

En cuando al procedimiento de designación se prevé que, dentro de los 20 días a la ejecución del DPA o NPA, la empresa propondrá por escrito tres candidatos que tengan las debidas cualificaciones⁴⁸ identificando a uno de los tres como la mejor opción. La empresa debe elaborar una declaración escrita de que los candidatos propuestos no son empleados de la entidad ni lo serán dentro de los dos años siguientes al fin del DPA. Así como que no existe conflicto de intereses de los candidatos con los clientes de la empresa. La División Criminal recomendará uno de los candidatos al Comité Permanente de selección de monitores⁴⁹ que examinará y votará si acepta la recomendación. La aprobación final corresponde al Fiscal General Adjunto.

- Decisión unilateral de fiscalía sobre cuándo se ha incumplido el acuerdo y ausencia de claridad en las razones que llevan a considerarlo vulnerado y sus consecuencias: Corresponde exclusivamente al fiscal decidir cuando se ha incumplido un NPA o DPA⁵⁰. Se critica también la falta de cualquier referente en la doctrina de la fiscalía sobre cuándo se debe entender incumplido un DPA o un NPA, lo que provoca una situación de inseguridad jurídica para las empresas⁵¹. En particular, surgen dudas de si se considera incumplimiento la vulneración de una cláusula menor del DPA⁵². Un ejemplo es el del DPA con First Energy Nuclear Operation Company que en el 2006 pagó 28 millones de dólares al DOJ en concepto de en multas y sanciones por violaciones de seguridad en sus instalaciones. El DPA incluía una cláusula por la que la empresa no podía poner en duda públicamente su culpabilidad. Posteriormente, la corporación presentó una reclamación de 200 millones de dólares a su aseguradora por los daños por corrosión que dieron lugar al

⁴⁸ Un «candidato calificado» se define por sus antecedentes generales, educación, experiencia y reputación; conocimientos especializados sustantivos en la(s) esfera(s) particular(es) en cuestión; capacidad de ser objetivo e independiente y el acceso a recursos adecuados para cumplir eficazmente con sus responsabilidades.

⁴⁹ El Standing Committee on the Selection of Monitors.

⁵⁰ Ello, como concluye TORRAS COLL, J.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*, n° 9443, 25 de junio de 2019, edición electrónica, convierte al fiscal en juez y parte y resta lógica al sistema.

⁵¹ DELANEY, op.cit., pág.887.

⁵² O las consecuencias de infracciones del DPA a cargo de un empleado aislado sin funciones de responsabilidad al margen de la directiva.

delito. La empresa vio sensiblemente perjudicada su situación ya que por miedo a incumplir el DPA, no pudo negar en juicio su responsabilidad por dichos daños.

La incertidumbre abarca también a las consecuencias del incumplimiento que en algunos casos se resuelve, imponiendo el fiscal una multa y/o prorroga de la duración del DPA⁵³ y en otros vuelve a activar la acusación y va a juicio sin dar explicación alguna.⁵⁴

Tampoco hay orientaciones precisas sobre cuando se estima cumplido el DPA⁵⁵. El exceso de discrecionalidad de la fiscalía en la materia deja a las empresas en una situación de vulnerabilidad si por entender incumplido el DPA o el NPA se reactiva la acusación y se celebra el juicio. La fiscalía puede utilizar en el proceso la declaración de culpabilidad que la empresa reconoció en el DPA o NPA incumplido.⁵⁶

— Ausencia de control judicial: Otro de los principales reproches al sistema norteamericano es que carece de un control judicial

⁵³ VILLEGAS GARCÍA, op.cit., pág.23 describe como en enero de 2016, el DOJ anunciaba formalmente, por primera vez, que se había producido un incumplimiento de un DPA alcanzado con la empresa Biomet en el año 2015 por sobornos en el extranjero. El DOJ señaló que la empresa había continuado con las prácticas ilícitas que se buscaban prevenir en el primer acuerdo. Detalló que Biomet había seguido manteniendo contactos con un distribuidor en México que había abonado sobornos en nombre de la empresa y que carecía de sistemas de control interno para evitar estas conductas. Como consecuencia del nuevo acuerdo alcanzado, la compañía se comprometía a abonar nuevas multas adicionales por importe de 17,4 millones de dólares y a continuar bajo la supervisión de un monitor independiente durante otros tres años.

⁵⁴ En Estados Unidos v. Stolt Nielsen, S.A., 524 F. Supp. 2d 609 (E.D. Pa. 2007), el Juez reprochó al DOJ revocar precipitadamente el acuerdo de inmunidad sin determinar que la empresa incumpliera el acuerdo o no adoptara medidas para poner fin a su actividad criminal. En consecuencia, desestimó la acusación. El DOJ no apeló. Con anterioridad, el tercer circuito había rechazado en Stolt-Nielsen, S.A. c. Estados Unidos, 442 F.3d 177 (3d Cir. 2006) que un tribunal pudiera examinar si un DPA se había vulnerado si dicha posibilidad no estaba prevista expresamente en el texto del acuerdo.

⁵⁵ Por ejemplo, el Standard Chartered Bank entró en un DPA de dos años en el 2012 por efectuar pagos a entidades ligadas a Birmania, Irán, Libia y Sudán, violando las normas sancionadoras de Estados Unidos. El DPA preveía continuar con la cooperación con los Estados Unidos y alcanzar un cumplimiento completo. La entidad hizo una declaración pública de que ha hecho progresos significativos pero que «todavía no ha alcanzado el estándar exigible», ampliándose el DPA hasta marzo del 2019.

⁵⁶ Como reflejan WRAY, C.A y. HUR, R.K.: «Corporate Criminal Prosecution in a Post-Enron World: The Thompson Memo in Theory and Practice», *The American Criminal Law Review*, vol.43, n° 3,2006. pág.1105 «El gobierno está armado con la admisión y todas las pruebas obtenidas de la cooperación, lo que hace que la condena sea prácticamente una conclusión inevitable».

que supervise la ausencia de presiones en la negociación y la proporcionalidad del acuerdo⁵⁷. Doctrinalmente se ha propuesto aplicar los precedentes judiciales en materia de contratos para supervisar cláusulas abusivas en los DPA⁵⁸.

Al margen de las formulas judiciales de supervisión indirecta que hemos visto⁵⁹ las escasas resoluciones de los jueces que han considerado que podían controlar de forma estable los DPA resultan muy cuestionables, no pudiendo fundar precedentes judiciales válidos sobre los que reclamar dicho control a cargo del tribunal. En el polémico DPA con HSBC ya analizado, el juez Gleeson supervisó y aprobó el acuerdo⁶⁰. Para ello se basó en la Speedy Trial Act (STA),

⁵⁷ A diferencia de los DPA y NPA los «plea agreement» sí son objeto de supervisión judicial. Como relata VILLEGAS GARCÍA, op.cit., pág.20, el juez ejerce ciertas facultades de control, destinadas fundamentalmente a asegurarse que es voluntario y que el acusado, en este caso una entidad, comprende suficientemente sus consecuencias. GARRETT, B.L, op.cit., págs. 901 y 923 señala como los tribunales comprueban también la base fáctica y si los términos del acuerdo cumplen con las guidelines judiciales, si bien en la practica los tribunales raramente rechazan un acuerdo a menos que a los acusados les negaran protecciones procesales mínimamente adecuadas o hubiera una gran desviación en la discrección del fiscal:

⁵⁸ ZIERDT, C y PODGOR, E. S, op.cit., págs. pp.21,-28 citan el precedente de *Santobello v. New York* 404 U.S. 257, 262 (1971), en que el Estado no se adhirió a una promesa negociada que había hecho al acusado como consecuencia de un «plea agreement». Tras llevar a cabo un análisis de la técnica contractual, el Juez señaló que aunque las circunstancias pueden variar cuando un fiscal hace una promesa, la misma debe cumplirse. Se cita la doctrina judicial que en materia contractual civil rechaza acuerdos injustos y unilaterales, poniendo límites a las partes con un poder de negociación superior a fin de que no puedan aprovecharse de la parte con menos poder. Se hace un elaborado análisis de conceptos como coacción moral, consistente en tomar ventajas indebidas del «estrés financiero» de la contraparte donde podría encajar el «efecto Andersen». No es infrecuente, en la esfera civil, que indicar que se va a acudir a un enjuiciamiento penal si no se suscribe el contrato se considere coacción (*Meech c. Lee*, 46 N.W. 383 (Mich. 1890). Una hipoteca suscrita por una madre para salvar a su hijo de ser acusado fue declarada nula en *Ingalls v. Neidlinger*, 216 P.2d 387, 391 (Ariz. 1950). También juega un papel importante la doctrina de la unconscionability por la que si el Tribunal civil llega a la conclusión de que no ha existido una verdadera negociación y la parte más fuerte ha dictado los términos del contrato derivando en una adhesión, el Tribunal está obligado a examinar con particular cuidado sus términos. *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585, 600-oi (1991).

⁵⁹ KPGM y Stolt Nielsen. En el primero en el juicio contra los empleado,, y en el segundo contra la empresa. En ambos se reprochan excesos de discrecionalidad del Fiscal. En KPGM el DPA siguió vigente. Los empleados pudieron ejercer acciones de responsabilidad civil contra la empresa.

⁶⁰ «Entendió que la multa era suficiente y que los planes de reforma instaurados y en marcha dentro del banco eran correctos. Gleeson llegó a la conclusión de que, «teniendo en cuenta el hecho de que una empresa no puede ser encarcelada, me parece que gran parte de lo que podría haberse logrado por una condena penal ha sido acordada en el DPA».

18 U.S.C. § 3161 que establece la necesidad de que el juez apruebe aplazar un juicio ante una petición escrita de las partes. Dicho aplazamiento tiene por objeto que el acusado pueda demostrar su buena conducta en cuyo caso el fiscal renuncia a acusar. La aplicación de esta norma presenta problemas. La misma está pensando en delinquentes primarios⁶¹ y no en crímenes corporativos. Asimismo, una doctrina consolidada entiende que la supervisión judicial sólo puede extenderse a verificar si bajo la petición de aplazar la vista hay una táctica dilatoria y no a controlar el contenido de acuerdos entre el fiscal y las partes⁶². En todo caso, un control judicial de los DPA no impediría que el Gobierno se refugiara en los NPA sobre los que resulta pacífico que no pueden ser objeto de control judicial alguno⁶³.

— Ausencia de previsiones legales o en las directrices de la fiscalía sobre las desviaciones del juicio: Ni la ley ni las directrices

⁶¹ Ese es el ámbito en que la Fiscalía ha empleado el DPA además de en menores de edad.

⁶² En este sentido GORDON, op.cit., págs.562-563 quien señala como Gleeson se fundó en la Speedy Trial Act, pero no fundó su poder de control en ningún estándar de revisión de dicha norma sino en una «autoridad supervisora». MARTIN, op.cit., págs.474-476 pone de manifiesto como el juez argumentó su control en que las partes le habían remitido el asunto por lo que se habían sometido a su autoridad y a un poder de supervisión inherente. Otros casos de supervisión judicial son la decisión del Juez Terrence Boyle del Distrito Este de Carolina del Norte que aprobó un DPA entre la Fiscalía de los Estados Unidos para el Distrito de Carolina del Norte y Wake Med Health and Hospitals por prácticas ilegales de facturación. El juez Jed S. Rakoff rechazó el 28 de noviembre de 2011, el acuerdo entre Citigroup Global Markets y la SEC, al entender que una multa de 285 millones de dólares era insuficiente y sobre todo porque la empresa no se había comprometido a llevar un a cabo un programa de reforma. No obstante estos ejemplos aislados, como nos dice NASAR, J.A.: « In defense of Deferred Prosecution Agreements», *New York University Journal of Law & Liberty*, vol.11, nº 2, 2017, págs. 885-886 ,los tribunales de circuito han intervenido mayoritariamente para frustrar cualquier intento de supervisión de los DPA. En *United States v. Fokker Servs. B.V.*, 818 F.3d 733 (D.C. Cir. 2016), el Juez concluyó al revisar los términos de los DPA que los jueces sólo deben buscar violaciones de la Speedy Trial Act por maniobras dilatorias de las partes y que nada permite ejercer una supervisión continua de los DPA. En la sentencia revocada, *States v. Fokker Servs. B.V.*, 79 F. Supp. 3d 160 (D.D.C. 2015), el juez consideró que el tribunal debía actuar íntegramente y por tanto podía controlar abusos en la discrecionalidad de la fiscalía. Concluye el autor que siendo poco probable encontrar precedentes judiciales sobre los que fundar un control por parte de los jueces, hay que acudir a una reforma legal si se desea establecer un sistema de control judicial.

⁶³ En este sentido, GORDON, op.cit., pág.564, quien afirma como el control judicial de los DPA sería impotente para impedir que el Gobierno acudiera al NPA y que en tal caso la supervisión judicial «sería un tigre de papel». Indica como «El juez Gleeson reconoce que los NPA «no son asunto de los tribunales, porque no implican presentación de cargos penales, que tienen lugar totalmente fuera de la competencia de la corte».

de los fiscales establecen orientaciones claras. Estas últimas sólo enumeran los criterios a valorar por el fiscal para decidir acusar o no pero no para entrar en mecanismos alternativos al proceso⁶⁴. Si bien la doctrina reclama una intervención del legislador en un sentido u otro⁶⁵ e iniciativas legislativas dirigidas a establecer una regulación, éstas no han tenido éxito⁶⁶ con lo que persiste una situación de inseguridad jurídica⁶⁷.

La crisis doctrinal de las fórmulas de desviación del proceso se acrecienta al cuestionarse las bondades que justifican su existencia. Se señala por un lado que el «efecto Andersen» es un mito no acreditado que se basa en un caso anecdótico y que los fiscales pueden acusar a grandes corporaciones sin miedo a provocar efectos devas-

⁶⁴ Tampoco los memorándums de fiscalía son vinculantes para los fiscales según señala DELANEY, op.cit., págs.896-900 quien reprocha que no siguieran los criterios fijados en el memorándum Mc Nulty sobre los requisitos a seguir para exigir la renuncia al privilegio abogado-cliente que fueron ignorados en el DPA entablado con Aga Medical Corporation del 2008 en el que se impuso la renuncia al privilegio en todo caso.

⁶⁵ MARTIN, op.cit., pág.478 propone regular legalmente los DPA modificando la STA estableciendo un control judicial que manifieste si los términos del DPA son justos y razonables y pondere si ha delinquido con anterioridad, si la empresa puede sobrevivir a la acusación y si el DPA es el menos intrusivo posible para obtener la rehabilitación de la empresa. REILLY, P.: «Sweetheart Deals, Deferred Prosecution, and Making a Mockery of the Criminal Justice System: U.S. Corporate DPAs Rejected on Many Fronts», *Arizona State Law Journal*, nº 113, 2018, pág.1170 entiende necesaria una previsión legal que además de permitir a un tribunal o autoridad similar revisar los términos del acuerdo, garanticen que todos los DPA y NPA se publiquen y se pongan a disposición del público. GORDON, op.cit., págs.564-565 opta porque legalmente se acabe con los DPA para lo que propone reformar la STA para que los DPA lleguen muertos a los tribunales, estableciendo que la prorroga en la acusación sólo se aplicará a personas físicas.

⁶⁶ En diciembre de 2007, el congresista Bil Pascrell Jr. de Nueva Jersey emitió una «Declaración de principios sobre DPA». El congresista pidió pautas escritas sobre los DPA y su supervisión judicial, así como que el nombramiento de monitores no recayera en los fiscales. El congresista Frank Pallone, Jr. (D-NJ) fue un paso más allá y propuso una legislación que requeriría que el Fiscal General emitiera directrices con respecto a los DPA, limitando así la discrecionalidad de los fiscales. Insistió en la necesidad de evitar daños colaterales y en el control judicial.

⁶⁷ DELAY, op.cit., pág.884 lamenta que la ausencia de un estándar legal que fije normas de transparencia para los DPA y responda que justifica que a unas empresas se les ofrecen acuerdos de desvío del juicio y no a otras, determine el nivel apropiado de castigo o establezca los criterios de selección del monitor y su financiación. También PRIETO GONZÁLEZ, op.cit., págs.14-15 expone como existe en el ámbito empresarial un ambiente generalizado de queja sobre la falta de claridad en los requisitos que la fiscalía y la deficiente valoración que se hace de los esfuerzos de las empresas y WARIN, F.J y BOUTROS, A.S.: «Deferred Prosecution Agreements. A view forms the trenches and a proposal for reform», *Virginia Law Review*, vol.93, 2007, pág.132 «Las empresas necesitan entender mejor lo que recibirán a cambio de su cooperación».

tadores. MARKOFF⁶⁸ describe como ni la connivencia con crímenes atroces ha supuesto el desplome de una compañía. Pone como ejemplo el caso de Chiquita Brands International, una gran empresa de productos que se declaró culpable en 2007 de realizar transacciones con grupos terroristas colombianos y llegó a un «plea agreement» en lugar de a un DPA. La entidad siguió sin problema con su actividad empresarial. Señala el autor como «En ausencia de un boicot generalizado basado en la indignación moral, ningún minorista económicamente racional dejaría de comprar los plátanos de Chiquita independientemente de las atrocidades a las que contribuyó la corporación en América del Sur». MARKOFF estudia 54 condenas federales por acuerdos de «plea agreement», recaídas entre los años 2001 a 2010 sobre empresas que cotizaban en bolsa. El estudio concluye como la mayoría, 37, seguían activas, cotizando en la misma bolsa de valores que durante la condena y 17 no lo seguían. De estas últimas, 12 se fusionaron o absorbieron por otras empresas sin sufrir un fracaso comercial y 5 fracasaron comercialmente, pero con tal distancia temporal respecto a la condena que no es razonable achacarlo a la misma. Estamos ante un estudio riguroso, pero hay una pregunta sin contestar. Teniendo en cuenta la preocupación del gobierno por evitar daños colaterales tras Andersen, ¿No resulta más plausible que las empresas sobrevivieron porque el Fiscal hizo un estudio previo y detallado de los eventuales daños colaterales y concluyó que la empresa sobreviviría a un acuerdo de culpabilidad?

Otro argumento que se emplea es que los NPA y DPA no tienen el efecto rehabilitador de la empresa que se pretende. Randall Eliason, un ex fiscal de fraude de la Oficina del Fiscal de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia⁶⁹ refleja como «Con la amenaza de responsabilidad penal fuera de la mesa, los ejecutivos corporativos pueden estar más dispuestos a patinar agresivamente cerca de la línea de la legalidad, o a saltársela... la alternativa al juicio es otra decisión de dólares y centavos, perdiéndose el aspecto de una condena moral y el valor disuasorio único de la condena criminal». Hay ejemplos de reincidencia delictiva cometidos por empresas que previamente habían alcanzado un DPA como es el caso de la consultora American IG⁷⁰ que tras ser investigada en el 2004, entró en un DPA por fraude de valores y no obstante todos los controles previstos en

⁶⁸ Op.cit., pág.833.

⁶⁹ Citado por MARKOFF, op.cit., pág.899. En el mismo sentido, ELLIS, op.cit., págs. 468-469 los DPA son «negocios de costumbre» que imponen sanciones económicas pequeñas atendido el volumen global de la empresa.

⁷⁰ Citado por DELANEY, op. cit., págs..883-884 y GORDON, op.cit., pág.558.

el DPA, en el 2008, Joseph Cassano, la misma persona que firmó el DPA en el 2004 fue investigado por una grave crisis de liquidez debido a una rápida disminución en el valor de contratos de swap por incumplimientos crediticios vinculados a hipotecas de alto riesgo en el mercado de la vivienda residencial. Se perdieron miles de millones de dólares. Entiendo que la afirmación de que la finalidad disuasoria de los mecanismos procesales de desviación de juicio ha fracasado, exige fijar el porcentaje de empresas que habiendo entrado en un DPA hayan vuelto a delinquir. El caso American IG u otros que pueda citar la doctrina⁷¹ no dejan de ser anécdotas, simples gotas en un mar de acuerdos culminados con éxito.

Otra razón que se ha esgrimido es que no hay nada en el contenido de un DPA o un NPA que no pueda conseguirse a través del «plea agreement». GORDON⁷² cita como ejemplo el acuerdo de culpabilidad con BP de 2012, que resolvió cargos penales por vertidos de petróleo y donde se nombraron monitores y medidas de supervisión de la empresa propias de un NPA o DPA⁷³.

No obstante, las dificultades del sistema, la alternativa al juicio seguida en la lucha contra la criminalidad corporativa tras desempolvar una vía procesal reservada principalmente a la delincuencia juvenil, goza de muy buena salud práctica.

II. LA EXPORTACIÓN DEL SISTEMA NORTEAMERICANO A OTROS PAÍSES Y SUS PARTICULARIDADES

Las ventajas del sistema del DPA en los Estados Unidos han determinado que se haya proyectado a otros países como Chile, el Reino Unido, Canadá, Francia o Argentina que siguen un sistema de

⁷¹ En el ámbito de la FCPA, KOEHLER, M.: « Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement», *U.C. Davis Law Review*, vol.49, nº 4, 2015, págs. 512-513 crítica que el DOJ no respondiera con cifras concretas a la pregunta de la Organisation for Economic Co-operation and Development sobre la influencia de los DPA para disuadir del soborno a funcionarios públicos, citando unos pocos casos en que se produjo un incumplimiento del DPA por parte de la empresa.

⁷² Op.cit., pág.559.

⁷³ Se impusieron dos monitores, uno de seguridad del proceso y otro de ética, para un periodo de cuatro años, se realizaron auditorías de seguridad en los equipos de la compañía y se fortaleció la supervisión y la difusión pública de informes de seguridad y cumplimiento. La empresa se comprometió a colaborar con la Oficina de Seguridad y Observancia Ambiental en proyectos piloto para la tecnología de seguridad. Por último, la empresa instaló equipos de seguridad en sus plataformas.

responsabilidad criminal de las empresas⁷⁴. Su contenido es básicamente el mismo que en Estados Unidos. Multa, decomiso de beneficios y adopción de medidas de control interno⁷⁵ pero sólo es aplicable a personas jurídicas y corrige los problemas detectados en el modelo norteamericano, estableciendo criterios claros para que las empresas tengan la seguridad jurídica de los requisitos que la fiscalía va a exigir para entrar en un DPA⁷⁶. El eje principal del sistema es crear una herramienta procesal que genere un producto atractivo para que las empresas se denuncien a sí mismas y/o colaboren rápida o eficazmente⁷⁷.

⁷⁴ En concreto, la Ley chilena 20393 del 2009 permite suspender el procedimiento contra empresas por razones de oportunidad. En el Reino Unido, los DPA se introducen en el año 2014 modificando la Crime and Courts Act del año 2013. Francia, el primer sistema de derecho continental que los recoge, lo hace en el año 2016 a través de la Convention Judiciaire D'intérêt Public (CJIP) regulada en el art.41.1 del Código Procesal Penal en el marco de la Loi n° 2016-1691 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (Ley Sapin II). En Argentina, en el año 2017, la Ley 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de cohecho, concusión y otros delitos regula en los arts.16 a 21 el acuerdo de colaboración eficaz (entre el fiscal y la persona jurídica). En Cánada, el art.art.715.3 del Criminal Code describe los Remediation Agreement (RA) o *Accord de réparation (AR) introducidos por* la Budget Implementation Act del año 2018. Brasil tiene un sistema peculiar. No reconoce la responsabilidad penal de la persona jurídica sino únicamente la civil y la administrativa. Para esta responsabilidad regula un DPA (Acordo de Leniência) previsto en el art.16 de la Lei n° 12.486, de 1 de agosto de 2013 para la primera empresa que solicite su aplicación pero los fiscales federales permiten que las personas físicas investigadas al delito se adhieran al mismo con fundamento en acuerdos de colaboración que están regulados principalmente por la Ley de Organización Criminal (Lei n° 12.850/2013).

⁷⁵ Hay algunas particularidades. Tanto Chile como Argentina establecen como medidas los servicios en favor de la comunidad que tantos problemas hemos visto que presentan en Estados Unidos. El sistema francés acota el contenido de la multa acordada en un CJIP que debe ser proporcional al beneficio derivado de la mala conducta, hasta un límite del 30 por ciento del volumen de negocios anual medio de la entidad durante los tres años anteriores al beneficio indebido. Asimismo, fija un plazo máximo de vigencia del acuerdo de tres años. En Argentina, la multa debe ser de dos a cinco veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiera podido obtener.

⁷⁶ En el Reino Unido, el Serious Fraude Office (SFO) y el Crown Prosecution Service publicaron en el 2013 el Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice. Crime and Courts Act como guía para los fiscales en materia de DPA. En Francia, en el 2019 el Parquet National Financier y L'Agence Française Anticorruption (AFA), dictaron sus directrices relatives à la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public. El 2 de junio de 2020, el Ministerio de Justicia dictó la Circular de politique pénale en matière de lutte contre la corruption internationale que contiene algunas previsiones en la materia.

⁷⁷ Esta idea se refleja claramente en el CJIP del 2017 con el HSBC PB que reconoce como el banco no se autodenunció y no reconoció la responsabilidad penal durante la investigación ni dio una cooperación mínima a las autoridades pero tam-

Francia concibe los CJIP como una herramienta procesal que estimule a las empresas a autodenunciarse, creando un escenario idóneo para que a la empresa le sea rentable confesar sus delitos. La situación óptima para eludir el juicio será la autoconfesión de la empresa, pero incluye también cualquier cooperación intensa posterior que permita a las autoridades públicas acceder a documentación o testigos relevantes que no hubiera conocido de no existir tal colaboración⁷⁸. Es lo que ocurrió en el Reino Unido en el DPA en que entró Rolls Royce en el año 2017 con el SFO. Se trataba de múltiples delitos de sobornos a funcionarios extranjeros que se extendieron durante décadas en jurisdicciones diversas y aunque no hubo autodenuncia y la conducta criminal se detectó por denuncias anónimas en Internet, el órgano judicial⁷⁹ tuvo en cuenta que Rolls Royce divulgó al SFO todas las entrevistas llevadas a cabo aunque la empresa tenía la convicción de que el material podía resistir una orden de divulgación al estar bajo la cobertura del privilegio abogado-cliente, proporcionó todo el material solicitado por el SFO, facilitó correos electrónicos de más de 100 empleados claves o ex empleados sin invocar en ningún caso el secreto profesional. La empresa no se detuvo ahí y cooperó en aspectos tales como la evolución de la cobertura de los medios de comunicación y la liquidación de cualquier empresa implicada en la investigación⁸⁰. Un indicio positivo de la intensidad de la cooperación es el dinero gastado por la empresa en ella⁸¹. Otros criterios positivos para entrar en DPA son la ausencia de anteceden-

bién manifiesta que desde el momento en que inició la investigación y hasta diciembre de 2016, cuando Sapin II entra en vigor, no existía un marco jurídico en Francia que incentivara a las empresas a cooperar con las autoridades investigadoras.

⁷⁸ La Circular del Ministerio de Justicia valora en particular el grado de cooperación con la autoridad judicial demostrado por los líderes de la persona jurídica (particularmente para identificar a las personas que son más involucrados en el esquema corrupto en cuestión).

⁷⁹ Resolución de 17 de enero de 2017 de Sir Brian Leveson, Presidente del Queen's Bench Division.

⁸⁰ Señala el juez como « *El hecho de que una investigación no se desencadene por un autoinforme sería generalmente muy relevante en la balanza, pero la naturaleza y el alcance de la cooperación proporcionada por Rolls-Royce en este caso ha persuadido al SFO no sólo a utilizar la palabra «extraordinario» para describirlo, pero también para adelantado el argumento de que, en las circunstancias particulares del presente asunto, no debo distinguir entre su asistencia y la de los que han sido autoinformados desde el principio. Dado que lo que se ha informado ha sido claramente mucho más extenso (y de un orden diferente) de lo que puede haber sido expuesto sin la cooperación proporcionada*». Valoró el cambio de la junta directiva y que ninguno de los miembros de la actual desarrollaba ninguna función de responsabilidad en la época en que se desarrollaron los delitos».

⁸¹ 123.115.643 libras esterlinas según el Juez hasta el año 2016 que seguirá incrementándose.

tes⁸², la indemnización a las víctimas⁸³ y la necesidad de evitar perjuicios colaterales ligados a la protección de puestos de trabajos y derechos de inocentes⁸⁴. En el caso Rolls Royce el Tribunal señala que los efectos colaterales deben ser secundarios y que en caso de fechorías atroces y generalizadas, la entidad debe ser enjuiciada. No obstante, valora que el éxito de Rolls Royce descansa en que es un líder mundial, que tiene una reputación de excelencia y que el 15 por cien de su cartera de pedidos procede de entidades sujetas a normas de contratación pública en países con pena de inhabilitación obligatoria. Se destaca asimismo el valor estratégico de Rolls Royce para la industria del Reino Unido, posibles despidos, reestructuraciones de plantilla y dificultad de los ex empleados para alcanzar las pensiones.

La guía británica no acepta como factores a valorar las consideraciones de interés económico, las relaciones con otros países o la identidad de la persona jurídica. Lo mismo ocurre en la legislación canadiense. En este último país, la interpretación de esta cláusula ha despertado problemas en el caso SNC-Lavalin, una importante empresa de ingeniería, investigada por cargos criminales bajo el Código Penal y la Ley de Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en relación con sus negocios en Libia siendo finalmente acusada por sobornos cometidos entre 2001 y 2011. Después de que SNC-Lavalin fuera acusada formalmente en el 2015 de fraude y corrupción, el entonces director ejecutivo de la compañía Robert Card sugirió que la empresa quería «arreglar un DPA para evitar procesamientos que podrían poner en peligro el trabajo de sus empleados» y reclamó su introducción en la normativa canadiense. Tras la entrada en vigor

⁸² El sistema francés maneja un concepto amplio de reincidencia. Así, cualquier sanción previa impuesta por las autoridades francesas o extranjeras contra la entidad, una de sus filiales, o incluso uno de sus ejecutivos, impedirá por regla general acudir al CJIP. Sin embargo, pueden apreciarse factores atenuantes como que las resoluciones sancionadoras previas sean antiguas o se relacionen con un ámbito de actividades diferente. En Chile no se puede optar a la suspensión del procedimiento si la empresa tiene antecedentes delictivos.

⁸³ El sistema canadiense está especialmente preocupado por las víctimas dentro de los RA. Exige como factor de cooperación que la empresa identifique no sólo a los responsables sino también a las víctimas y las mismas deben ser oídas por el Juez antes de aprobar el RA.

⁸⁴ Como señala la normativa canadiense el objetivo del RA es «*Mitigar los daños colaterales reducir las consecuencias negativas de las irregularidades para las personas —empleados, clientes, pensionistas y otras personas— que no se hicieron responsables de las irregularidades, al tiempo que responsabilizan a las personas que sí se dedicaron a esas irregularidades*». En el Reino Unido conforme al Code de Fiscalía debe evitarse «que una condena tenga consecuencias desproporcionadas para la empresa, con arreglo al Derecho interno, la legislación de otra jurisdicción, incluida, entre otras, la de la Unión Europea ».

de la ley de RPA en el 2018, la Fiscal General se negó a alcanzar un RPA con SNC-Lavalin⁸⁵. Las acciones de la empresa cayeron un 14 por cien. El primer ministro Trudeau pidió a la Fiscal General Jody Wilson-Raybould que también era ministra de justicia que reconsiderara su decisión. Se acusó al primer ministro de presiones y no respetar la división de poderes⁸⁶.

- Control judicial: Es una diferencia básica con el sistema estadounidense. Hay dos modelos de control judicial. Uno fuerte como el británico⁸⁷ en que se parte que el juez puede aceptar, rechazar el DPA o proponer cambios valorando su proporcionalidad y que responda al interés de la justicia⁸⁸. Durante la ejecución del DPA, el SFO no puede introducir unilateralmente modificaciones, sino que debe proponer al juez cambios por circunstancias sobrevenidas o que no se tuvieron en cuenta cuando se alcanzó. El Juez decidirá si los aprueba. Tampoco puede el SFO decidir por su cuenta si se ha incumplido el acuerdo. Si el SFO cree que hay un incumplimiento, debe presentar una demanda ante el tribunal de la corona y si este considera que el incumplimiento es probable puede invitar al Fiscal y a la empresa a presentar propuestas para remediarlo o terminar el DPA. El Code de fiscalía da algunas pautas en la materia. Señala como un retraso en el pago puede constituir un incumplimiento del DPA que conduzca a incumplimientos y rescisión. No obstante, puede ser apropiado prever en el DPA retrasos breves y el pago de intereses⁸⁹.

⁸⁵ Por razones desconocidas. Aparentemente, falta de colaboración,

⁸⁶ FLANAGAN, B. : « Leaders' debate : Trudeau defends efforts to save jobs. He's right », *The Conversation*, edición electrónica, 2019, defiende la posición del primer ministro que se limitó a recordar un criterio legal para entrar en un RPA como es salvar puestos de trabajos lo que debe diferenciarse del «interés económico nacional» lo que supone que una empresa no puede escudarse en que su acto de corrupción fue un buen negocio que no podía dejar pasar para entrar en un RPA.

⁸⁷ Al igual que el canadiense.

⁸⁸ El control judicial como señala la Resolución del caso Rolls Royce aspira a no ser meramente formal si bien encuentra el problema de que el Juez no tiene informes económicos distintos de los que le presentan las partes. En dicho caso, los beneficios ilícitos de las empresa se fijaron en dos informes sustancialmente coincidentes del SFO y de la empresa. El juez señala que no se encuentra en posición de cuestionarlos.

⁸⁹ También concreta que en el caso que el tribunal declare el incumplimiento del DPA, la empresa no tiene derecho a la devolución de ningún dinero pagado en virtud del DPA antes de su terminación, o a cualquier otra compensación por perjuicio derivada de su cumplimiento del DPA hasta ese momento (por ejemplo, los costos de un programa de seguimiento).

En el sistema francés, la función del Juez es más limitada ya que sólo puede aceptar o rechazar el acuerdo⁹⁰. No puede proponer cambios y la Fiscalía decide de manera unilateral si se ha incumplido el CJIP.

En el Reino Unido si el Juez no aprueba el DPA, la norma prevé⁹¹ que fiscalía puede utilizar material relacionado con el mismo en juicios seguido contra la empresa por suministrar información inexacta, engañosa, incompleta o por otro delito en que se presenten pruebas y la empresa haga declaraciones, contradiciendo el material aportado⁹². El Code de la fiscalía británica establece que, si el DPA es aprobado por el juez y se incumple, los hechos recogidos en el mismo, podrán presentarse en el juicio y teniendo el valor una declaración de culpabilidad. En Francia, la Ley⁹³ prevé que «Si el presidente del tribunal no valida el acuerdo propuesto o si la persona jurídica ejerce su derecho de desistimiento, el fiscal no puede revelar las declaraciones hechas o documentos entregados por el personal durante el procedimiento ante el tribunal». Nada indica sobre los reconocimientos o manifestaciones aportadas durante la negociación. Canadá⁹⁴ excluye dicha posibilidad al señalar que si la negociación no llega a buen puerto ninguna admisión o confesión puede ser tenida en cuenta en el juicio.

- Los monitores: La guía de la fiscalía británica establece que la empresa debe proporcionar al fiscal y al tribunal tres posibles monitores, detallando sus conocimientos especializados y la experiencia; cualquier posible vínculo con la empresa y una estimación de los costes. La empresa debe indicar su monitor preferido y las razones para preferirlo. Normalmente, el fiscal debería aceptar el monitor que quiere la empresa. Sin embargo, cuando el fiscal considere que hay un conflicto de intereses o que el monitor es inapropiado, o no tiene la experiencia y la autoridad requerida, puede rechazar el nombramiento propuesto. Del mismo modo, el tribunal puede mostrar su insatisfacción con la selección hecha y no aprobarlo.

⁹⁰ Similar al argentino donde el juez, además del fiscal, pueden decidir que el acuerdo se ha cumplido por la empresa.

⁹¹ El material será el borrador de DPA, la declaración que indique que la empresa entró en negociaciones y material creado únicamente con el propósito de preparar el DPA.

⁹² Párrafos 13 (4 a 6) Schedule act.

⁹³ Art.41.1.2 CPP.

⁹⁴ Art.715.3 CPP.

— El Privilegio abogado-cliente: Hemos vistos los problemas que este dato ha originado en Estados Unidos. Si bien la guía de la fiscalía británica señala que en nada se modifica la ley sobre el privilegio profesional legal, en el caso *Rolls Royce*, la renuncia a dicho privilegio por parte de la empresa fue valorada positivamente⁹⁵. En Francia las directrices concretan que la renuncia al privilegio constituye un factor no despreciable de cooperación. Si una empresa desea hacer valer el secreto profesional abogado-cliente como base para negarse a compartir cualquier material con el fiscal, debe proporcionar una certificación de un abogado independiente que afirme que la información está sujeta a privilegio. El Fiscal evaluará si esta negativa parece justificada. Si se considera injustificada, valorará en qué medida cualquier denegación continuada basada en el privilegio debe afectar negativamente al crédito de cooperación de la entidad.

En España carecemos de cualquier figura similar de desviación del juicio. Sin posibilidad de aplicar el principio de oportunidad⁹⁶, el fiscal no tiene más opción que acusar o no hacerlo si no hay responsabilidad. Acoger estas figuras procesales en nuestro país es algo deseable siendo necesario flexibilizar el margen de actuación de la fiscalía⁹⁷

⁹⁵ Lisa Osofsky, directora del SFO en una conferencia dada en el Royal United Services Institute, Londres, 3 de abril de 2019 señala que «Si la empresa llama a un equipo de abogados y luego lanza la manta del Privilegio Profesional Legal sobre todo el material que han reunido, especialmente aquel que las fuerzas del orden necesitamos para evaluar la culpabilidad individual... Eso no es cooperación».

⁹⁶ Como señala la Circular 1/2011 de la Fiscalía, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas «No procederá desde luego el archivo por razones de oportunidad, principio éste que con puntuales excepciones –vid. art. 171.3 CP- no es admisible en nuestro vigente sistema procesal».

⁹⁷ La doctrina es unánime a la hora de valorar la introducción de estas figuras en España. Como indica ORTIZ PRADILLO, *op.cit.*, pág.364 «...la regulación de los DPA o los NPA puede llegar a ser para el Estado mucho más eficaz que un programa de clemencia administrativa. Aquí se podría articular un sistema de no enjuiciamiento o suspensión del mismo, no sólo a cambio del aporte de información, sino a cambio de ciertas conductas de dar, hacer o no hacer, sin necesidad de un juicio, como por ejemplo la reparación civil del daño causado y de los gastos en que hubiere incurrido el Estado derivado de las investigaciones efectuadas; la devolución de las ganancias y de los productos del delito; la implementación de un programa de cumplimiento normativo si la empresa no la tuviera o la introducción de mejoras en éste (vgr, modificaciones en el organigrama directivo, sanciones disciplinarias internas) o de modificaciones estructurales en la entidad, la formación de los empleados; así como el deber de cooperación con las autoridades en otras investigaciones). Este sistema es compatible con el derecho a la presunción de inocencia con todas las garantías de la persona jurídica investigada porque se trata de una opción voluntaria para la entidad, al igual que la conformidad prestada antes del juicio oral. Las ventajas son numerosas. Los perjudicados recibirán una reparación más cercana a la fecha de causación del daño y las autoridades re-

III. LOS DPA COMO INSTRUMENTOS CLAVE PARA INVESTIGACIONES TRANSNACIONALES CONJUNTAS POR CORRUPCIÓN

La cooperación internacional y la investigación coordinada de agencias de diversos países es, de un lado, una garantía de una mayor eficacia en la obtención de pruebas incriminadoras y supone, de otro, un incentivo para las empresas que accederán a una pena coral en que cada país tiene en cuenta el castigo que se le haya impuesto en otro por el mismo delito a la hora de graduar la pena. La suma de

cibirán información relevante para el descubrimiento de los hechos y la identificación de los responsables en vez de tener que esperar a que finalice la fase sumarial, se abra el juicio oral, se consiga probar la participación de la persona jurídica, para luego permitirle no cumplir la pena si atiende a las normas de conducta fijadas en la sentencia condenatoria». ENCINAR DEL POZO, M.A./ VILLEGAS GARCÍA, M.A.: «Compliance Programs y DPA: Una nueva etapa en el camino hacia un Derecho anticorrupción sin fronteras», *Working paper, IE Law School*, 2016, pág.37., exponen las dificultades que supone la instauración de los DPA «ante la tradición con la que opera el principio de legalidad en relación con la actuación del Ministerio Fiscal. Pero el marco de los delitos de corrupción sería, posiblemente, un buen laboratorio en el que avanzar hacia un margen más amplio de actuación para el principio de oportunidad». GIMENO BEVÍA, J.: «Fines del proceso y persona jurídica: algunas consideraciones y propuestas a la luz del caso Volkswagen». *Revista. Penal*, n.º 37, edición electrónica, 2016, aboga por la introducción de fórmulas de aplazamiento del juicio, lamentando que nuestro sistema procesal «no deja apenas margen de negociación a las partes en el proceso penal» y lamenta que no se haya utilizado en casos como las emisiones de los vehículos de Volkswagen en que la simple imputación por su transcendencia mediática puede ser tan importante frente a los mercados como la condena. El mismo autor en «Las diligencias de investigación en la lucha contra la criminalidad empresarial», obra colectiva «*Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*», editorial Dykinson, págs.304-305, los encuadra dentro de la investigación interna para judicial. Afirma como «En la praxis, la colaboración de la empresa supone que la empresa realice prácticamente toda la investigación y posteriormente revele sus resultados a la fiscalía. Por ello se trata de una auténtica «privatización de la investigación» supervisada por el Estado y supone un ahorro económico para el Estado ya que se costea por la persona jurídica». Por último, ALADRO FERNÁNDEZ, J.C.: «Mediación penal y justicia restaurativa», *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 43, Consejo General del Poder Judicial, 2019, págs.18-19, tras exponer como «hay delitos que aparentemente no son de fácil mediación como son aquellos en los que el interés general o difuso impide este instituto, estamos hablando de protección jurídico penal de intereses colectivos o difusos», resalta que «hay países que esta cuestión la tienen perfectamente admitida como ocurre en Estados Unidos, donde la mediación en esta materia permite que sea realizada en especial cuando los autores son personas jurídicas,...que a través de un acuerdo previo a la sentencia o incluso al juicio permiten o un aplazamiento de la persecución (Deferred Prosecution Agreement) o de renuncia a la misma (Non Prosecution Agreement)».

las penas impuestas en los diferentes países recogerá la gravedad de la conducta⁹⁸.

En Francia, otro de los motores, junto al fomento de la autodenuncia, de la introducción de los CJIP es el de potenciar las investigaciones internacionales, evitando situaciones en que empresas francesas llegaban a DPAs en Estados Unidos sin que pudieran ser perseguidas en Francia por razones de *ne bis in idem*⁹⁹. El corto espacio de tiempo de vigencia de los CJIP ya ha visto el acuerdo con la Société Générale, en que el banco entró en el 2018 en un CJIP con la fiscalía francesa y en un DPA con Fiscalía del Distrito Este de Nueva York¹⁰⁰. A ello cabe añadir el caso Airbus del año 2020 que analizaremos posteriormente.

Prueba de la importancia de estas investigaciones conjuntas es la atención que se les presta en las directrices del 2019. En concreto se señala qué importe de la multa establecida con un CJIP puede debatirse con autoridades judiciales extranjeras que investigan la misma conducta con el fin de adoptar una visión holística de la sanción global que evite reproches de *ne bis in idem*. EL CJIP no contendrá programas de cumplimiento normativo si ya los ha instaurado una autoridad extranjera. Asimismo, se nombrará un único organismo de

⁹⁸ Eso ocurrió en el caso Rolls Royce «...ha habido conversaciones entre el SFO y el Departamento de Justicia en los Estados Unidos y discusiones entre el Departamento de Justicia y el Ministerio Público Federal brasileño, para coordinación mundial de la conducta pertinente”. MORGAN, B, Joint Head of Bribery and Corruption, en seminario dirigido al General Counsel and Compliance Counsel from corporates and financial institutions, 2007, identifica la investigación inter-agencias como una tendencia de doble filo. Tiene para la empresa un lado negativo porque eso supone que la inteligencia funciona mejor y se obtienen más pruebas, pero también un lado positivo al permitir resoluciones coreografiadas que pueden incentivar la denuncia «...vemos su valor comercial para las empresas bajo sospecha, así que, si eso hace que sea más agradable para ellos hacer lo correcto, trabajaremos para ello».

⁹⁹ Como describe VILLEGAS GARCÍA, M.A.: «La responsabilidad penal de la persona jurídica en la lucha global contra la corrupción», *Cuadernos Digitales de Formación n°31*, Consejo General del Poder Judicial, 2017, pág.45 en junio del año 2015, un Tribunal francés aplicó el principio *non bis in idem* para absolver a varias compañías que, acusadas en Francia de varios delitos, ya habían alcanzado por los mismos hechos un DPA con las autoridades americanas con base en la FCPA. Entendió el Tribunal francés que el acuerdo alcanzado tenía las características esenciales de una «sentencia» y que, por ello, hacía merecedor a las entidades de la protección de dicho principio.

¹⁰⁰ Société Générale acordó pagar en el DPA con el Departamento de Justicia 750 millones de dólares (641 millones de euros) por manipulación de la tasa interbancaria Libor y 250 millones de dólares a las autoridades francesas por un delito de corrupción en Libia. El banco declaró que los acuerdos no afectaban a su solvencia económica. La noticia supuso una elevación de las acciones que habían caído en un 12.4 por ciento.

seguimiento, que las directrices sugieren que debe ser la AFA, si la entidad tiene su domicilio social o su sede efectiva en Francia o lleva a cabo la mayor parte de sus actividades en Francia¹⁰¹.

Una cooperación jurídica plena hace necesario que los países investigadores tengan referentes procesales comunes como son los DPA, con independencia de la denominación que reciban. Ello supone un factor de confianza entre las autoridades que redundará en una mejor coordinación. Lo explica muy bien Lisa Osofsky¹⁰² «El futuro es desarrollar ese tipo de comprensión y cooperación mutuas estrechas. Vemos a criminales en el Reino Unido engañando a las víctimas en Asia, o haciendo pagos corruptos en África, o compartiendo ganancias ilícitas en dólares que fluyen a través de los Estados Unidos. No vamos a atraparlos a menos que encontremos formas apropiadas de trabajar juntos». Señala la directora del SFO como «hay sistemas no confiables y aun en los países homologables, obstáculos y diferencias sustanciales en los sistemas legales, pero cuando trabajamos en un caso juntos y usamos la palabra DPA todos asumimos que sabemos lo que queremos decir, y todos asumimos que nos referimos a lo mismo»¹⁰³.

De no hacerlo en España los DPA, no estaremos ante socios en pie de igualdad, estableciendo coordinadamente una multa financiera global, pudiendo aspirarse únicamente a investigaciones locales y menos eficaces o a ser espectadores, percibiendo una compensación si se acredita que en nuestro país algún funcionario ha sido corrompido¹⁰⁴.

¹⁰¹ Un problema delicado es la aplicación de la normativa francés de bloqueo a entidades sujetas a un programa de cumplimiento normativo. La Ley de bloqueo (Loi de Blocage), persigue regular la transmisión de documentos e información a una autoridad foránea cuando tal transmisión ponga en peligro intereses públicos, en particular «los intereses económicos esenciales de Francia». El problema es que las directrices no regulan la aplicación de esta norma a investigaciones conjuntas transnacionales. Veremos como en el caso de Airbus la cuestión se resuelve aceptando la autoridad extranjera someterse a la Ley de Bloqueo.

¹⁰² Op.cit.

¹⁰³ Sin perjuicio de señalar las grandes diferencias que existen entre el DPA norteamericano y el del resto de países.

¹⁰⁴ Si se puede identificar a la víctima como en SFO contra Standard Bank, 2015 en que se indemnizó al gobierno de Tanzania con el dinero sobornado. En algún caso el resultado de la colaboración es sorprendente. El 26 de septiembre de 2018 la Fiscalía de los Estados Unidos para el Distrito Este de Virginia anunció un NPA con Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras por vulneración de la FCPA. Petrobras, la empresa energética estatal semipública brasileña, acordó pagar 170,64 millones de dólares a las autoridades estadounidenses, y 682,56 millones de dólares a las autoridades brasileñas después de que investigaciones conjuntas brasileñas y estadounidenses sobre los controles internos de la compañía, libros y regis-

Un claro ejemplo de lo señalado viene representado por el caso de Airbus, una de las dos mayores fabricantes de aeronaves del mundo¹⁰⁵. Dicha entidad ante el empleo del soborno para lograr contratos por todo el mundo¹⁰⁶, entró el 31 de enero de 2020 en un DPA con el SFO británico por 983 millones de euros, en un CJIP con el PNF francés por 2.083 millones de euros y en un DPA con el Departamento de Justicia de Estados Unidos y el Fiscal Federal del Distrito de Columbia (Washington DC) por un importe de 525 millones de dólares. Como señala RAHMAN RAVELLI¹⁰⁷, la coordinación llegó al punto de que los acuerdos se hicieron públicos el mismo día. Desde la perspectiva de Airbus, el castigo se ha dividido correctamente, evitando ser castigados a la vez por lo mismo y para los investigadores impide que la empresa acuda al «*forum shopping*» para encontrar el país en el que sería tratado con más indulgencia.

Tanto España como Alemania, sin regulación de DPA, han quedado fuera de dicha investigación multinacional cuando tenían puntos de conexión para intervenir en la misma. El grupo Airbus es producto de la fusión de 3 entidades europeas (Aerospatiale-Matra, DASA y la española CASA)¹⁰⁸ y españoles y alemanes participa-

tros, y estados financieros, acreditaron que ex ejecutivos de Petrobras participaron en prácticas corruptas. Lo llamativo del caso es que las autoridades brasileñas no encontraron irregularidad alguna. No obstante sus investigaciones contribuyeron a que recibieran el 80 por ciento de la sanción acordada en el NPA estadounidense.

¹⁰⁵ Con 135.978 empleados a nivel mundial a 30 de septiembre de 2019.

¹⁰⁶ Como señaló Dame Victoria Sharp en la sentencia del Tribunal Superior del Reino Unido, «La conducta tuvo lugar durante muchos años. No es exagerado describir la investigación que dio lugar a que fue mundial, extendiéndose a todos los continentes en los que Airbus opera. El número de países sometidos a una intensa investigación penal por parte de los distintos organismos, así como la magnitud y el alcance de las irregularidades reveladas en la Declaración de Hechos, demuestran que el soborno era en la medida indicada, endémico». Las audiencias judiciales simultáneas en tres naciones para concluir la investigación fueron sólo una señal del alcance de la cooperación y coordinación existente en este caso. Lisa Osofsky, señaló como «Airbus pagó sobornos a través de agentes de todo el mundo para ...ganar contratos ...Una corrupción como esta socava el libre comercio y su justo desarrollo justo y es mérito de Airbus que ha admitido su culpabilidad, limpiado su casa y se ha presentado para poner esta conducta en la cama. Una resolución de este alcance no habría sido posible sin el compromiso, la determinación y el arduo trabajo del personal de SFO y de nuestros colegas franceses y estadounidenses. También estamos en deuda con los socios encargados de hacer cumplir la ley en todo el mundo por el apoyo que proporcionaron para asegurar esta resolución».

¹⁰⁷ RAHMAN AVELLI, A.: «Airbus International cooperation and the rise of deferred Prosecution Agreements», *International Bar Association*, edición electrónica, 2020.

¹⁰⁸ La Jurisdicción norteamericana se asentó en base a criterios más difusos como un conjunto de reglamentos que rigen la exportación e importación tem-

ban desde el 2013 en el capital de Airbus como accionistas estatales. La fiscalía alemana desplegó una investigación unilateral que no encontró indicios de soborno con rango de delito, pero obtuvo al menos una indemnización administrativa¹⁰⁹. España no investigó a nivel nacional o internacional y lógicamente no recibió indemnización alguna.

El DPA británico recoge en la descripción de las conductas corruptas de soborno, el empleo por Airbus de sus filiales españolas de defensa, para llevar a cabo dos campañas para vender aviones de transporte militar C-295 al Gobierno de Ghana. España es asimismo mencionada como perjudicada en caso de una eventual condena por estas prácticas corruptas. Así, se calcula que los ingresos futuros estimados en riesgo a nivel mundial en las divisiones Comercial, Defensa y Espacio y Helicóptero podrían superar los 200.000 millones de euros, lo que podría reducir el valor de la producción de Airbus en los Estados Unidos, el Reino Unido, Francia, Alemania y España en más de 200.000 millones de euros. También se recoge el impacto sobre la pérdida de puestos de trabajo de una Sentencia condenatoria al señalar que «Un informe de Deloitte, encargado por Airbus, ha estimado, por ejemplo, que, si Airbus fuera excluido de la contratación pública durante cinco años, los efectos en curso durante quince años podrían poner en riesgo a muchos miles de puestos de trabajo en Airbus. A lo largo de ese período, y sin inhabilitación, muchos miles de puestos de trabajo podrían ser sostenidos, en el Reino Unido, los Estados Unidos, Alemania, Francia y España. El perjuicio

poral de artículos y servicios de defensa. Bajo estas regulaciones, se requiere una licencia del Departamento de Estado, no sólo para la exportación de estos artículos y servicios, sino también por su reexportación a un nuevo país o retransferencia a una nueva persona dentro de un país. Esto puede dar lugar a que la jurisdicción de los EE. UU se extienda a aeronaves de fabricación extranjera o naves espaciales fabricadas fuera de los EE. UU pero que incorporan componentes controlados por el ITAR («*International Traffic in Arms Regulations*»). Francia aceptó la intervención norteamericana sobre la base de la admisión estadounidense de la Ley de Bloqueo, el reconocimiento de la primacía investigadora del PNF y la limitación de la investigación a la infracción de *la Foreign Corrupt Practices Act*.

¹⁰⁹ En febrero de 2018, Airbus celebró un acuerdo administrativo civil relativo a una investigación emprendida por el fiscal de Múnich. Airbus pagó 81,25 millones de euros en forma de desgobierno de beneficios y una multa administrativa de 250.000 euros. La investigación del fiscal de Múnich se centró en la posible corrupción relativa a la venta por Airbus Defence and Space GmbH, de aviones de combate Eurofighter a Austria en 2003. El acuerdo estableció que Airbus Defence and Space GmbH actuó negligentemente al no garantizar controles internos adecuados para evitar el uso indebido de los activos de la empresa o la comisión de infracciones por parte de los empleados que se constató que habían pagado dinero a los proveedores sin servicios documentados. El fiscal confirmó en el acuerdo que no había encontrado pruebas concretas de sobornos.

indirecto en las economías de estos países podría ser sustancial: Deloitte estima que podría reducir el Producto Interno Bruto en cada uno de esos países en más de 100.000 millones de euros».

IV. CONCLUSIONES

- 1^a La implantación de mecanismos de desviación procesal en nuestro país es fundamental como medio de crear un producto procesal atractivo para las empresas que fomente la autodenuncia y la cooperación de la persona jurídica en la investigación.
- 2^a La implantación en España del DPA supondrá generar instrumentos jurídicos reconocibles para otras jurisdicciones que fomenten investigaciones conjuntas transnacionales, haciendo más eficaces las investigaciones, abaratando sus costes y permitiendo llegar a una pena coral que atraiga la colaboración. Sin figuras de desviación de juicio, nuestro rol en casos de corrupción internacional se reduce, bien a investigaciones unilaterales menos eficaces al no fluir la inteligencia en la misma forma que en el caso de equipos conjuntos de investigación, bien a ser meros espectadores de investigaciones de otros países.
- 3^a La introducción de un DPA evita soluciones coyunturales que aprecian una eximente o atenuante por colaboración y se desconectan de lo que ocurra en el futuro y que la empresa vaya a seguir un camino de respeto a la legalidad. El DPA asegura una supervisión de la empresa que permite con una elevada probabilidad alejar a la corporación del crimen.
- 4^a Los DPA pueden introducirse en España con una reforma legal sin traumas procesales. Los riesgos y problemas detectados en Estados Unidos pueden, como hemos visto, corregirse y así se ha hecho en su implantación en otros países. De todas formas, es fundamental otorgar una mayor flexibilidad a la fiscalía, reconociendo a los fiscales en el ámbito concreto de la responsabilidad penal el principio de oportunidad con amplios márgenes de decisión.
- 5^a Los criterios de discrecionalidad del fiscal serían completados, como hemos visto ha sucedido en Francia y Reino Unido, con

una Circular de fiscalía que enumere los criterios para entrar o no en un DPA completado por un control judicial de la proporcionalidad y del respeto al interés público del acuerdo, siguiendo el modelo británico.

BIBLIOGRAFIA

- ALADRO FERNÁNDEZ, JC.: «Mediación penal y justicia restaurativa», *Cuadernos Digitales de Formación*, n° 43, Consejo General del Poder Judicial, 2019.
- ARLEN, J Y KAHAN, M.: « Corporate Governance Regulation through Non-prosecution », *University of Chicago Law Review*», 2016.
- Circulaire de politique pénale en matière de lutte contre la corruption internationale , ministre de la justice, 2020.
- Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice. Crime and Courts act, *Serious Fraude Office y Crown Prosecution Service*, 2013.
- « Directrices relatives à la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt publi », Parquet national financier y L'Agence française anticorruption, 2019.
- BREUER, L.A.: Conferencia ante el Colegio de Abogados de Nueva York, [www.justice.gov.speech](http://www.justice.gov/speech), « *Assistant Attorney General Lanny A. Breuer Speaks at the New York City Bar Association*”, 2012.
- BUELL, S.W.: «Capital Offenses: Business Crime and Punishment in America's Corporate Age», W W Norton & CO, Estados Unidos, 2016.
- CINDY R.A y YOON-HO, A.: «Non-Prosecution of Corporations: Toward a Model of Cooperation and Leniency », *North Carolina Law Review*, vol. 96, n°3, 2018.
- COFFEE JR, J.C.: «Deferred Prosecution: Has It Gone Too Far? », *The National Law Journal*, 25 de julio de 2005.
- CUNNINGHAM, L.A.: « Deferred Prosecutions and Corporate Governance: An Integrated Approach to Investigation and Reform», George Washington Law Faculty Publications, vol.65, n°1, 2013.
- DELANEY, R.: « Congressional Legislation: The Next Step for Corporate Deferred Prosecution Agreements», *Marquette Law. Review*, vol. 93, n°2, 2009.

- DISKANT, E.B.: « Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure », *Yale Law Journal*, vol.18, n°1, 2008.
- ENCINAR DEL POZO, M.A/ VILLEGAS GARCÍA, M.A.: «Compliance Programs y DPA: Una nueva etapa en el camino hacia un Derecho anticorrupción sin fronteras», *Working paper, IE Law School*, 2016.
- Flanagan, B. : « Leaders' debate : Trudeau defends efforts to save jobs. He's right », *The Conversation*, edición electrónica, 2019.
- GARRETT, B.L.: « Structural reform prosecution », *Virginia Law Review*, 2007, vol. 93, n°4, 2007.
- GIMENO BEVÍA, J.:
- « Fines del proceso y persona jurídica : algunas consideraciones y propuestas a la luz del caso Volkswagen ». *Revista. Penal*, n.º 37, 2016.
 - «Las diligencias de investigación en la lucha contra la criminalidad empresarial», obra colectiva «Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial», editorial Dykinson, 2020.
- GORDON, Y.: « How and why Congress should bar the use of deferred and non-prosecution agreements in corporate criminal prosecutions », *Harvard Journal on Legislation*, vol.52, n°2, 2015.
- KOEHLER, M.: «Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement», *U.C. Davis Law Review*, vol.49, n° 4, 2015.
- MARKOFF, G.: «Penalty: Corporate criminal convictions in the twenty-first century», *Journal of business law, University of Pennsylvania*, vol. 15, n°3, 2013.
- MARTIN. E.W.: «Deferred Prosecution Agreements: Too Big to Jail and the Potential of Judicial Oversight Combined with Congressional Legislation», *North Carolina Banking Institute*, vol. 18, n° 2, 2013.
- MORGAN, B.: Conferencia ante el General Counsel and Compliance Counsel from corporates and financial institutions, 7 de marzo de 2017.
- NASAR, J.A.: «In defense of Deferred Prosecution Agreements», *New York University Journal of Law & Liberty*, vol.11, n° 2, 2017.
- NEW YORK TIMES, editorial «Too big to Indict», 2012.

- ORTIZ PRADILLO, J.C.: «Los delatores en el proceso penal», editorial Wolters Kluwer, 2018.
- OSOFSKY, L.: *Conferencia ante el Royal United Services Institute, 3 de abril de 2019.*
- PAULSEN, E.: «Imposing limits on prosecutorial discretion in corporate prosecution agreements», *New York University Law Review*, vol.82, nº5, 2007.
- PRIETO GONZÁLEZ, H.M.: «El blanqueo de capitales en su vertiente penal. La responsabilidad de las personas jurídicas», *Centro de Estudios Jurídicos*, Madrid, 2017.
- RAHMAN AVELLI, A.: «Airbus International cooperation and the rise of deferred Prosecution Agreements», *International Bar Association*, edición electrónica, 2020.
- REILLY, P.: «Sweetheart Deals, Deferred Prosecution, and Making a Mockery of the Criminal Justice System: U.S. Corporate DPAs Rejected on Many Fronts», *Arizona State Law Journal*, nº 113, 2018.
- TORRAS COLL, JOSÉ MARÍA.: «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*, nº 9443, 25 de junio de 2019.
- UHLMANN, D.M.: «The Pendulum Swings: Reconsidering Corporate Criminal Prosecution», *University of Michigan Law School*, vol.49, nº4, 2016
- VILLEGAS GARCÍA, M.A.:
- «La responsabilidad penal de la persona jurídica en la lucha global contra la corrupción», *Cuadernos Digitales de Formación nº31*, Consejo General del Poder Judicial, 2017.
 - «Los acuerdos con la persona jurídica investigada. El modelo anglosajón y su viabilidad en nuestro sistema procesal», *Centro de estudios jurídicos*, 2018.
- XIAN, K.: «The Price of Justice: Deferred Prosecution Agreements in the Context of Iranian Sanctions», *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, vol.28, nº 2, 2014.
- WARIN, F.J y BOUTROS, A.S.: «Deferred Prosecution Agreements. A view forms the trenches and a proposal for reform», *Virginia Law Review*, vol.93, 2007.

WRAY, C.A y HUR, R.K.: « Corporate Criminal Prosecution in a Post-Enron World: The Thompson Memo in Theory and Practice», *The American Criminal Law Review*, vol.43, nº 3,2006.

YANGMING, M.: « Deferred/ Non Prosecution Agreements: Effective Tools to Combat Corporate Crime», *Cornell Journal of Law and Public Policy*, vol.23, nº 1, 2013.

ZIERDT, C y PODGOR, E.S.: « Corporate Deferred Prosecutions through the Looking Glass of Contract Policing » *Kentucky Law Journal*, vol. 96, nº1, 2007.