

Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *nemo tenetur*: análisis desde el fundamento material de la sanción corporativa *

Beatriz Goena Vives

Universidad Pompeu Fabra

GOENA VIVES, BEATRIZ. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *nemo tenetur*: análisis desde el fundamento material de la sanción corporativa. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2021, núm. 23-22, pp. 1-52.
<http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-22.pdf>

RESUMEN: En el contexto de la responsabilidad penal de personas jurídicas, es preciso preguntarse si las entidades colectivas tienen un deber de colaborar o un derecho al silencio. Para responder a esta cuestión debe reflexionarse sobre el *nemo tenetur* de la empresa, a partir del fundamento de la sanción corporativa, y sobre el *nemo tenetur* en la empresa, a la luz de los deberes positivos de colaboración de quienes integran la persona jurídica. Este artículo tratará de dar una respuesta a estas cuestiones, a partir de la jurisprudencia europea y comparada, de la legislación vigente y de la propia racionalidad del sistema. Se concluirá que, aunque la pena corporativa se orienta a la colaboración, es preciso proteger la información que se deriva de los programas de *compliance*. De lo contrario, puede generarse el efecto político criminalmente indeseable de desincentivar la autorregulación empresarial.

PALABRAS CLAVE: *Nemo tenetur*, derecho a la no autoincriminación, identidad corporativa, secreto profesional, colaboración, efecto reflejo, investigaciones internas, *compliance*.

TITLE: **Criminal liability of legal entities and the right against self-incrimination: analysis based on the rationale of the corporate sanction**

ABSTRACT: In the context of the criminal liability of corporations, it is necessary to state whether collective entities have a duty to collaborate or a right to silence, in view of the aims of the corporate criminal liability regime. In order to answer this question, it is necessary to reflect on the *nemo tenetur* of the company, starting from the basis of the corporate sanction, and on the *nemo tenetur* in the company, in the light of the positive duties of collaboration of those who make up the legal person. This article will attempt to provide an answer to these questions, based on European and comparative case law, current legislation and the rationality of the system itself. It will conclude that, although corporate punishment is collaboration-oriented, the information derived from compliance programs must be protected. Otherwise, there may be an undesirable criminal policy risk of discouraging corporate self-regulation.

KEYWORDS: *Nemo tenetur*, right against self-incrimination, corporate identity, attorney-client privilege, cooperation, exclusionary rule, internal investigations, compliance.

Fecha de recepción: 15 septiembre 2021

Fecha de publicación en RECPC: 29 diciembre 2021

Contacto: beatrizgoena@upf.edu

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El Nemo tenetur en el ordenamiento jurídico español: ¿derecho sustantivo individual o garantía del ius poenale? 2.1. Premisas de partida. 2.2. Breve aproximación a la naturaleza jurídica y al fundamento del nemo tenetur. 3. Contenido del nemo tenetur corporativo: Análisis de la legislación y de la jurisprudencia. 3.1. El nemo tenetur en la legislación y jurisprudencia europeas. a. El CEDH y la jurisprudencia del TEDH. b. La legislación europea y el TJUE. 3.2. La experiencia comparada: el nemo tenetur corporativo en el Derecho estadounidense. a. ¿Nemo tenetur de la persona jurídica? b. ¿Nemo tenetur de los “corporate officers”? c. El “compliance tramp” como consecuencia y propuestas de solución. 3.3. El nemo tenetur corporativo en el ordenamiento jurídico español. a. Consideraciones de lege lata, a propósito del nemo tenetur corporativo en la vigente LECrim. b. Consideraciones de lege ferenda, a propósito del nemo tenetur corporativo en el anteproyecto de LECrim. 4. Nemo tenetur y responsabilidad penal corporativa. 4.1. Personas físicas vinculadas a los intereses de la persona jurídica. a. La persona física como titular del nemo tenetur en su propio interés de defensa. b. La persona física como garante del nemo tenetur en interés de la persona jurídica. 4.2. La persona jurídica como eventual responsable penal. a. La posibilidad legal y estructural del nemo tenetur corporativo. b. La posibilidad teleológica del nemo tenetur corporativo. c. Conclusión parcial: nemo tenetur corporativo “en sentido estricto”. 5. Posibles soluciones alternativas. 5.1. Las prohibiciones de valoración probatoria. 5.2. La confidencialidad negociada. 6. Recapitulación y conclusiones. Referencias.

* El presente artículo se ha elaborado en el marco del proyecto del ministerio de Ciencia e Innovación (referencia: PID2020-115863GB-I00/MICIN/AEI/10.13039/51100011033) y de una estancia de investigación en la Universität Augsburg, financiada por el *Deutscher Akademisches Austauschdienst-DAAD* (2021). Mi agradecimiento al profesor Dr. Michael Kubiciel, por su amable acogida y por su magisterio.

Gracias también a Eulàlia Puig Fusté y a los evaluadores del presente artículo, por la atenta lectura del borrador del texto, así como por sus comentarios y sugerencias.

1. Introducción

La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas marcó una nueva etapa del Derecho penal español¹. Desde entonces, la jurisprudencia y la literatura científica se han inundado de conceptos como “autorresponsabilidad”, “*compliance*”, “hecho de conexión” o “*due diligence*”. Sin embargo —y, quizás, contra lo que pudiera parecer—, no está todo dicho. La responsabilidad penal corporativa es una fuente de nuevas preguntas. Y, al mismo tiempo, constituye una excelente oportunidad para reflexionar sobre los fundamentos de la teoría del delito sobre la que se asienta nuestro Derecho penal.

El objeto de la presente investigación es, precisamente, analizar una cuestión que solo la aplicación práctica de este nuevo “sistema” de responsabilidad penal corporativa podía poner en primera línea. A saber, si puede afirmarse de un modo categórico la vigencia de la máxima “*nemo tenetur se ipsum accusare*” en procedimientos penales contra personas jurídicas, a la vista del fundamento material del castigo corporativo². Y, en caso afirmativo, hasta qué punto. Se trata de un estudio que, aunque

¹ Salvo que se indique expresamente, las referencias legales y jurisprudenciales se refieren a Derecho español. No obstante, invito al lector a extrapolar (o contravenir) las conclusiones y reflexiones de carácter exclusivamente sustantivo o material a otros ordenamientos jurídicos —dentro de los límites y posibilidades de la ley de cada Estado—.

² De momento se traduce la expresión “*nemo tenetur*” como “derecho a la no auto-incriminación”. A lo

gira en torno a una garantía del proceso, adopta un punto de vista de Derecho penal sustantivo. Se parte de que la respuesta a si la información que obra en poder de la empresa puede ser objeto de un requerimiento depende de cómo se interprete el régimen de responsabilidad penal corporativa³. ¿Puede un tribunal exigir que una empresa aporte los resultados de una investigación interna o del programa de *compliance*, pese a que estos tengan información auto-incriminatoria? ¿cuándo puede invocarse el derecho al silencio de la empresa? ¿es una pretensión realmente viable, más allá de su reconocimiento jurídico-formal?

En último término, se trata de reflexionar sobre el derecho al silencio como garantía del Derecho sancionador, a fin de valorar si es un elemento irrenunciable de la pena o si se hace depender de la naturaleza del sujeto pasivo del proceso. La legislación y el primer fallo del Tribunal Supremo (en adelante, TS) en materia de personas jurídicas podrían sugerir que el castigo corporativo opera igual en el caso de las personas jurídicas y de las personas físicas⁴. Sin embargo, las necesidades de persecución penal evidenciadas en la práctica forense y la reflexión sobre los fundamentos de la institución, parecen sugerir lo contrario. Los Tribunales no ignoran la utilidad de la información que se deriva de los programas de *compliance* y de otros mecanismos autorregulatorios impulsados por el legislador penal, como los canales de denuncia o las investigaciones internas. Lo cual, a la vista de las necesidades de persecución penal, está derivando en soluciones no siempre coherentes. Así, existen pronunciamientos judiciales que no aceptan el requerimiento de cierta información eventualmente autoincriminatoria (programa de cumplimiento o canal de denuncias)⁵, pero sí de otros con contenido equiparable a los que, sin qué se entienda por

largo del texto, conforme se avance en la perspectiva material, se tomará partido sobre si el *nemo tenetur* — especialmente en el caso de las personas jurídicas—, debe entenderse como un “derecho” y, con un alcance de “no autoinculparse” o únicamente como un “no declarar”.

³ Para aproximarse al problema desde un punto de vista *iusfilosófico* y procesal penal, cfr. BUCHHOLZ, 2018, pp. 1 ss.; EIDAM, 2007, pp. 5 ss.; RÖSINGER, 2019, pp. 10 ss.; VERREL, 2001, pp. 1 ss. En castellano, imprescindible por su vinculación directa con el tema objeto de estudio y por la claridad del análisis sobre las distintas posturas a favor y en contra de reconocer este derecho a las personas jurídicas, NEIRA PENA, 2018, pp. 235-302.

⁴ Cfr. STS 154/2016, de 29 de febrero (ECLI: ES:TS:2016:613): “[...] los derechos y garantías constitucionales [...] amparan a las personas jurídicas de igual forma que lo hacen para las personas físicas”. Esta doctrina fue matizada, aunque sin un alcance detallado, por la STS 221/2016, de 13 de marzo (ECLI: ES:TS:2016:210): “[...] el conjunto de derechos invocables por la persona jurídica, derivado de su estatuto procesal de parte pasiva, eso sí, *con las obligadas modulaciones*, no puede ser distinto del que ostenta la persona física a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo” (destacado añadido).

⁵ Cfr. caso “Abengoa II” (DP 10/2016 seguidas ante el Juzgado Central de Instrucción nº 2). Sobre la base del derecho a la no autoincriminación, el Auto de la Audiencia Nacional nº 391/2021, de 1 de julio de 2021 dejó sin efecto el requerimiento efectuado a dicha compañía y a su auditora, de entregar una copia certificada de todos los programas de *compliance* y las denuncias internas de la organización. Sin embargo, el Auto concluye señalando que: “Un medio lícito de obtener tal documentación hubiera sido a través de la diligencia de entrada y registro [...], ya que uno de los documentos que por lógica deben ser recabados en la diligencia de entrada y registro de una entidad mercantil como la que nos ocupa, son los programas de cumplimiento normativo”.

qué, no se considera "tan" inculpatorios (actas de comisiones de auditoría u otra información en poder de la empresa o de sus asesores)⁶. La incertidumbre es aún mayor en aquellos casos en los que, para salvar los posibles obstáculos de confidencialidad que dicha información pudiera presentar, se requiere a la persona jurídica no investigada para que entregue información de una persona física investigada, con el riesgo de que de dicha información se derive la imputación de la entidad. ¿Dónde queda entonces el *nemo tenetur* corporativo?

Para un adecuado análisis de tan compleja materia, es preciso comenzar por delimitar la naturaleza jurídica del *nemo tenetur*, a fin de verificar si y en qué medida dicha prerrogativa es un principio indisponible, con independencia del tipo de sujeto contra el que se dirija el procedimiento sancionatorio. Sobre ello se tratará en la primera parte del texto (2). Se llegará a la conclusión de que es preciso diferenciar entre un núcleo esencial imponderable respecto de cualquier procesado y otros aspectos accidentales, que son prescindibles en función de los intereses en juego. Con base en dicha premisa, se tratará de perfilar el contenido correcto del *nemo tenetur* en sentido estricto, tomando la legislación y la jurisprudencia (europea y nacional) como parámetros (3). A partir de las conclusiones alcanzadas, se procederá a analizar uno de los supuestos en los que la problemática objeto de análisis se plantea de forma paradigmática. A saber, la proyección del *nemo tenetur* en la información que resulta de las auditorías, revisiones de *compliance* e investigaciones empresariales internas, desde la perspectiva de la organización eventualmente responsable (4). Ello requiere atender al *nemo tenetur* de dos grandes grupos de sujetos que interactúan en el contexto corporativo. Por un lado, los individuos o personas físicas con capacidad para representar los intereses de la persona jurídica imputada (administradores, oficial de cumplimiento, auditores y equipo de defensa) y los que no la tienen (empleados) (4.1). Por otro lado, la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso (4.2).

Se concluirá que, en el marco del Derecho vigente, es conceptualmente posible extender la protección del *nemo tenetur* a las personas jurídicas en tanto que sujetos destinatarios de sanciones penales, aunque de un modo distinto a como se hace a los individuos. Sin embargo, se cuestionará la factibilidad de tal conclusión en términos prácticos, a la vista de otros intereses en conflicto y del fin al que se orienta la responsabilidad penal corporativa. A la vista de lo anterior, en la última parte del trabajo (5) tratarán de ofrecerse soluciones al problema de que un difícil y limitado recono-

⁶ Así, por ejemplo, el procedimiento DP 96/2017 seguido ante el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional en España. Se trata de la pieza nº 9 de la *macrocausa* "Operación Tándem", conocida como "caso BBVA-Villarejo". Entre otros requerimientos, puede destacarse el requerimiento confirmado por Auto de 24 de febrero de 2021 a la entidad bancaria, de aportar ciertos correos electrónicos; o el requerimiento -bajo apercibimiento de desobediencia- que se hizo a una Firma de auditoría en junio de 2020, para que aportase la recopilación de la evidencia digital del *forensic* que la entidad bancaria había encomendado a otros abogados distintos de la auditora (precisamente, porque dicha auditora no había llevado a cabo una investigación interna propiamente dicha). Mi agradecimiento al Dr. Gómez-Jara Díez por la aclaración en este punto.

cimiento del *nemo tenetur* corporativo *in actu* pueda generar el efecto político-criminalmente indeseable de desincentivar el fomento de los mecanismos de *compliance* empresariales.

Debe advertirse de que en este estudio no se analizará en detalle el fenómeno de las investigaciones empresariales internas. Es cierto que se trata de una cuestión estrechamente ligada al *nemo tenetur* corporativo. Y, en esta medida, sí se apuntarán algunas conclusiones sobre la obligatoriedad o no de aportarlas al procedimiento, o sobre la protección de la que gozan en el marco de un procedimiento judicial. Sin embargo, su peculiar naturaleza de “procedimiento privatizado” requiere de un estudio aparte⁷. La investigación que aquí se ofrece constituye una primera reflexión sobre si y hasta qué punto es posible reconocer un derecho al silencio a la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso judicial (no del “proceso privado”). El modo en el que estas conclusiones se aplican a la concreta idiosincrasia de las investigaciones internas es objeto de otras contribuciones, pues requiere analizar las garantías que deben regir *ad intra*, en la propia investigación interna, y las que aplican *ad extra*, en la medida en que las investigaciones internas se orientan al proceso penal⁸.

2. El *nemo tenetur* en el ordenamiento jurídico español: ¿derecho sustantivo individual o garantía del *ius poenale*?

2.1. Premisas de partida

El Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) no reconoce expresamente un derecho al *nemo tenetur*. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) lo considera incluido en el derecho a un proceso equitativo del art. 6.2. CEDH, vinculado a la presunción de inocencia⁹. En cualquier caso, aún no existe un pronunciamiento del TEDH sobre la viabilidad de extender esta prerrogativa a las personas jurídicas que son sujetos pasivos de un procedimiento sancionador.

Por su parte, el artículo 24.2 de la Constitución española (CE) determina que: “todos tienen derecho [...] a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”, siendo que “la ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos

⁷ Para una primera aproximación al tema, cfr.: ESTRADA I CUADRAS, 2020, pp. 226-272; JULIÀ-PIJOAN, 2021, pp. 313-351; LEÓN ALAPONT, pp. 1-ss.; Orsi; RODRÍGUEZ GARCÍA, 2021, pp. 310-390 (especialmente, pp. 374 ss.); TEJADA PLANA, 2020, pp. 13 ss.

⁸ Abordo el tema con mayor detalle y centrándome exclusivamente en las expectativas de confidencialidad de las investigaciones internas desde el punto de vista del Derecho comparado en GOENA VIVES, 2021, pp. 1-35.

⁹ Cfr. Sentencia de 17 de diciembre de 1996, caso *Saunders c. Reino Unido*, Rep. 1996-VI, p. 2044, § 68. ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791

presuntamente delictivos”. Dos son, por tanto, las dimensiones del *nemo tenetur* amparadas expresamente por la CE: el derecho a no declarar contra sí mismo y el derecho a no confesarse culpable. Ahora bien, la claridad del texto de la norma fundamental colisiona hasta tal punto con su traslación a la práctica que (no sin cierta razón), se ha afirmado que nos encontramos ante el artículo más complejo de la parte dogmática de la CE¹⁰. Algo que queda evidenciado por el hecho de que, junto con el art. 24.1 CE, es el precepto que más demandas de recurso de amparo constitucional genera.

Ahora bien, a diferencia de épocas pasadas, en las que el *nemo tenetur* se alzaba como una protección frente a la tortura y otras penas corporales, las principales vías de afectación en la actualidad tienen que ver con los requerimientos que se efectúan a quien es —efectiva o potencialmente—, sujeto pasivo de un procedimiento sancionador. Así, se cuestiona la vigencia del *nemo tenetur* allí donde la coacción del Estado genera deberes de colaboración o de tolerancia, respaldados por el art. 118 CE. No es posible abordar aquí con la debida profundidad la problemática que todos estos medios de indagación plantean en relación con los derechos fundamentales¹¹. Por ello, a los efectos del objeto de estudio, baste con apuntar que el Tribunal Constitucional (TC) ha limitado el alcance del *nemo tenetur* a las actividades de prueba que consistan en prestar declaración o testimonio¹². De este modo, no puede invocarse respecto de pruebas documentales y periciales *per se*, como son, por ejemplo, la presentación de documentos, la práctica del test de alcoholemia o las intervenciones corporales. Interpretación que, sin embargo, dista mucho de ser pacífica. Máxime, cuando la actuación de las autoridades en campos como la prevención del tráfico de drogas, las entradas y registros o la interceptación de las comunicaciones pueden afectar a otros derechos fundamentales, como la integridad (art. 15 CE), la libertad (art. 17.3 CE) y/o la intimidad (art. 18 CE).

En último término, la solución al sí y al cuánto del *nemo tenetur* en el caso concreto del ordenamiento jurídico español, requiere delimitar el fundamento y contenido de las garantías del art. 24.2 CE. Se trata de interrogantes cuya incertidumbre deviene aún más palmaria en los procedimientos sancionatorios con persona jurídica imputada¹³. El principal motivo de ello radica en que el texto de la CE hace depender el reconocimiento de los derechos fundamentales de “la dignidad de la persona” (art.

¹⁰ Cfr. ORTEGA GUTIÉRREZ/GONZÁLEZ ESCUDERO, 2011. Texto disponible en la página web oficial del Congreso de los diputados: Texto en línea (última consulta: 23 de mayo de 2021).

¹¹ Cfr., entre otros, DUART ALBIOL, 2014, 604 páginas, con referencias.

¹² Cfr. por todas, SsTC 76/1990, de 26 de abril (ECLI:ES:TC:1990:76); 161/1997, de 30 de enero (ECLI:ES:TC:1997:16), 188/2002, de 14 de octubre (ECLI:ES:TC:2002:188), 68/2004, de 18 de abril (ECLI:ES:TC:2004:68) y 319/2006, de 15 de noviembre (ECLI:ES:TC:2006:319). Más recientemente, en relación con el derecho a no auto-incriminarse en materia fiscal: SsTC 79/2014, de 28 de mayo (ECLI:ES:TC:2014:79) y 54/2015, de 16 de marzo (ECLI:ES:TC:2015:54).

¹³ Se emplea el término “imputado” porque la LECrim sigue refiriéndose así a las personas jurídicas procesadas (a diferencia de lo que ocurre con las personas físicas, a las que se denomina “investigado”). Ello sirve para reforzar la tesis aquí defendida, de que las personas jurídicas no pueden equipararse a los individuos.

10 CE)¹⁴. Sin embargo, ello no ha impedido que nuestro TC haya atribuido, paulatinamente, algunos derechos fundamentales a las personas jurídicas. Por ejemplo, el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio¹⁵ y el derecho a la igualdad ante la ley¹⁶. Sin embargo, no existe un pronunciamiento expreso por parte del TC en el que se reconozca la aplicabilidad de las garantías del art. 24.2 CE a las corporaciones¹⁷. Si ello es o no posible a la vista de la *ratio essendi* del *nemo tenetur* y hasta qué punto, es algo a lo que tratará de darse respuesta a continuación.

2.2. *Breve aproximación a la naturaleza jurídica y al fundamento del nemo tenetur*

El estudio de la doctrina y la jurisprudencia en materia del derecho a no confesarse culpable revela que el fundamento del *nemo tenetur* no es ni indiscutido, ni indiscutible¹⁸.

Atendiendo al caso español, una primera causa de ello es que el texto de la Constitución española no reconoce expresamente un derecho a la no auto-incriminación como tal. No obstante, dentro del amplio (y complejo) contenido del artículo 24.2 CE sí se protege un derecho a las garantías constitucionales del proceso penal, entre las que se mencionan los derechos a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable. Como ha declarado el Intérprete de la Constitución, en ambos casos se trata de una manifestación instrumental del derecho de defensa, sólo ejercitable en el ámbito sancionador penal o administrativo, respecto de informaciones con un contenido directamente incriminatorio¹⁹. Por tanto, a la hora de analizar el *nemo tenetur*, debe tenerse presente que no estamos ante un derecho fundamental sustantivo *per se*. Se trata de la síntesis de dos garantías procesales del sujeto pasivo del proceso, en la

¹⁴ Este artículo es la pieza angular de todo el sistema de derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución. Dentro del sistema constitucional es considerado como *prius* lógico y ontológico para la existencia y reconocimiento de los demás derechos tal y como se reconoce en la STC 53/1985, de 11 de abril (ECLI:ES:TC:1985:53), FJ 3.

¹⁵ Cfr. por todas, las SsTC 137/1985, de 17 de octubre (ECLI:ES:TC:1985:137) y 69/1999 de 26 de abril (ECLI:ES:TC:1999:69). En esta última, el TC matiza que el reconocimiento de la titularidad del derecho fundamental a la persona jurídica no implica necesariamente que su contenido, extensión y límites sea enteramente idéntico al que se predica de las personas físicas.

¹⁶ Cfr. STC 23/1989, de 2 de febrero (ECLI:ES:TC:1989:23).

¹⁷ El TC tuvo oportunidad de pronunciarse sobre ello en las SsTC 18/2005, de 1 de febrero (ECLI:ES:TC:2005:17) y 68/2006, de 13 de marzo (ECLI:ES:TC:2006:68), relativas a la trascendencia repressiva de los materiales requeridos en el ámbito de la inspección tributaria y a su carácter obligatorio. Sin embargo, el TC centró su argumentación en el hecho de que el recurrente en amparo no había sido compelido, sino que lo fue la sociedad que administraba. Más adelante se tratará sobre lo que dichas resoluciones expresaron en relación con el *nemo tenetur* de personas físicas (cfr. *infra* apartado 3.1). Por el momento, cfr. el análisis de SANZ DÍAZ-PALACIOS, 2006, 10 páginas. Algunos autores entienden —sin justificarlo— que dichos pronunciamientos suponen un reconocimiento implícito del derecho al *nemo tenetur*, SERRANO ZARAGOZA, 2014, 14 páginas; SIMÓN CASTELLANO, 2020, 9 páginas.

¹⁸ De entre la abundantísima literatura que existe en la materia, cfr. las monografías de referencia ya citadas *supra* en nota 3. Todas ellas con referencias y haciendo una síntesis de las principales posturas doctrinales,

¹⁹ Cfr. por todas, STC 197/1995, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TC:1995:197), FJ 6.

medida en que sirven al derecho de defensa. Solo desde esta perspectiva puede comprenderse la compatibilidad entre un derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra uno mismo (art. 24.2 CE), con el deber constitucional de colaboración con la Administración de Justicia (art. 118 CE).

Esto permite entrever que el *nemo tenetur* no es un principio en sentido *alexiano*²⁰. Desde dicha perspectiva, los principios son enunciados con pretensiones de aplicación máxima y absoluta, difícilmente aplicables por sí mismos a un caso concreto. Operan a través de reglas, que surgen como resultado de la colisión entre dos o más principios²¹. En este sentido, la discusión en torno al alcance material y objetivo del *nemo tenetur* parece sugerir que, más que un principio con máximas pretensiones de aplicación, es una regla imponderable derivada del conflicto entre los principios limitadores del *ius puniendi* estatal²². Lo cual supone que el resultado de dicha tensión variará en función de los principios que estén en juego. En concreto, aquí se partirá de que se trata de una prerrogativa que tiene su razón de ser en la protección de la dignidad humana²³. Surge del conflicto entre el principio de seguridad y el de dignidad, con preponderancia de este último²⁴. Por tanto, allí donde no haya afectación a la dignidad humana, podrán primar otros intereses, como la colaboración con las autoridades²⁵.

De este modo, no es posible separar el *nemo tenetur* de la protección de la dignidad humana²⁶, ya que esta informa cualquier limitación del *ius puniendi* del Estado. Y, de hecho, los estudios que tratan de desvincular el *nemo tenetur* de la dignidad humana no consiguen ofrecer un fundamento funcionalmente equivalente al del valor intrínseco del ser humano, que responda a por qué el acusado no tiene un deber general de colaborar con las autoridades...o incluso un deber de veracidad. En este sentido, hay quienes supeditan el *nemo tenetur* a la preservación del Estado de Derecho como justificación pretendidamente opuesta a la que lo basa en la dignidad humana²⁷. Otros, entienden el *nemo tenetur* como un fin en sí mismo, en tanto que

²⁰ Cfr. ALEXY (trad. ATIENZA/ESPEJO), 1991, p. 189.

²¹ Cfr. KRAMER, 2019, p. 189.

²² Esta perspectiva pre-positiva es el punto de partida de RÖSINGER, 2001, pp. 30 ss.

²³ Cfr. En igual sentido, RÖSINGER, 2001, pp. 132 y ss.

²⁴ Asumo aquí la terminología y la categorización de SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, pp. 49-86.

²⁵ De hecho, hay autores que niegan que el *nemo tenetur* tenga un fundamento racional que prevalezca frente al deber moral del acusado de colaborar en el esclarecimiento de la verdad. Así, por todos, cfr. DOLINKO, 1986, pp. 1063–1048. Considero muy sugerente la postura de MILTON PERALTA, 2020, pp. 913-927. El autor afirma que no hay motivos para conceder al acusado culpable este privilegio, que no es necesario para proteger a los inocentes y que tampoco es una consecuencia obligada de los principios del procedimiento penal racional basado en el Estado de Derecho. No obstante, concede que en la medida en que se mantiene la intuición de que este principio es un pilar de nuestros sistemas procesales, debemos seguir buscando cuál es exactamente la justificación de su existencia.

²⁶ Cfr. Con abundantes y fundadas referencias, la postura de HERNÁNDEZ BASUALTO, 2015, pp. 217-263.

²⁷ Cfr. Por ejemplo, lo entienden como manifestación del derecho a ser oído en el marco del derecho de defensa, BÖSE, 2005, pp. 98 ss.; pp. 150 ss.; pp. 195 ss.; QUECK, 2005, pp. 119 ss., 147 ss.; pp. 181 ss., 214 ss.; VON FREIER, 2010, pp. 128 s.

límite de la sanción constitucional²⁸. Sin embargo, todos estos planteamientos ignoran que aquello que está al servicio de los individuos existe “en función de” y no *per se*. El derecho a la no autoincriminación no es un fin que exprese un valor digno de protección, sino un medio para hacer que esta sea efectiva. Su razón de ser no reside en expresar un bien, sino en posibilitarlo. En concreto, el bien protegido es la dignidad humana, a través del Estado de Derecho y de las garantías constitucionales. Estos no valen por sí mismos, sino como condiciones de posibilidad de la dignidad humana.

Por ello, se partirá de que no es posible desvincular la protección del *nemo tenetur* del derecho de defensa de las personas físicas en el marco de un proceso sancionatorio. El *nemo tenetur* surge como una forma de proteger la dignidad humana frente al *ius puniendi* del Estado. Es una garantía de las personas físicas que, en ocasiones, deberá salvaguardarse a través de las personas jurídicas, por ser estas una vía indirecta (pero necesaria) de amparar los derechos fundamentales de los individuos²⁹.

La pregunta es si, entonces, debe prescindirse de esta garantía cuando el sujeto pasivo no sea una persona física, sino una persona jurídica. Es decir, el hecho de que el *nemo tenetur* se vincule con la dignidad humana, ¿impide extenderlo a otra clase de sujetos? Máxime, si se entiende que la corporación tiene intereses al margen de las personas físicas que la integran. O, también, que existen motivos de interés público por los que cabe extender tal prerrogativa a las corporaciones. Por ejemplo, el de no desincentivar que las organizaciones inviertan en un buen *compliance*, habida cuenta de la información —altamente sensible y valiosa para la acusación— que se deriva de dichos programas de cumplimiento³⁰.

Ello requiere efectuar un “examen de pertinencia”, en función de la naturaleza de la concreta proposición jurídica y de la del sujeto³¹. A ello se procederá a continuación, a fin de delimitar: i) cuál es el contenido esencial que configura el *nemo tenetur* y ii) si ampara a quien es sujeto pasivo de un proceso sancionatorio, con independencia de su naturaleza individual o colectiva. Para ello, se partirá de la legislación vigente y de las principales resoluciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), Tribunal Constitucional (TC) y Tribunal Supremo (TS).

²⁸ Cfr. DANNECKER, 2015b, pp. 370-409, p. 384-389.

²⁹ Se trata de una postura que se complementa bien con la tesis de KIM RIPKEM, 2019, pp. 10 ss. La autora lleva a cabo un estudio profundo sobre las distintas teorías en torno a la “personalidad corporativa”. Concluye que debe respetarse la diferente identidad entre humanos y empresas, sin que ello implique admitir que las corporaciones son una mera ficción. Entiende que cómo veamos a las corporaciones depende de nuestra relación (cambiante) con ellas. De ahí que abogue por un concepto funcional de personalidad corporativa, en virtud del cual la identidad de la organización (sus derechos y deberes) depende de lo que sea razonable para los individuos.

³⁰ Lo acusa NIETO MARTÍN, 2013, versión digital, p. 6. También LIÑÁN LAFUENTE, 2016, pp. 45-49.

³¹ Cfr., como punto de partida, el análisis de GÓMEZ MONTORO, 2000, pp. 23-71.

3. Contenido del *nemo tenetur* corporativo: Análisis de la legislación y de la jurisprudencia

Si se quiere aplicar a las personas jurídicas un principio *nemo tenetur* procesalmente correcto, es preciso determinar su alcance y sus límites. Por ello, en el presente apartado se analizará en qué medida la jurisprudencia y la legislación pueden contribuir a perfilar un núcleo esencial del *nemo tenetur* como garantía procesal, que pueda reconocerse también a las personas jurídicas. Es decir, se trata de definir el contenido esencial de esta garantía, distinguiéndolo de otras prerrogativas accidentales que, pese a su proximidad con el *nemo tenetur*, no derivarían en una lesión del derecho de defensa en caso de no reconocerse.

Para ello, tal y como se apuntó anteriormente, se analizará la jurisprudencia europea (3.1). Además, se hará una breve mención a la experiencia comparada (3.2), toda vez que ello puede arrojar luces sobre la legislación y jurisprudencia españolas en torno al derecho al *nemo tenetur* en el marco de la empresa (3.3). Como se verá, la tendencia en Europa y en el Derecho comparado es no reconocerlo respecto de personas jurídicas y hacerlo de un modo cada vez más limitado respecto de personas físicas.

3.1. *El nemo tenetur en la legislación y jurisprudencia europeas*

A los efectos del presente texto, es preciso considerar tanto la jurisprudencia del TEDH como del TJUE. Aunque este último tiene una competencia material más limitada, es el único que se ha pronunciado expresamente sobre el reconocimiento que debe darse al *nemo tenetur* respecto de personas jurídicas. Y lo ha hecho en sentido negativo, con una doctrina no exenta de críticas. Aquí se defenderá que la conceptualización del *nemo tenetur* más correcta es la del TEDH, pese a ser muy mejorable. Ello, en atención al fundamento de dicha prerrogativa como garantía procesal (cfr. *supra* 2.2) y a lo dispuesto en la legislación y jurisprudencia nacionales (cfr. *infra* 3.2.).

a. *El CEDH y la jurisprudencia del TEDH*

Como se apuntó anteriormente, el derecho a no declarar contra uno mismo no se prevé de modo expreso ni en el CEDH, ni en sus Protocolos de desarrollo. No obstante, la actual jurisprudencia del TEDH admite que se trata de una garantía judicial protegida por el derecho a un juicio justo del art. 6 CEDH³². En cualquier caso, todos

³² Se entiende así desde el caso “Funke v. Francia” (25 de febrero de 1993, solicitud 10828/84), (ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884).

los pronunciamientos del TEDH sobre el *nemo tenetur* se refieren a personas naturales³³. En lo que respecta a personas jurídicas, el TEDH no se ha pronunciado expresamente sobre si es una garantía que puede reconocerse a las personas jurídicas cuando son sujetos pasivos del proceso penal. Sin embargo, sí ha reconocido a las corporaciones otras de las garantías procesales del referido art. 6 CEDH. Es el caso, por ejemplo, del derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial³⁴, a la igualdad de armas³⁵, a una audiencia oral y pública³⁶, o a ser juzgado en un tiempo razonable³⁷. Esto hace pensar que sea probable que el TEDH se pronuncie en favor de un *nemo tenetur* corporativo.

En cualquier caso, el devenir de la jurisprudencia de Estrasburgo en torno al *nemo tenetur* respecto de personas físicas puede ser de utilidad para delimitar lo que constituye el núcleo o contenido esencial de la garantía objeto de análisis. Concretamente, considero importante destacar su progresiva relativización o restricción.

El primer hito vino marcado por el caso Saunders³⁸ (1996). En este pronunciamiento, el TEDH sentó doctrina sobre dos aspectos. Por un lado, estableció la prohibición de utilizar como prueba en un procedimiento penal las declaraciones obligatorias obtenidas en el marco de una investigación preliminar de carácter extrapenal. Por otro lado, el TEDH determinó que los documentos (y otras pruebas físicas) que existen independientemente de la voluntad del acusado, no entran en el ámbito material de protección del *nemo tenetur*. Así, en virtud de lo que se conoce como la “excepción Saunders”³⁹, estas pruebas pueden utilizarse incluso si se han obtenido mediante coacción contra el acusado⁴⁰.

³³ No obstante, no es infrecuente encontrar algunas aportaciones doctrinales que parecen sugerir lo contrario. Lo critica y detalla HERNÁNDEZ BASUALTO, 2015, p. 222, n. 10.

³⁴ Cfr. SsTEDH, “San Leonard Band Club v. Malta” (29 de julio de 2004, solicitud 77562/01), (ECLI:CE:ECHR:2004:0729JUD007756201); “Gazeta Ukraina-Tsentr v. Ucrania” (15 de julio de 2010, solicitud 16695/04), (ECLI:CE:ECHR:2010:0715JUD001669504).

³⁵ Cfr. Por ejemplo, caso “Dombo Beheer v. Holanda” (27 de octubre de 1993, solicitud 14448/88), (ECLI:CE:ECHR:1993:1027JUD001444888). Algún autor ha confundido el derecho a la igualdad de armas con el *nemo tenetur* corporativo. Así, por ejemplo, ENGELHART, M., *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance*, Berlin, Duncker & Humblot, Berlin, 2010, p. 475 n. 151. Lo hace notar también, HERNÁNDEZ BASUALTO, H., *Revista de Derecho XLIV 1/2015*, p. 221. Cfr. También, STEDH “Dacia S.R.L. v. Moldavia” (18 de marzo de 2008, solicitud 3052/04), (ECLI:CE:ECHR:2009:0224JUD000305204); “European University Press GmbH v. Austria” (24 de junio de 2010, solicitud 36942/05), (ECLI:CE:ECHR:2010:0624JUD003694205).

³⁶ Cfr. STEDH, “Coorplan-Jenni GmbH y Hascic v. Austria” (27 de julio de 2006, solicitud 10523/02), (ECLI:CE:ECHR:2006:0727JUD001052302).

³⁷ Cfr. STEDH, “Marpa Zeeland B.V. y Metal Welding B.V. v. Holanda” (9 de noviembre de 2004, solicitud 46300/99), (ECLI:CE:ECHR:2004:1109JUD004630099).

³⁸ Cfr. STEDH, “Saunders v. Reino Unido” (17 de diciembre de 1996, solicitud: 19187/91), (ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791). En igual sentido, cfr. por todas, STEDH “John Murray v. Reino Unido” (8 de febrero de 1996, solicitud 18731/91, rechazada) (ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191).

³⁹ Cfr. STEDH, “Saunders v. Reino Unido” (17 de diciembre de 1996, solicitud: 19187/91), (ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791). Especialmente, párrafo 69.

⁴⁰ Debe recordarse, sin embargo, la STEDH, “J.B. v. Suiza”, (3 de mayo de 2001, solicitud 31827/96) (ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796). En este caso, se solicitó al denunciante, sospechoso de evasión

Este criterio respecto de los documentos y otras evidencias distintas de la declaración *stricto sensu*, se ha mantenido hasta la fecha. Y a ello se ha sumado una relativización o restricción progresiva de la inicial prohibición de utilizar como prueba las declaraciones obtenidas mediante coacción. El giro doctrinal vino con la decisión Jalloh⁴¹ (2006), en la que el TEDH abrió el principio de *nemo tenetur* a una dogmática de la ponderación, al declarar que solo existe una vulneración del art. 6 CEDH si el procedimiento en su conjunto deja de parecer justo. Esta interpretación flexibilizada del *nemo tenetur* viene respaldada por las sentencias Weh (2004) y O'Halloran y Francis⁴² (2007), en las que se fijaron una serie de criterios con base en los cuales debe permitirse la valoración de las declaraciones obtenidas bajo coacción⁴³. No obstante, en el caso Marttinen⁴⁴ (2009), el TEDH volvió a declarar, citando las sentencias Funke y Saunders, que los intereses públicos como tales no pueden justificar las limitaciones al principio *nemo tenetur*.

Ciertamente, el enfoque —no siempre unitario— del TEDH respecto del derecho a no confesarse culpable, responde más a razones pragmáticas que dogmáticas⁴⁵. Lo cual presenta el riesgo de que el principio *nemo tenetur* se desvalorice de forma general⁴⁶. Sin embargo, ello no impide afirmar que, hoy por hoy, Estrasburgo se inclina por una concepción estrictamente procesal de dicha regla⁴⁷, únicamente aplicable a los actos de cooperación comunicativa (declaración del acusado, aportación de información generada voluntariamente y documentos con valor explicativo propio)⁴⁸. Como se ha mostrado, el TEDH admite la coacción para la entrega activa de información que existe independientemente de la voluntad del acusado, aunque tenga carácter autoincriminatorio. Se entiende que la función del *nemo tenetur* se limita a

fiscal, que presentara todos los documentos relativos a determinadas empresas. En lugar de aplicar la “excepción Saunders”, el TEDH consideró que existía vulneración del *nemo tenetur* porque la petición de información era tan genérica que en realidad consistía en una declaración del demandante sobre su situación económica.

⁴¹ Cfr. STEDH, “Jalloh v. Alemania” (11 de julio de 2006, solicitud 54810/00) (ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000), de un sospechoso de tráfico de drogas.

⁴² Cfr. SsTEDH, “Weh v. Austria” (8 de abril de 2004, solicitud 38544/97) ECLI:CE:ECHR:2004:0408JUD003854497 y “O'Halloran y Francis v. Reino Unido” (29 de junio de 2007, solicitudes 15809/02 y 25624/02) (ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902).

⁴³ Cfr. las ya citadas SsTEDH, “Jalloh v. Alemania”, §§ 118-122; “O'Halloran y Francis c. Reino Unido”, §§ 53-54. Además: “Heaney y McGuinness v. Irlanda”, (ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097), §§ 51-55; El TEDH entiende que debe ponderarse en función del tipo y la gravedad de la coacción para obtener información, el peso del interés público en la persecución de la infracción penal o la existencia de garantías procesales adecuadas. Además cfr. en igual sentido de admitir que el *nemo tenetur* es compatible con la coacción estatal, SsTEDH “Allen v. Reino Unido” (11 de julio de 2006, solicitud 54810/00) (ECLI:CE:ECHR:2013:0712JUD002542409), § 44, en un caso de sospechoso de asesinato.

⁴⁴ Cfr. STEDH, “Marttinen v. Finlandia” (21 de abril de 2009, solicitud 19235/05) (ECLI:CE:ECHR:2009:0421JUD001923503), § 74.

⁴⁵ Cfr. BIRDING, 2008, pp. 58-63, 61 y ss.

⁴⁶ Cfr. ASWORTH, 2008-2009, pp. 751 ss.

⁴⁷ Cfr., entre otros, JACKSON, 2009, pp. 835-861, con referencias.

⁴⁸ El concepto de documentos con valor explicativo propio tiene su origen en la STEDH, “J.B. v. Suiza”, (3 de mayo de 2001, solicitud 31827/96). Cfr. Lo referido *supra* en nota 40.

asegurar la distribución procesal de la carga de la prueba entre el Estado y el acusado⁴⁹. Esta no sería posible si se obligase a declarar como testigo a quien es acusado. Pero, más allá de los actos de naturaleza estrictamente comunicativa, el TEDH considera que no existe un conflicto de roles que cuestione la legitimidad del procedimiento sancionatorio. Así, el derecho de defensa del acusado se entiende protegido cuando se garantiza la libertad de declarar, que debe distinguirse de una inexistente libertad general de autoinculpación⁵⁰. Es decir, se reconoce el *nemo tenetur se ipsum accusare*, pero no el *nemo tenetur se ipsum procedere*.

b. La legislación europea y el TJUE

De acuerdo con lo apuntado anteriormente, y a diferencia del TEDH, el TJUE sí se ha pronunciado sobre el *nemo tenetur* corporativo, en el marco de los procedimientos sancionatorios por infracciones de la competencia. Concretamente, en el fallo del caso *Orkem*⁵¹ (1989) —que asentó la doctrina vigente hasta la fecha en relación con los deberes de colaboración de las empresas imputadas—, el TJUE rechazó expresamente que las corporaciones tengan un derecho a guardar silencio o a no colaborar. En el marco del derecho de la competencia solo se acepta un derecho a la negación, como límite derivado del derecho de defensa de la persona jurídica procesada. En este sentido, la corporación puede (a través de su representante) negarse a contestar a las preguntas que supongan reconocer su involucración en hechos prohibidos⁵².

Se trata de una decisión que ha sido muy criticada, pero que ha continuado aplicándose hasta la fecha. En este sentido, puede citarse la reciente sentencia del TJUE de 2 de febrero de 2021, en relación con una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional italiano. El TJUE negó el derecho de las personas jurídicas a la no autoincriminación y afirmó que “[...] se puede obligar a la empresa implicada a que facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento y a que presente, si fuere preciso, los documentos correspondientes que obren en su poder, incluso si estos pueden servir para probar, en particular respecto de la propia empresa, la existencia de una conducta contraria a la competencia”⁵³.

La postura del TJUE ha sido criticada por la doctrina, por considerar que difícilmente soportaría un juicio de compatibilidad con la actual doctrina del TEDH. Y, aunque considero que estas críticas son correctas, no parece improbable que, en la

⁴⁹ Muy claro, DANNECKER, 2015a, pp. 991-1027. En especial, pp. 991-1010.

⁵⁰ Esta distinción es traída a colación de forma fundada e ilustrativa por DANNECKER, 2015a, pp. 991-1027.

⁵¹ Cfr. STJUE, de 18 de octubre de 1989 “Orkem v. Comisión”, C-374/87, (ECLI:EU:C:1989:207).

⁵² Cfr. además de la STJUE Orkem, las SsTJUE de 29 de junio de 2006, “SGL Carbón v. Comisión”, C-301/04, (ECLI:EU:C:2006:432), §§ 41-42, y de 25 de enero de 2007, “Dalmine v. Comisión”, C-407/04, (ECLI:EU:T:2004:220), § 34.

⁵³ Cfr. STJUE, “DB v. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa”, C-481/19, (ECLI:EU:C:2021:84), § 46.

práctica del TJUE continúen imponiéndose decisiones sustentadas en razones exclusivamente pragmáticas, orientadas a la eficacia de la investigación y contrarias a una libertad de declarar de la persona jurídica imputada. Algo que, pese a su dudosa compatibilidad con la doctrina del TEDH, refleja también la tendencia en el Derecho comparado.

3.2. *La experiencia comparada: el nemo tenetur corporativo en el Derecho estadounidense*

La jurisprudencia comparada se inclina por no reconocer un *nemo tenetur* a la persona jurídica. A la vista de que no es posible abordar aquí un estudio detallado de esta cuestión, trataré de ilustrarlo a partir del caso del ordenamiento jurídico estadounidense. Existe cierto consenso en considerar que este es el precedente sobre el que se basan muchos de los modelos de responsabilidad (penal) corporativa —entre ellos, el español—. Esto lo convierte en un importante parámetro de interpretación: saber de dónde venimos es, muchas veces, la mejor forma de conocer a dónde vamos.

a. *¿Nemo tenetur de la persona jurídica?*

En Estados Unidos, la *U.S. Supreme Court* ha negado expresamente la posibilidad de que las personas jurídicas tengan derecho a no declarar contra sí mismas. El *leading case* que sentó el precedente en este sentido fue el fallo de la *U.S. Supreme Court* en *Hale vs. Henkel*⁵⁴. En este caso, el Sr. Edwin Hale, directivo de una empresa a la que se investigaba por presuntas vulneraciones de la Ley Sherman de 1903, se negó a testificar y a cumplir con un requerimiento que le exigía presentar numerosos documentos, acuerdos y correspondencia pertenecientes a la corporación, en el marco de dicha investigación. Entre otros, apeló a su derecho a la Quinta Enmienda, que proscribe la compulsión a declaraciones auto-inculpatorias. Sin embargo, el Tribunal entendió que las personas jurídicas no son destinatarias del derecho a la no auto-incriminación garantizado por la Quinta Enmienda, porque se trata de “entidades ficticias” (*creatures of the State*), que solo pueden prestar declaración a través de personas físicas ya protegidas por su propio derecho al silencio.

Desde entonces, la jurisprudencia en torno a la negación de un derecho corporativo a la Quinta Enmienda no ha variado. Es más, incluso se reforzó cuando la sentencia *United States v. White*⁵⁵ añadió a las razones expuestas, la incapacidad de las empresas para experimentar el “cruel dilema”⁵⁶ que justifica el *nemo tenetur*. Lo cual ha sido respaldado en pronunciamientos posteriores⁵⁷. De este modo, aunque algunos

⁵⁴ Cfr. caso *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43, 70 (1906). Especialmente, §§ 69-70 y 74-75.

⁵⁵ Cfr. Caso *United States v. White*, 322 U.S. 694 (1944). Especialmente, §§ 698-699.

⁵⁶ Con esta expresión se hace referencia a la situación de conflicto en la que se encuentra el sujeto pasivo que debe decidir entre contribuir a su propia condena, mentir (que es delito en algunas jurisdicciones) o incurrir en desacato (entendiendo este como una suerte de tortura moral).

⁵⁷ Cfr. por su relevancia como precedentes jurisprudenciales, *Bellis v. United States* 417 U.S. 85 (1974) y

autores critican este planteamiento y abogan por un *nemo tenetur* corporativo⁵⁸, sigue predominando la idea de que los privilegios y facultades que se reconocen a las corporaciones no son equiparables a los derechos de los individuos⁵⁹.

b. *¿Nemo tenetur de los “corporate officers”?*

En este sentido, merece una especial mención la doctrina de la entidad colectiva o “*collective entity doctrine*”, que resultó del caso *Hale v. Henkel* que aquí se ha comentado. En virtud de esta regla, ni las personas jurídicas (en tanto que entidades artificiales) ni sus los agentes personas físicas que las representan (en tanto que su *longa manus*) pueden negarse a proporcionar la documentación que se les requiere en una citación (*subpoena duces tecum*)⁶⁰. De este modo, las personas físicas no pueden invocar el privilegio de la no-autoincriminación cuando se les cita en su calidad de *corporate officers* para que presenten documentos que pertenecen o se relacionan con las funciones de la entidad colectiva. Y, aunque la “*collective entity doctrine*” tiene detractores⁶¹, lo cierto es que su acogida jurisprudencial ha sido mayoritaria⁶².

Es más, el desarrollo de esta doctrina en pronunciamientos posteriores ha limitado aún más el derecho a no auto-incriminarse de las personas físicas, con figuras como la excepción de registros obligatorios o “*required records exception*”⁶³ —en cuya virtud deben entregarse los registros que en ciertos contextos regulatorios son obligatorios para las empresas, aunque tengan carácter privado—, o la doctrina del acto de producción o “*act production doctrine*”⁶⁴ —que limita la protección de la Quinta Enmienda al testimonio o a documentos con carácter comunicativo equivalente—. La difícil compatibilidad de algunas de estas doctrinas limitadoras del *nemo tenetur* individual (no corporativo) con la jurisprudencia en el plano internacional de los derechos humanos y de otras tradiciones constitucionales es evidente⁶⁵. A tal efecto,

caso *Murphy v. Waterfront Commission* 378 U.S. 52 (1964). La vigencia de esta línea jurisprudencial ha quedado patente en casos más recientes. Por ejemplo: *United States v. Hubbell*, 530 U.S. 27 (2000), *In re Grand Jury Empanelled* May 9, 2014, 786 F.3d 255, 259, 261 (3d Cir. 2015), *In re Twelve Grand Jury Subpoenas*, 908 F.3d 525, 529–30 (9th Cir. 2018), *Wood v. U.S. Bank National Association et al.*, C. A. No. 2017-0034-JT, Court of Chancery of Delaware, (2021).

⁵⁸ Cfr., WINKLER, 2018, pp. 161-191. Cfr. También, ROCHON/SCHMITT/HERBERT, 2019, 9 páginas.

⁵⁹ De hecho, estas cuentan con otros privilegios o facultades que no serían aplicables a los individuos. Por ejemplo, la responsabilidad limitada. Cfr. HIGGINS, 2010, p. 379.

⁶⁰ Cfr. MOSTELLER, 1987, p. 49 s.

⁶¹ Cfr. la crítica de MACLIN, T., 2021, 78 páginas, con abundantes referencias sobre la evaluación y aplicación de esta doctrina. También, LINDVALL, 2020, pp. 211-230.

⁶² Desde que el caso *Hale v. Henkel* pusiera fin a la doctrina asentada en *Boyd*, la *US Supreme Court* ha reconocido la “*collective entity doctrine*”. Desde entonces, la interpretación ha ido ampliándose o matizándose (cfr. casos *Wilson*, *Wheeler*, *White*, *Curcio*, *Bellis*, *Fischer* y *Doe*) y el caso *Braswell* (1988) mostró que esta sigue vigente. Las referencias y una explicación de cada caso pueden encontrarse en MACLIN, 2021, pp. 26-61. Cfr. también *Wood v. U.S. Bank National Association et al.*, from the Court of Chancery of Delaware, C. A. No. 2017-0034-JT (2021).

⁶³ Cfr. casos *Saphiro v. United States* 335 U.S. 1 (1948), *Marchetti v. United States* 390 U.S. 39 (1968) y *Grosso v. United States* 390 U.S. 62 (1968).

⁶⁴ Cfr. caso *Fisher v. United States*, 425 U.S. 391 (1976) §§ 410 ss.

⁶⁵ Pero esta práctica respecto de personas físicas, cuestionable desde el punto de vista de los derechos

baste con pensar en la jurisprudencia del TEDH, en la que —como se vio anteriormente— las personas físicas gozan de protección respecto de contenidos auto-incriminatorios, con independencia del origen de la información y sin que exista un condicionante en función de su puesto como agentes corporativos.

c. El “compliance tramp” como consecuencia y propuestas de solución

La valoración que desde el punto de vista del *nemo tenetur* como garantía procesal en el marco de un Estado de Derecho merecerían muchas de las figuras de la jurisprudencia estadounidense que aquí se han apuntado, requeriría de un análisis profundo. Pero el objetivo de este texto es más modesto: se trata de mostrar que las restricciones al *nemo tenetur* en el marco de la empresa son jurisprudencia consolidada, con una clara tendencia a expandirse en favor de los intereses de persecución penal.

En este contexto, algunos autores han denunciado que, como consecuencia de esta praxis, las organizaciones se encuentran en una situación de “*compliance tramp*” o “trampa de *compliance*”: las empresas no evalúan la eficacia de su *compliance*, porque de la información sobre comportamientos problemáticos podría ser utilizada contra la empresa en futuros procedimientos o en medios de comunicación. Para evitar esto, el *Model Penal Code* o Código penal modelo prevé una “*compliance defense*”, que podría servir para impedir el castigo corporativo. Pero, además de que el alcance de dicha protección no está claro⁶⁶, en la práctica hay otros factores (como la gravedad de las infracciones, la cooperación o la capacidad de pago de las multas), que han demostrado ser más decisivos para la decisión sobre el castigo a la organización⁶⁷.

Como alternativa, se plantea la formulación de un “*compliance privilege*” o privilegio de *compliance*, en cuya virtud se proteja la información derivada de las medidas propias de un programa de cumplimiento, de forma similar a como se protegen las comunicaciones abogado-cliente⁶⁸. Este sería el caso, por ejemplo, del llamado “*self-evaluative privilege*”⁶⁹. Se trata de una construcción jurisprudencial que plantea proteger los documentos generados en aras de mejorar el *compliance*⁷⁰. Con ello, se pretende favorecer el interés público de que las corporaciones inviertan en tener medidas de *compliance* adecuadas, sin el temor de que la información generada pueda

humanos, debe distinguirse de la negación de un derecho a no auto-incriminarse de las personas jurídicas. Así lo acusa HERNÁNDEZ BASUALTO, H., 2015, pp. 226-227.

⁶⁶ Cfr. HENNING, 2012, pp. 922 ss.

⁶⁷ Sobre ello, recientemente y con referencias, ROOT MARTINEZ, 2020, pp. 85-112.

⁶⁸ Cfr. KAPLAN/ MURPHY, 2021, § 5:41-51.

⁶⁹ Cfr. CORPORATE PRIVILEGES AND CONFIDENTIAL INFORMATION, §§ 6.01 FN 1, 6.03 LexisNexis (2019). También se lo denomina “*self-critical analysis privilege*” o “*the privilege of self-critical evaluation*”.

⁷⁰ Parece que este privilegio tiene su origen en el caso *Bredice v. Doctors Hosp., Inc.*, 50 F.R.D. 249, 251 (D.D.C. 1970). Sin embargo, existen numerosos casos en los que no se ha reconocido. Cfr. el análisis de BLUM/ TURRO, 2003, pp. 44-45.

ser utilizada en su contra⁷¹. Sin embargo, tampoco esta parece ser una solución adecuada: el reconocimiento de tal privilegio es problemático⁷² y muy limitado⁷³.

De este modo, algunas de las propuestas más recientes se inclinan por ofrecer soluciones que tengan en cuenta tanto los intereses de las autoridades como los de las propias empresas y que son similares a las que ya aplican en otras ramas del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, puede destacarse la reciente propuesta de Garrett, que apuesta por un “*Mandated confidential reporting of compliance*”, consistente en que la corporación esté obligada (bajo amenaza de sanción) a informar sobre sus obligaciones en materia de *compliance* para que dicho programa de cumplimiento sea validado por las autoridades. A cambio, la información derivada ese informe mandatorio no podrían trasladarse al procedimiento⁷⁴.

Como tratará de mostrarse en la presente investigación, los pronunciamientos de la *U.S. Supreme Court* en esta materia, así como las propuestas legales y doctrinales que de ella se derivan podrían llegar a tener una importante resonancia en el modelo español. Pese a que no está exento de problemas, el camino marcado por el Derecho estadounidense puede servir para arrojar luz sobre una materia sobre la que existe una confusa incertidumbre. Así, aunque la legislación española es favorable a un *nemo tenetur* corporativo, su traducción práctica plantea importantes dificultades interpretativas.

3.3. *El nemo tenetur corporativo en el ordenamiento jurídico español*

Como se expuso anteriormente, el TC aún no se ha pronunciado sobre si las personas jurídicas pueden ser destinatarias del *nemo tenetur*. Ahora bien, pese al silencio constitucional, en la legislación procesal española sí se reconoce expresamente el derecho a no declarar de las personas jurídicas que son procesadas. Ello ocurre tanto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) vigente, como en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado por el Consejo de ministros, el 24 de noviembre de 2020 (en adelante, el Anteproyecto LECrim). Sin embargo, tal y como

⁷¹ Cfr. Caso *Felder v. Wash. Metro. Area Transit Auth.*, 153 F. Supp. 3d 221, 224–25 (D.D.C. 2015).

⁷² Cfr. por todos, FLANAGAN, 1983, pp. 574–76.

⁷³ Existen distintos estándares jurisprudenciales que establecen los criterios conforme a los cuales es admisible el *self-critical analysis privilege*. Tradicionalmente se hace referencia al caso *Webb v. Westinghouse Elec. Corp.* 81 F. R. D, 431 (1978). En este caso se concluyó que debían concurrir tres requisitos: i) que los documentos hubieran sido elaborados para un informe obligatorio; ii) que los materiales tuvieran valoraciones subjetivas; iii) que quedase demostrado por parte de los interesados -los demandados- que la necesidad de proteger el interés público supera el interés del demandante en conocer los documentos. Sin embargo, los criterios varían entre jurisdicciones y hoy por hoy no existe un parámetro unitario que aplique a nivel federal. Otros criterios similares, pero con variaciones: *Dowling v. Am. Haw. Cruises, Inc.*, 971 F. 2d 423, 424 (9th Cir. 1992); También: *O’Connor v. Chrysler Corp.*, 86 F. R. D. 211, 217 (D. Mass. 1980). Más recientemente, aplicando los criterios *O’Connor: Block Island Fishing, Inc.*, 323 F. Supp. 3d 158, 161–65 (D. Mass. 2018).

⁷⁴ Cfr. GARRETT/MITCHELL, 2020, pp. 77-78. Se trataría de una solución inspirada en el formulario “*Employer Information Form*” (conocido informalmente como *EEO-1 form*) que las empresas deben remitir a las autoridades en materia laboral.

se ha referido⁷⁵, ello no se está reflejando con tanta claridad en la práctica judicial de la jurisprudencia menor.

a. *Consideraciones de lege lata, a propósito del nemo tenetur corporativo en la vigente LECrim*

En el caso del ordenamiento jurídico español, el derecho de la persona jurídica a no auto-incriminarse se regula en los arts. 409 bis y 786 bis (LECrím). El primero dispone que en la investigación de un hecho en que esté imputada una persona jurídica se le tome declaración al representante especialmente designado, siendo aplicables las reglas sobre la declaración del imputado en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, “incluidos los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable”. Con ello, podría pensarse que el representante queda equiparado al investigado. Sin embargo, el art. 786 bis LECrim (relativo a la declaración en fase de juicio oral), contiene un inciso final que impide extraer dicha conclusión. Así, se dispone que no es posible designar como representante procesal de la persona jurídica “a quien haya de declarar en el juicio como testigo”. De este modo, el texto legal *in fine* impide nombrar representante procesal a quien posea información relevante, convirtiendo la legislación vigente en un instrumento concebido más para la acusación que para la defensa⁷⁶.

En este sentido, parte de la doctrina⁷⁷ entiende que la referida disposición cumple la necesaria función de evitar que las corporaciones imputadas lleven a cabo designaciones fraudulentas, principalmente orientadas a garantizar el silencio de testigos que pudieran declarar en su contra. Sin embargo, se critica el carácter absoluto de la legislación y se aboga por una interpretación material de dicha prohibición. Ciertamente, dicha crítica tiene sentido: tan lesivo para el derecho de defensa es obligar a la auto-incriminación de quien es sujeto pasivo del proceso, como el hecho de que quien deba decidir sobre si acogerse o no a un derecho al silencio carezca de los conocimientos necesarios para actuar en el mejor interés de la corporación contra la que se dirige el procedimiento.

Por este motivo, se aboga por interpretar el vigente art. 786 bis LECrim como una prohibición de fraude procesal, limitando su aplicación solo a aquellos casos en los que se pretende bloquear la investigación penal, mediante una designación que escapa de toda razonabilidad, en atención al peso de la concreta persona en la organización. En los demás casos, se propone que el representante procesal pueda actuar como tal, aunque sea llamado como testigo, teniendo derecho a guardar silencio a pesar de dicho llamamiento⁷⁸. Prerrogativa que la doctrina propone extender a todos

⁷⁵ Cfr. *supra* notas 5 y 6.

⁷⁶ Lo expresa de este modo, DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2012, p. 9.

⁷⁷ Cfr. por ejemplo, DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2012, p. 10; DEL MORAL GARCÍA, 2013, pp. 298 s.; GASCÓN INCHAUSTI, 2012, p. 139; GIMENO BEVIÁ, 2014, pp. 114 s.

⁷⁸ Cfr. por ejemplo, DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2012, p. 10; DEL MORAL GARCÍA, 2013, p. 299.

aquellos que, sin ser designados como representantes procesales de la persona jurídica, estén en condiciones de serlo⁷⁹.

Al respecto, se pronunció la referida STS 154/2016, de 29 febrero (ECLI:ES:TS:2016:613). *Obiter dicta* se puso de manifiesto “la posible conculcación efectiva del derecho de defensa de la persona jurídica al haber sido representada en juicio, y a lo largo de todo el procedimiento, por una persona física objeto ella misma de acusación y con intereses distintos y contrapuestos a los de aquella”, así como la necesidad “de que la misma fuera representada [...] por alguien ajeno a cualquier posible conflicto de intereses procesales con los de la entidad, que debería en este caso ser designado, si ello fuera posible, por los órganos de representación, sin intervención en tal decisión de quienes fueran a ser juzgados en las mismas actuaciones”. Además, el Alto Tribunal ya exhortó en esta primera sentencia a los órganos judiciales a fiscalizar el controvertido trámite de designa, así como al Legislador a establecer la oportuna regulación (FJ 8, apdo. 5). En los mismos términos se pronunciaron las SSTS 583/2017, de 19 julio (ECLI: ES:TS:2017:3210), y 123/2019, de 8 marzo (ECLI: ES:TS:2019:757)⁸⁰.

El Anteproyecto LECrim era una oportunidad para esclarecer este conflicto interpretativo y regular de un modo adecuado el derecho a la no autoincriminación de la persona jurídica (a través de su representante legal). No obstante, como se verá a continuación, el texto del Anteproyecto mantiene esta cuestionada previsión, para evitar que el silencio de la persona jurídica solo interese para evitar las imputaciones a personas físicas⁸¹. Pero, para hacerla compatible con la no auto-incriminación de la persona jurídica, obliga a designar al *compliance officer* como representante procesal de la corporación imputada. Como se verá a continuación, esta previsión sí posibilitaría la materialización de una parte importante de dicha garantía cuando se reconoce a la empresa. Pero la regulación no es suficientemente completa: nada se dice del resto de individuos que —en razón de su cargo— pueden conocer información potencialmente perjudicial para la entidad procesada y que, sin embargo, en el más que probable caso de que fueran llamados como testigos, tendrían obligación de decir verdad. Lo cual mantiene las dudas de que sea realmente posible y/o probable un *nemo tenetur* a las personas jurídicas imputadas desligado de los intereses de sus miembros.

⁷⁹ Cfr. *Ibidem*. Además, en igual sentido, pero considerando que es una interpretación de *lege ferenda*, GASCÓN INCHAUSTI, 2012, pp. 139 y 141.

⁸⁰ Esta última declaró la nulidad de la sentencia condenatoria de la persona jurídica —y también de la persona física—, al estimar un déficit relevante en las condiciones en las que la persona jurídica pudo desarrollar su defensa en el plenario, porque fue representada procesalmente por la misma Procuradora y defendida por el mismo Letrado que actuaban en representación y defensa de otro acusado con el que se había apreciado la existencia de intereses contrapuestos” (FJ 1º). Cfr. comentario a dicha sentencia, en relación con la posición de garante de la persona jurídica, GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2019, pp. 1-24.

⁸¹ Sobre el modo en el que la regulación vigente de las normas que guían el procedimiento penal contra las personas jurídicas imputadas se ha previsto en el Anteproyecto LECrim, cfr. CAELLAS CAMPRUBÍ, 2021, pp. 1-18.

b. *Consideraciones de lege ferenda, a propósito del nemo tenetur corporativo en el anteproyecto de LECrim*

El Anteproyecto LECrim regula el derecho al silencio en el art. 17, otorgándole un reconocimiento amplio. El primer apartado del precepto señala que nadie puede ser obligado a confesarse culpable ni a declarar contra sí mismo, indicando, además, que del silencio de la persona encausada o de su negativa a declarar no podrán extraerse consecuencias que le perjudiquen (art. 17.1). Después, se prevé expresamente que al encausado no se le exigirá que preste juramento o promesa y que no podrá ser perseguido por el delito de falso testimonio por las declaraciones que realice (art. 17.2). Junto a ello, el Anteproyecto dispone que se interrumpa la declaración de un testigo para informarle de su derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo cuando en el curso de su declaración se ponga de manifiesto su posible responsabilidad penal (art. 17.3). Asimismo, se acoge expresamente la doctrina del TEDH en relación con la “excepción Saunders” de prohibir la utilización de manifestaciones o documentos previamente obtenidos bajo amenaza de sanción (art. 17.4). Finalmente, se regula expresamente la posibilidad de que quien tenga o haya tenido la condición de persona encausada en un procedimiento penal pueda declarar en otro distinto, que verse sobre los mismos hechos, con la salvaguarda expresa, también en este otro proceso, de su derecho a no declarar, permitiendo incluso que acuda a esta declaración con asistencia letrada (art. 17.5).

En cuanto al alcance subjetivo del derecho a la no autoincriminación, al igual que con la legislación vigente, el Anteproyecto LECrim reconoce esta garantía a quien sea sujeto pasivo del proceso y, por tanto, la extiende a personas jurídicas. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurrió con la vigente LECrim, el Anteproyecto LECrim regula las reglas del proceso penal dirigido contra la persona jurídica en un capítulo autónomo —el Capítulo III del Título II del Libro I—. El derecho al silencio se menciona expresamente en varios de sus artículos⁸².

Sin embargo, pese a dicho reconocimiento formal, es dudoso el alcance que el derecho al *nemo tenetur* de la persona jurídica vaya a tener en la práctica un reconocimiento *material* tan claro, en caso de aprobarse el Anteproyecto LECrim previsto. El motivo de esta incertidumbre no es otro que el régimen previsto para que la persona jurídica pueda prestar declaración en calidad de sujeto pasivo del proceso penal. Al igual que en la legislación vigente, se prevé que la corporación encausada preste declaración a través de su representante procesal. Y, como ya hiciera el Borrador de

⁸² Así, por ejemplo, el art. 83, relativo a la intervención de la persona jurídica prevé que: “[...] le será de aplicación lo dispuesto en la presente ley para la declaración de la persona encausada en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluido el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”. En igual sentido, el art. 84, relativo a la declaración de la persona jurídica procesada en sede de juicio oral, se explicita que “[...] tendrá derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable y podrá ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio”.

Código Procesal Penal de 2013, el actual Anteproyecto LECrim atribuye la representación de la persona jurídica encausada al “director del sistema de control interno de la entidad”; es decir, a quien sea el *compliance officer* u oficial de cumplimiento, en tanto que persona encargada de supervisar la eficacia del modelo de prevención de delitos adoptado en la empresa. Este deberá haber sido designado por el máximo órgano de gobierno o administración de la entidad imputada, hallarse directa e inmediatamente bajo su autoridad y disponer de poder especial otorgado al efecto. Todo ello, en el momento en el que se produzca la imputación de la persona jurídica e independientemente de que la persona física de la que se trate no hubiera ocupado dicho cargo al tiempo de los hechos objeto de imputación (art. 81.1). Subsidiariamente, en aquellos supuestos en los que la persona jurídica no cuente con un (*chief*) *compliance officer* que cumpla con estas características, se establece que la entidad nombre a “otra persona que acepte la representación” o, a falta de dicha designación, que sea el Juez de Garantías quien, a instancia del Ministerio Fiscal, designe “a quien ostente el máximo poder real de decisión en el órgano de gobierno o administración o como administrador de hecho” (art. 81.2). En cualquier caso, el Anteproyecto LECrim mantiene la prohibición de designar como representante procesal de la persona jurídica a quien deba declarar como testigo (81.3).

Como puede observarse, el Anteproyecto LECrim trata de ofrecer una solución a los problemas que plantea la figura del representante procesal de la persona jurídica bajo el actual régimen de la LECrim. En no pocos casos, el director de cumplimiento normativo será una de las personas con más información y con mayor capacidad de perjudicar a la persona jurídica. Por ello, excluirlo de la posibilidad de ser llamado como testigo sí puede servir para garantizar el *nemo tenetur* de la persona jurídica. Sin embargo, no por eso se está garantizando del mejor modo el derecho de defensa de la persona jurídica imputada. Para ilustrarlo, baste con destacar dos cuestiones conflictivas, con incidencia directa en el camino hacia la afirmación de un *nemo tenetur* corporativo.

En primer lugar, está la cuestión del posible conflicto de intereses cuando coincidan el representante de la persona jurídica encausada y la persona física también encausada⁸³. Algo que es más que probable cuando a falta de órgano responsable de la función de cumplimiento normativo, sea nombrado el máximo responsable del propio órgano de administración, sin excepcionar los casos en que quienes lo integran sean asimismo encausados junto con la sociedad. En segundo lugar, no es incontestable que el director de cumplimiento sea la persona más indicada (en todo caso) para representar los intereses de la sociedad imputada, “pudiendo” faltar a la verdad aún cuando esté en conflicto de intereses con la corporación. A ello se une

⁸³ Cfr. en igual sentido, respecto del Anteproyecto de LECrim, CAELLAS CAMPRUBÍ, 2021, pp. 4 ss. Sobre dicho conflicto, ya planteado en la jurisprudencia del TS, GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2019a, pp. 1-24 e ID. 2020, pp. 200 ss.

que el Anteproyecto no concreta si deben exceptuarse de esta regla general los casos en los que quien fuera *compliance officer* en el momento de los hechos deba declarar como testigo o como investigado. Finalmente, la regulación proyectada impide que, por ejemplo, el abogado externo de la persona jurídica pueda ser *compliance officer* (algo que en la práctica es frecuente y, en muchas ocasiones, recomendable).

A la vista de los problemas que plantea la figura del representante procesal de la persona jurídica, podría llegar a sostenerse —*contra legem*, pero de un modo hipotéticamente razonable—, que bastaba con salvaguardar la libertad de declarar de sus representantes, en calidad de tales, sin necesidad de interferir en las decisiones internas en materia de representación y sin renunciar a la información que pueden aportar como testigos⁸⁴. En último término, los intereses de las personas físicas que declaren en el mismo procedimiento que la empresa encausada o de las que lo hagan en su nombre, no pueden distinguirse tan fácilmente de los de la propia corporación⁸⁵. Esta, como se expuso anteriormente, es una prestación de sus miembros. Sus intereses son instrumentales, no autónomos: dependerán de los de los individuos que —bien como investigados, o bien como testigos— deban intervenir en el procedimiento.

En cualquier caso, la incuestionable relevancia que los individuos personas físicas tienen para la defensa de la persona jurídica hace necesario que el estudio del *nemo tenetur* corporativo no se centre solo en la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso. En cambio, para determinar de qué modo salvaguardar los intereses procesales de la corporación imputada, es preciso atender a dos grupos de sujetos. Por un lado, debe atenderse a la libertad de declarar de las personas físicas que integran la organización y que pueden afectar indirectamente a la defensa corporativa (4.1). Por otro lado, es preciso estudiar en qué medida se puede reconocer un *nemo tenetur* a la propia sociedad (4.2).

4. Nemo tenetur y responsabilidad corporativa

4.1. *Personas físicas vinculadas a los intereses de la persona jurídica*

Como acaba de apuntarse, la defensa procesal de la persona jurídica siempre depende de las personas físicas que la integran. Lo cual abarca a un grupo de personas amplio y heterogéneo. A saber: aquellos con capacidades ejecutivas y de organización (administradores, directivos, socios); quienes han prestado servicios a la persona jurídica y/o tienen capacidad de representarla (abogado externo, consultor, auditor, etcétera); y, finalmente, los trabajadores de la corporación.

⁸⁴ En el mismo sentido, cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, 2015, p. 254.

⁸⁵ El TS lo ha entendido así en los casos de sociedades pantalla —STS 154/2016, de 29 febrero (ECLI: ES:TS:2016:613)— y en los que los accionistas y administradores sean igualmente acusados —STS 583/2017, de 19 julio (ECLI: ES:TS:2017:3210)—. Sin embargo, la STS 123/2019, de 8 marzo (ECLI: ES:TS:2019:757), incide en la posibilidad de que sí exista conflicto de intereses cuando: i) junto al accionista acusado haya otros que no lo estén; ii) que existan otros administradores mancomunados que no hubieran sido acusados.

De ahí que, para determinar el alcance del *nemo tenetur* corporativo, sea necesario atender al modo en el que los individuos que en mayor o menor medida se encuentran vinculados a la empresa pueden ejercitar su libertad de declarar. Ello, desde dos puntos de vista: en tanto que posibles co-acusados con la persona jurídica imputada (4.1.a) y en tanto que garantes de los intereses procesales de la entidad (4.1.b).

a. *La persona física como titular del nemo tenetur en su propio interés de defensa*

En términos generales, la persona física que sea llamada al procedimiento podrá ejercitar durante su declaración el derecho al silencio, a no confesarse culpable y a no declarar contra sí misma. Ello, tanto en los casos en los que deba comparecer como investigada, así como en aquellos en los que deba hacerlo como testigo. Así lo establecen tanto la jurisprudencia europea, como la legislación y jurisprudencia nacionales, a las que se hizo referencia anteriormente.

Por lo que se refiere al deber de aportar documentación, la problemática es similar a la que se ha planteado en ámbitos como el derecho administrativo-sancionador o tributario. En principio, las personas requeridas estarían obligadas a aportar la documentación que se les solicitara⁸⁶, pues de lo contrario podrían incurrir en un delito de falso testimonio (art. 460 CP) o de desobediencia (art. 556.1 CP). No obstante, si se trata de documentación que puede resultar auto-incriminatoria para la persona física requerida, debería procederse de acuerdo con la doctrina constitucional y europeas, anteriormente referidas. Es decir: las personas físicas vinculadas a la empresa imputada podrían apelar a su derecho a la no auto-incriminación si se les requiriera para que aportasen al proceso documentos u otras fuentes de prueba que las autoridades no podrían obtener por sí mismas de manera inmediata. Pero no podrían invocar tal derecho frente a dichas coacciones, si la información, antes de la comisión del ilícito, se encuentra predeterminada legalmente.

Ahora bien, si esta doctrina ya resulta discutida respecto de personas que son requeridas a título individual, aún es más discutible respecto de aquellos que se integran en una estructura tan compleja como puede llegar a serlo la de una persona jurídica. Y es que, en el contexto de la defensa corporativa, quienes posean información no solo deben hacer valer su propio derecho al *nemo tenetur*. Además, como se verá a continuación, deberán asegurarlo respecto de la corporación en la que se integran, cuando ostenten una posición de garante respecto del interés procesal de la persona jurídica imputada.

b. *La persona física como garante del nemo tenetur en interés de la persona jurídica*

El modelo de Estado actual, al que la doctrina se refiere como “Estado garantizador” (*Gewährleistungstaat*)⁸⁷, encuentra en la colaboración de los individuos con las

⁸⁶ En terminología del Tribunal Constitucional, “soportar prueba”. Cfr., por ejemplo, STC 161/1997 de 2 de octubre (ECLI:ES:TC:1997:161).

⁸⁷ Me inclino por esta traducción y no por “Estado Garante”, siguiendo la sugerencia de SILVA SÁNCHEZ,

autoridades la vía para asegurar sus políticas públicas. Entre otras cuestiones, esto se refleja en la promoción estatal de la colaboración entre los particulares y las autoridades, ya sea como deber positivo especial⁸⁸ o como conducta premiada. En ambos casos, si se facilita la información solicitada/premiada, la persona jurídica puede llegar a ver imposibilitado su derecho de defensa. De este modo, se daría la paradoja de que la posición procesal de la persona jurídica estaría *de facto* mucho más condicionada por la actuación de personas físicas que carecen de potestad para representarla procesalmente, que por la actuación de su propio representante.

Entre otros, un supuesto especialmente problemático es de los individuos que interactúan en el contexto empresarial y que pueden tener deberes positivos de colaboración. Así, puede ocurrir que las personas físicas que integran la empresa tengan un deber de soportar la coacción derivada de un requerimiento de información, que colisione con su posición de garantía respecto de los intereses procesales corporativos. Piénsese, por ejemplo, en todo el ámbito de la prevención de blanqueo de capitales y la ampliación del alcance subjetivo y objetivo de los sujetos obligados y sus deberes⁸⁹. La única prerrogativa que cabría invocar frente a tal solicitud de información sería el derecho/deber de secreto profesional, reconocido en el art. 24.2 CE. Y, como en España no se distingue entre deber de secreto profesional y privilegio de las comunicaciones abogado/cliente, solo podría invocar el deber de reserva la persona física, no la persona jurídica⁹⁰.

En este sentido, la jurisprudencia se ha ocupado de modo paradigmático del caso de los asesores jurídicos —externos e internos— de la persona jurídica⁹¹. Y, en los últimos años, la práctica forense ha evidenciado que también es preciso reflexionar sobre el fundamento, el ámbito de aplicación y los límites del secreto profesional respecto de otros sujetos que también tienen facultades de gestión de información relevante para el proceso. Es el caso, por ejemplo, de los administradores o del *compliance officer* y demás integrantes del órgano de cumplimiento⁹².

2018, p. 76, nota 176. Sobre el cambio del modelo de Estado y su repercusión en el Derecho Penal, cfr. SILVA SÁNCHEZ, 2016, p. 397 ss. con referencias.

⁸⁸ En síntesis, al hacer referencia a “deberes positivos especiales”, la doctrina penal se refiere a las obligaciones impuestas a determinados sujetos —en este caso, a quienes tienen información de la empresa—, consistentes en la evitación de las eventuales lesiones que puedan padecer los bienes objeto de protección. La infracción de tales deberes positivos especiales puede dar lugar a responsabilidad omisiva Cfr. JAKOBS, 1991, 28/26 ss., 28/57 ss., ID., 1994, pp. 26 ss., ID. 2012, pp. 83 ss., ID. 2014, pp. 5, 61. Un desarrollo parcialmente crítico con sus resultados puede encontrarse, por ejemplo, en PAWLIK, 2012, pp. 178 ss., pp. 186 ss. En la doctrina española, ROBLES PLANAS, 2013, pp. 1-20.

⁸⁹ En Europa, cfr. las novedades en esta materia, tras la aprobación la Directiva 2018/843/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo (“Quinta Directiva”), de fecha 30 de mayo de 2018.

⁹⁰ Muy acertadamente, GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2016, pp. 313-362.

⁹¹ Se trata de una cuestión que no puede abordarse aquí con el detalle que requeriría. Cfr. una primera aproximación a la colisión entre deberes positivos de colaboración y secreto profesional, en relación con el *compliance*, en GOENA VIVES, 2019, 32 páginas.

⁹² Cfr. Aguilar Fernández/Liñán Lafuente, 2018, pp. 787-811.

Hasta la fecha, la jurisprudencia del TJUE⁹³ y del TEDH⁹⁴, que se ha pronunciado sobre el caso concreto de los abogados, ha resuelto la cuestión desde una perspectiva eminentemente formal. Así, se pone el acento en si el abogado corporativo (y especialmente el interno) es o no independiente. Se entiende que en la mayor parte de los casos es un *manager* no independiente, desvinculado del derecho de defensa y, por ende, sujeto a ciertos deberes positivos de colaboración con las autoridades. Y, aunque se trata de una solución razonada, no es demasiado razonable, por ignorar que el cuestionamiento del privilegio de confidencialidad no tiene su origen únicamente en el modo en el que se configura la relación con el cliente. Esta visión impide asentar un criterio válido extensible a las nuevas profesiones que eventualmente pudieran surgir en el marco corporativo, como en su día lo fue el cargo de *compliance officer*. De ahí que estime conveniente ofrecer un paradigma alternativo, que permita resolver los interrogantes que se ciernen sobre el secreto profesional de los asesores jurídicos y demás garantes de información al servicio de la persona jurídica, como el *compliance officer*⁹⁵ o los profesionales encargados de conducir una investigación interna.

En este sentido, quizás sea más acertada una aproximación *material*, en función de la labor que el concreto sujeto tenga encomendada⁹⁶. Ello permite atender no solo a los deberes organizativos de dicho profesional para con el cliente (dimensión horizontal), sino también a su papel institucional respecto de la función pública del Estado (dimensión vertical). Desde esta perspectiva, puede afirmarse que podrán acogerse al derecho/deber de reserva quienes, teniéndolo legalmente reconocido, estén directamente vinculados al derecho de defensa de la persona jurídica. Es decir, quienes sean sus letrados en un determinado procedimiento jurisdiccional (con independencia de su carácter interno o externo a la organización de la empresa) y quienes actúen como representantes procesales de la entidad, únicamente respecto de dicha labor de representación (el *compliance officer*, un miembro del órgano de administración o quien estuviera válidamente designado para ello). En el resto de casos, el

⁹³ Por lo que se refiere al TJUE, en su sentencia *AM&S*, la aplicación del principio de confidencialidad quedó subordinada a que se realizara por un abogado “independiente”, que no se encontrara “vinculado a su cliente por medio de una relación laboral”. Cfr. STJUE de 18 de mayo de 1982, “AM & S Europe c. Comisión”, C-155/79, ECLI:EU:C:1982:157, §§ 22-25. Esta tesis que quedó confirmada en el año 2010, al desestimarse el recurso interpuesto por las empresas “Akzo Nobel Chemicals Ltd. y Akcros Chemicals Ltd.”, con base en que el secreto profesional no se extiende al intercambio de opiniones e información entre los administradores de una empresa y el abogado interno que trabaja por cuenta de ella. Cfr. STJCE de 14 septiembre de 2010, Caso “Akzo Nobel chemicals Ltd. y otros”, C-550/07 P., ECLI:EU:C:2010:512.

⁹⁴ Cfr. STEDH de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 12323/11), Caso *Michaud contra Francia*. El TEDH se pronunció a favor de proteger el deber/derecho de confidencialidad de la información intercambiada entre un abogado y su cliente, pero lo limitó a los casos en los que el letrado actúa como defensor. Cfr. con referencias, COCA VILA, 2013a, pp. 1-28.; ID., 2013b, pp. 287-318.

⁹⁵ Cfr. el análisis y la razonable propuesta de AGUILAR FERNÁNDEZ/LIÑÁN LAFUENTE, 2018, pp. 800-804.

⁹⁶ Sobre la categorización material de la posición jurídica del abogado en función del grado de institucionalización de su labor, cfr. GOENA VIVES, 2019, pp. 14 ss.

reconocimiento de un deber/secreto profesional que actúe como límite a un requerimiento judicial de información será poco probable. Las labores de consultoría, supervisión del programa de *compliance* o gestión del canal de denuncias carecen de un privilegio de confidencialidad legalmente definido y solo se encuentran indirectamente vinculadas al derecho de defensa de la persona jurídica⁹⁷. No enervan los crecientes deberes de colaboración que un régimen de autorregulación como el del art. 31 bis impone a los particulares y solo podrán ampararse en el derecho al *nemo tenetur* frente a los requerimientos de información que, impliquen una cooperación comunicativa (recuérdese, en línea con la jurisprudencia del TEDH: declaración en sede judicial, aportación de información generada voluntariamente y documentos con valor explicativo propio).

De este modo, y habida cuenta de las tendencias legislativas y jurisprudenciales en relación con el derecho/deber de confidencialidad, la forma más realista de garantizar el *nemo tenetur* corporativo frente a eventuales requerimientos de información por parte de las autoridades será la de encomendar a un abogado externo la gestión del programa de *compliance*, del canal de denuncias y de las investigaciones internas⁹⁸. Si este está colegiado y, mediante los *disclaimers* oportunos⁹⁹, vincula su labor a una (eventual) defensa procesal, existirán más posibilidades de que la información generada esté amparada por el secreto profesional¹⁰⁰.

Sea como fuere, a los efectos de la presente investigación interesa destacar que a la pregunta por la legitimidad jurídico-conceptual de un *nemo tenetur* corporativo debe seguir necesariamente la cuestión de su viabilidad material. De poco servirá este derecho al silencio si no es más que una carcasa de formalismo, a la que los derechos y deberes de colaboración de quienes integran la organización dejan vacía de contenido. Algo a lo que deben añadirse los retos que ya plantea el pretendido derecho al silencio de la empresa *per se*. Sobre ello se tratará a continuación.

4.2. *La persona jurídica como eventual responsable penal*

Como se ha expuesto anteriormente, las instancias judiciales nacionales y europeas con capacidad de sentar jurisprudencia en España aún no se han pronunciado sobre la viabilidad de reconocer un *nemo tenetur* a las personas jurídicas en materia

⁹⁷ Llegan a la misma conclusión, AGUILAR FERNÁNDEZ/LIÑÁN LAFUENTE, 2018, pp. 802-804.

⁹⁸ Con mayor detalle, cfr. GOENA VIVES, 2021a, pp. 1 ss.

⁹⁹ Debe insistirse en que de la mera promesa de un tratamiento confidencial de la información generada no se genera la relación de confianza protegida por el privilegio de las comunicaciones abogado-cliente. Además de las referencias ofrecidas *supra*, cfr. el estudio de Derecho comparado que se ofrece sobre este tema en BACHMAIER, 2020, pp. 31-41.

¹⁰⁰ Al respecto, cfr. Informe 5/2017 de la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía, en el que se concluye que: “[...] solo un letrado externo sin vinculación permanente con la empresa puede asumir el cargo de *compliance officer* con todos los privilegios propios de su condición de letrado, garantizándonos de este modo que no existe colisión con el secreto profesional o peligro de conflicto de intereses”.

penal¹⁰¹. Sin embargo, la legislación procesal penal (LECrim vigente y proyectada) sí lo ha hecho. Y —en aras de un encomiable garantismo que, sin embargo, podría ser más potencial que efectivo—, ha reconocido el “derecho” de las personas jurídicas a guardar silencio, a no confesarse culpables y a no declarar contra sí mismas¹⁰². Tanto en fase de instrucción, como de juicio oral. Esto es: afirmando el *nemo tenetur* en los mismos términos que para los procesados personas físicas. Esto tiene la incuestionable ventaja de apostar por la priorización de los principios democráticos en el marco del proceso. De modo que, en este punto, podría decirse que se ha hecho una apuesta expresa por separarse del sistema pro-investigación que rige en EE.UU., a fin de equilibrar los intereses en conflicto de un modo justo. Ahora bien, aún debe determinarse si dicho enfoque es acertado en términos funcionales y de coherencia sistemática.

En este sentido, debe remarcarse que la dimensión del Derecho positivo es solo una condición de posibilidad de otras dimensiones valorativas que la preceden y que atienden a la teleología inmanente a la propia acción legislativa, así como a su contexto¹⁰³. En esta línea, la metodología jurídica de construcción de un concepto que aspire a ser correcto debe satisfacer los tres planos en los que este se basa. A saber, el estructural, el teleológico y el legal¹⁰⁴. Es decir, se trata de validar si además de legal, dicho concepto es sostenible en términos lógico-formales y lógico-materiales, así como en su *intensio* funcional. A la vista de ello, tomaré este trípode metodológico como base para justificar si el *nemo tenetur* corporativo es un concepto defendible en términos sistemático-gramaticales, analíticos y político-criminales.

Ello requiere pronunciarse, como mínimo, sobre dos cuestiones eminentemente sustantivas. Por un lado, debe definirse el modelo de interpretación del régimen de responsabilidad corporativa en el que está llamado a operar el *nemo tenetur* de la empresa. Como es conocido, no existe unanimidad doctrinal sobre si la responsabilidad penal de las personas jurídicas se corresponde con un modelo de autorresponsabilidad, de hetero-responsabilidad o uno mixto. Lo cual, además de interés teórico, tiene importantes consecuencias prácticas. En concreto, y por lo que respecta a esta investigación, la interpretación sustantiva de los arts. 31 bis y ss. CP condicionará el modo en el que deba comprenderse el *nemo tenetur* de la empresa.

Así, si se entiende que estamos ante un modelo de responsabilidad por el hecho

¹⁰¹ Recuérdese que, en el ámbito del derecho de la competencia, el TJUE sí se ha pronunciado al respecto, negando que sea posible afirmar un *nemo tenetur* corporativo. Pero, además de que esta materia no es penal, la compatibilidad de tales decisiones con la jurisprudencia del TEDH ha sido cuestionada y aún está por determinar. Cfr. *supra*, 2.1.

¹⁰² En detalle, desde una perspectiva autorizada de Derecho procesal, cfr. NEIRA PENA, 2018; pp. 138-302. ID., 2017, pp. 13 ss.

¹⁰³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, 2019, pp. 1-32

¹⁰⁴ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, 2021a, *manuscrito en prensa*, pp. 1 ss. Afirma el autor que: “[...] la mejor doctrina es la que obtiene un óptimo “equilibrio reflexivo” entre los requerimientos estructurales, los funcionales o teleológicos y los legales (gramaticales-sistemáticos)”. (Agradezco al autor su amabilidad para facilitarme el texto, aún no publicado).

propio, la interpretación más coherente del *nemo tenetur* corporativo será la de promover su reconocimiento en unos términos similares a los de los delincuentes/procesados personas físicas. En cambio, desde el modelo de hetero-responsabilidad, el *nemo tenetur* no debería tener una virtualidad más allá de la protección a los individuos eventualmente responsables.

En esta investigación se apuesta por un modelo mixto, en el que la asignación de responsabilidad a la persona jurídica sí debe estar revestida de las garantías que le sean aplicables, en la medida en que el legislador denomina "penas" a las sanciones corporativas¹⁰⁵. En este sentido, y por lo que se refiere al caso concreto del *nemo tenetur*, se parte de que estamos ante una garantía vinculada con la dignidad humana y orientada a proteger a las personas físicas (cfr. *supra*, 2.2.). Solo podrá reconocerse a las personas jurídicas en la medida en que haya derechos individuales potencialmente afectados.

Desde esta perspectiva, parece posible afirmar la viabilidad legal y analítica del *nemo tenetur* corporativo. Sin embargo, como se verá a continuación, presenta mayores problemas su dimensión funcional. Por este motivo, el análisis se dividirá en dos bloques. Por un lado, la posibilidad legal y estructural de afirmar un *nemo tenetur* corporativo (3.2.a) y, por otro lado, su viabilidad en términos teleológico-funcionales (3.2.b).

a. La posibilidad legal y estructural del *nemo tenetur corporativo*

En lo que respecta al criterio sistemático-gramatical, no parece que la afirmación de la viabilidad de un *nemo tenetur* corporativo presente demasiados problemas. Como acaba de recordarse, así lo establece la legislación procesal y, en materia penal, los tribunales no se han pronunciado expresamente en sentido contrario. Desde un punto de vista de coherencia sistemático-legislativa, puede defenderse lo aceptable de dicha regulación, toda vez que la persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un proceso penal del que pueden derivarse "penas graves". Además, no hay ninguna previsión legal que, de un modo expreso, limite este instituto procesal a las personas físicas. De ahí que, en términos estrictamente legales, sea válida una regulación que, como la española, prevea el *nemo tenetur* para las personas jurídicas en los mismos términos que para los individuos.

Ahora bien, desde un punto de vista estructural, no es correcto igualar lo que es distinto. *Ergo*, es necesario diferenciar lo que no es igual. Si esta regla lógica se aplica al *nemo tenetur* en tanto que garantía vinculada a la dignidad humana, nos enfrenamos a dos preguntas. A saber: i) si la organización empresarial tiene una identidad equiparable a la del individuo; y, ii) si es posible conceptualizar el *nemo tenetur*

¹⁰⁵ Sobre mi interpretación del modelo de responsabilidad del art. 31 bis CP, con referencias a la discusión doctrinal entre los defensores del modelo de auto-responsabilidad y el de hetero-responsabilidad, cfr. GOENA VIVES, 2017, pp. 64-69, 141-187 (en especial pp. 182 ss.). Una síntesis sobre las distintas interpretaciones del art. 31 bis CP en CIGÜELA / ORTIZ DE URBINA, 2020, pp. 73-96.

como algo distinto de una garantía o regla jurídica imponderable, sin que por ello el concepto pierda su *intensio*.

En lo que se refiere a esta primera cuestión, y sin que ahora sea posible un estudio profundo sobre la materia, cabe afirmar que las personas jurídicas no son personas en el mismo sentido que los individuos¹⁰⁶. Aunque tampoco son meras ficciones. Se trata de “meta-sujetos” instrumentales dotados de una “identidad narrativa débil”¹⁰⁷, que carecen de la dignidad humana que dio origen al *nemo tenetur*¹⁰⁸. Así, no es posible *reconocer* a las corporaciones estos derechos del mismo modo que a los individuos¹⁰⁹. En cambio, el amparo constitucional de los intereses corporativos solo puede darse por la vía de la *atribución*¹¹⁰. Es decir, siempre que lo permitan la naturaleza y los fines del ente colectivo en cuestión y los intereses de las personas físicas que han justificado su creación y lo integran¹¹¹.

En este sentido, y a la vista de cuanto se ha explicado a lo largo de esta investigación, creo posible defender la viabilidad estructural de un *nemo tenetur* corporativo, sin contravenir su razón de ser. Aunque tenga su origen en la dignidad humana, se orienta a legitimar el proceso sancionatorio. Y, en esta medida puede extenderse a quien sea sujeto pasivo del mismo, aunque no sea “ciudadano en sentido pleno”¹¹². La diferencia es que la libertad de declarar individual es originaria y antecede al deber de cooperar¹¹³ y, en cambio, la corporativa se atribuye por el Estado para asegurar ciertas condiciones del proceso. En esta medida, el *nemo tenetur* se les reconoce a los individuos como regla jurídica, en la que la dignidad humana es el interés preponderante en tanto que titulares de la dignidad humana que informa el derecho de defensa. Y, como en el caso del Derecho procesal penal español, se ha atribuido legalmente a las personas jurídicas como proposición discrecional ejercida en el marco de una “defensa de terceros por terceros” o, simplemente, “hetero-defensa”¹¹⁴.

¹⁰⁶ No son pocos los autores que defienden que se tratan de una “mera ficción”. Cfr., entre los primeros estudios del tema y con referencias, DEWEY, 1926, pp. 655-673; Además, muy frecuente en la doctrina las referencias a LAUFER, 2006, pp. 15 ss.

¹⁰⁷ Me adhiero a la propuesta de CIGÜELA SOLA, 2014, pp. 130-283. Especialmente, pp. 139 ss. y pp. 149 ss.

¹⁰⁸ Sobre esta discusión y partiendo de premisas distintas, cfr. DIAMANTIS, 2019, pp. 2011-2098; ID., 2021, pp. 833-844.

¹⁰⁹ Lo señala expresamente SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 20. Sobre la persona jurídica como un instrumento carente de dignidad, CIGÜELA SOLA, pp. 232-237; 249 y ss. ORTIZ DE URBINA, 2019, pp. 859 y ss., 879. En sentido contrario, cfr. ECHARRI CASI, 2011, p. 4; GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010, pp. 199 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2016, pp. 313-362.

¹¹⁰ En el mismo sentido, pero desde una tradición jurídica distinta a la europea-continental, CONRAD, 1982, pp. 1641-658.

¹¹¹ En sentido similar, cfr. NIETO MARTÍN, 2021, p. 6.

¹¹² Cfr. SCHMITT-LEONARDY, 2013, p. 449. Lo cual lleva a que el sistema de derechos y garantías sea distinto. Así, cfr. DAN-COHEN, 2010, pp. 15 ss., p. 21.

¹¹³ Cfr. RÖSINGER, 2001, pp. 29 ss.; 49 ss.

¹¹⁴ En el mismo sentido -aunque con anterioridad a la reforma de la LECrim- afirmando que la titularidad de este derecho es del representante persona física, pero no de la persona jurídica, a quien se le atribuye de forma colateral: NIEVA FENOLL, 2012, p. 85.

Esta categorización estructural del *nemo tenetur* corporativo como mero instrumento procesal, supeditado al derecho de defensa de los individuos, supone que deberá interpretarse en términos de excepción y de acuerdo a una lógica de ponderación de los intereses en conflicto¹¹⁵. Lo cual tiene consecuencias desde la perspectiva del alcance objetivo de tal garantía y también desde el alcance subjetivo. Por lo que se refiere al alcance objetivo del *nemo tenetur* corporativo, su reconocimiento deberá limitarse a lo que constituye su contenido esencial o *stricto sensu*, sin posibilidad de extenderlo a otras prerrogativas accidentales. Esto es, que el representante procesal de la persona jurídica tenga derecho a guardar silencio y derecho a no decir la verdad, con las consiguientes consecuencias: imposibilidad de cometer falso testimonio, la necesaria advertencia previa de estos derechos y la no exigencia de juramento. De este modo, la persona jurídica podrá desatender los requerimientos que se le efectúen para entregar documentación, quedar libre de responsabilidad penal si aporta información falsa y pronunciarse sobre los hechos de investigación de la forma que sea más favorable a sus intereses¹¹⁶.

En cuanto al alcance subjetivo, la LECrim solo ampara al representante procesal formalmente designado y esta es la solución que por el momento deberá regir en la práctica jurisprudencial¹¹⁷. No se ignora que ello aproxima el *nemo tenetur* corporativo un brindis al sol. Pero, como se mostrará a continuación, no es la única dificultad que se plantea para afirmar la viabilidad de esta garantía.

b. *La posibilidad teleológica del nemo tenetur corporativo*

Tal y como tratará de mostrarse a continuación, desde un punto de vista valorativo, el *nemo tenetur* de personas jurídicas presenta problemas de funcionalidad. Estos pueden dividirse en tres sub-categorías, distinguiendo entre problemas de factibilidad (4.2.b.1), de legitimidad (4.2.b.2) y de coherencia sistémica (4.2.b.3).

b.1. Problemas de factibilidad ontológica

Como ha tratado de ilustrarse, la defensa procesal de la persona jurídica siempre depende de las personas físicas, porque las empresas no pueden existir al margen de sus miembros. Por ello, será muy difícil garantizar el silencio a la empresa imputada allí donde exista un conflicto de intereses entre la persona física y la jurídica. Como se vio anteriormente (cfr. *supra*, 4.1), ello puede ocurrir cuando un determinado agente corporativo tenga un deber positivo de colaboración que le impida acogerse al secreto profesional. Lo cual puede llegar a ser bastante frecuente, a la vista de que el legislador procesal no ha concretado si el representante procesal de la persona

¹¹⁵ De otra opinión, ECHARRI CASI, 2012, pp. 4 ss.; BAJO FERNÁNDEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2016, pp. 313-362.

¹¹⁶ Cfr. DEL MORAL GARCÍA, 2015, pp. 296-299.

¹¹⁷ Cfr. NEIRA PENA, 2017, pp. 271-285, con referencias.

jurídica es el único con capacidad de ejercitar el derecho al *nemo tenetur* de la empresa: en principio, otras muchas personas de la entidad colectiva podrían ser llamadas a declarar como testigos, con obligación de decir verdad. Así, por ejemplo, los representantes legales actuales o pretéritos, los miembros del órgano de administración, los socios, los titulares de la persona jurídica e incluso sus empleados. Mientras esta cuestión no se desarrolle legislativamente, existe un riesgo notorio de que el *nemo tenetur* corporativo quede vacío de contenido¹¹⁸.

A la vista de ello, es previsible que —en el marco de un procedimiento sancionador—, los órganos de decisión de la empresa solo perpetúen las garantías y derechos de defensa de la entidad en la medida en que ello les interese¹¹⁹. Piénsese, por ejemplo, en el caso español: la mayor parte de las sentencias condenatorias a empresas ex art. 31 bis CP lo son por delito fiscal y muchas de ellas se han resuelto mediante conformidades, previa confesión de la persona jurídica¹²⁰. Lo cual equivale a decir que, tal vez, no era necesario el tortuoso camino emprendido por la LECrim española: el *telos* de un *nemo tenetur* corporativo se podía conseguir a través del derecho a la no autoincriminación de las personas físicas. Si la defensa siempre va a ser mediata, ¿por qué no lo van a ser también las prerrogativas pretendidamente personales que la garantizan?

Un posible argumento podría ser el de constatar que la persona jurídica tiene unos intereses merecedores de protección, más allá de los de sus directivos. Por ejemplo, los que sean titularidad de terceros inocentes vinculados a la entidad o los de los *stakeholders*. Sin embargo, en nada afecta a la salvaguarda de dichos intereses de terceros el reconocimiento o no de un *nemo tenetur* corporativo¹²¹. No se les va a dejar de perjudicar por el mero formalismo de apreciar un *nemo tenetur* que indefectiblemente estará contaminado con los intereses individuales de quienes contratan al abogado que defiende a la empresa (y que muchas veces, será el mismo que también represente a sus directivos).

A ello se une la en absoluto irrelevante circunstancia de que —a diferencia de lo que ocurre con los individuos—, en el caso de las personas jurídicas, el límite a las

¹¹⁸ Lo acusa DEL MORAL GARCÍA, 2015, pp. 296-298.

¹¹⁹ Cuestión distinta es que de una estrategia de defensa que perjudique a la persona jurídica pudiera ser antijurídica. Así, aquella que únicamente atendiera a los intereses privados de las personas físicas también procesadas a costa de anular la defensa corporativa, podría categorizarse como un delito de gestión desleal, si de ella se deriva una condena y la correspondiente sanción patrimonial. Lo apunta WAGNER, 2020, pp. 99 ss.; 114 ss., pp. 175 ss. Asimismo, el asesor jurídico que ignorase el conflicto de intereses entre los intereses de la persona jurídica y los de las físicas podría incurrir en deslealtad profesional. Recuérdese, en este sentido, la STS 123/2019, de 8 de marzo (ECLI: ES:TS:2019:757). Sobre dicha sentencia y a propósito del “abogado conflictuado”, cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2019a, pp. 13-14 e ID., 2020, pp. 200 ss., con referencias jurisprudenciales.

¹²⁰ Cfr. VELA, 2019, pp. 1 ss.

¹²¹ De hecho, tampoco el régimen de responsabilidad penal corporativa se plantea como una vía para hacer efectivos los intereses de terceros. Es más, podría defenderse que el sistema parte de que a los terceros inocentes se les va a perjudicar. Y, por ello, se toma en cuenta esta circunstancia como criterio de modulación (art. 66 bis CP).

facultades de investigación no está solo ni principalmente en su actuación procesal. Las autoridades tienen unas potestades de investigación sobre la estructura societaria que, *de facto*, pueden anular los efectos pretendidos con un *nemo tenetur* corporativo. Así, por mucho que la entidad acusada se acogiera al derecho al silencio legalmente reconocido, las autoridades podrían obtener la misma —o más— información, mediante otras medidas “paralelas” mucho más invasivas. Es el caso, por ejemplo, de las entradas y registros¹²².

b.2. Problemas de legitimidad

A las dificultades prácticas de un *nemo tenetur* corporativo, deben añadirse los problemas vinculados a su justificación o legitimidad en el marco de la defensa corporativa. Sin ánimo de exhaustividad, se destacarán dos. Por un lado, que si se aplica a personas jurídicas no se reduce a limitar el poder público, sino a anularlo. Por otro lado, el *nemo tenetur* de personas jurídicas es prescindible y casi injustificado.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, el *nemo tenetur* corporativo puede terminar siendo una forma de blindar a todas aquellas personas físicas que pudieran perjudicar los intereses corporativos, con los riesgos que ello conlleva para la buena marcha y la justicia del procedimiento. Ello no haría sino acentuar la cuestionable relativización de la división público-privada de la que parte la legislación procesal. Se destacarán tres posibles escenarios que ilustran esta afirmación.

En primer lugar, el *nemo tenetur* corporativo puede dar lugar a un riesgo de sobreprotección¹²³, habida cuenta de que la defensa se ejerce a través de personas naturales, que habitualmente van cambiando. Ergo, los individuos con derecho a no colaborar no siempre coincidirían en un único e inmutable sujeto: se irán ampliando. A ello se añade un riesgo de manipulación¹²⁴, toda vez que no será la autoridad quien determine quién tiene derecho al silencio, en interés del proceso. En cambio, será una decisión de aquellas personas físicas con capacidad de control sobre la entidad jurídica, en su interés particular (y no necesariamente en el de la persona jurídica). Por último, el *nemo tenetur* corporativo podría suponer un riesgo de infra-protección para aquellas personas físicas vinculadas a la empresa que —o bien como investigadas, o bien como testigos—, tuvieran intereses contrapuestos a los de sus superiores jerárquicos¹²⁵.

Lo anterior muestra que la entronización de los intereses privados en detrimento del proceso se sitúa en las antípodas de la justificación del *nemo tenetur* como antesala de un proceso justo y garantía del derecho de defensa. En cambio, desde esta

¹²² Recuérdense las resoluciones de la Audiencia Nacional citadas *supra* notas 5 y 6.

¹²³ Cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, 2015, p. 246.

¹²⁴ Cfr. *Ibidem*. Además, Circular FGE 1/2011, apelando a las SsTC 110/1983, de 14 de diciembre (ECLI:ES:TC:1983:110) y 16/1990, de 1 de marzo (ECLI:ES:TC:1990:16) (si bien, estas sentencias no se refieren a penas).

¹²⁵ Sobre el conflicto entre el deber de información del derecho laboral y la libertad de autoinculpación. Cfr. GRECO/CARACAS, 2015, p. 8, nota 19.

perspectiva, el *nemo tenetur* ni garantiza el derecho de defensa de la persona jurídica, ni equilibra los intereses en conflicto. Antes, al contrario: inclina la balanza de un modo notoriamente aplastante en favor de una de las partes (los procesados personas físicas con capacidad de dirección en la empresa), sin que quede claro qué es lo que justifica tal descompensación.

A ello se une un segundo problema de legitimidad. A saber, que reconocer un *nemo tenetur* corporativo limitaría las facultades de investigación, sobre una dudosa base. En principio, esta garantía se orienta a resolver un conflicto que, en términos normativos, podría categorizarse como inexigibilidad equiparable al estado de necesidad exculpante¹²⁶. Lo cual supone que allí donde no exista dicho conflicto, no solo no será necesario, sino cuestionable¹²⁷. Pues bien, esto es, precisamente, lo que ocurre en el caso de las personas jurídicas: como se verá a continuación, en el caso de las entidades corporativas, no hay ni verdadera coacción estatal ni, en consecuencia, conflicto o cruel dilema alguno. Ello, tanto desde un punto de vista categorial, como desde una perspectiva eminentemente práctica.

Desde el punto de vista de la legalidad, la ausencia de coacción se deriva de que (en el marco del Derecho español), no existe una obligación legal de colaborar. Es más, las corporaciones no pueden responder por delitos de desobediencia o de falso testimonio. Tampoco por un delito de quebrantamiento de condena. En cuanto los jueces reparen en este dato, efectuarán los requerimientos a las personas físicas...y, de nuevo: estas tienen derecho a su propio *nemo tenetur*, pero no a guardar silencio respecto de terceros. Pero, en el hipotético caso de que pudiera existir tal coacción (por ejemplo, en ordenamientos donde hay un *numerus apertus* en materia de responsabilidad penal corporativa), sería un error categorial afirmar la existencia de un conflicto o cruel dilema. La inexigibilidad no es predicable allí donde tampoco pueda hablarse de exigibilidad. De modo que, si las personas jurídicas carecen de las condiciones de identidad que las hacen capaces del reproche de culpabilidad, tampoco pueden ser no-culpables¹²⁸.

b.3. Problemas de coherencia sistémica

A las dificultades prácticas y de legitimidad que la naturaleza prestacional del sujeto corporativo plantea para el reconocimiento de un *nemo tenetur corporativo*, debe añadirse la difícil compatibilidad del privilegio corporativo a la no auto-incriminación, con la propia efectividad del régimen de responsabilidad penal corporativo. Como se mostrará a continuación, existe una oposición entre el *nemo tenetur* corpo-

¹²⁶ Cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, 2015, p. 241, nota 66.

¹²⁷ Algunos autores, sin embargo, cuestionan la relevancia normativa del conflicto. Cfr. RÖSINGER, 2001, pp. 127 y ss., con referencias.

¹²⁸ Una visión distinta sobre la capacidad de culpabilidad de las organizaciones: GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2005, pp. 1 ss.; 2010, pp. 199 ss.

rativo y el fin de las sanciones a personas jurídicas. Ello puede generar —como mínimo— dos disfuncionalidades. Por un lado, que lo que se presenta como un privilegio que protege los intereses de la persona jurídica imputada, en realidad sirva a los intereses de la acusación para facilitar el castigo a la empresa. Por otro lado, el *nemo tenetur* corporativo podría cuestionar la viabilidad del propio régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas, al garantizar a la persona jurídica un estatus de contraparte del Estado, que se opone a su misión de policía en el marco del régimen del art. 31 bis del Código penal.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, debe partirse de que las sanciones corporativas se imponen si, ante un estado de cosas antijurídico del que puede derivarse su responsabilidad penal, la persona jurídica no acredita una colaboración reactiva¹²⁹. Lo cual permite entender que dicha estructura de fomento de la participación en la función de investigación y descubrimiento de los hechos delictivos puede llegar a ser funcionalmente equivalente a la sanción corporativa¹³⁰. Y, en este sentido, sería sumamente contradictorio que el proceso en el que ha de decidirse sobre la imputación de la organización protegiera, precisamente, lo que pretende conseguirse con su castigo.

En este sentido, la disfuncionalidad del *nemo tenetur* como garantía de defensa de la persona jurídica es innegable. En realidad, impide que la corporación acceda a una exención o mitigación de pena (*ex* arts. 31 bis.2 y 4 y 31 quáter b) CP). Pero, además, el silencio corporativo también podría llegar a desplegar el paradójico efecto de perjudicar a la empresa si, como en el caso español, existen interpretaciones que valoren negativamente su falta de colaboración¹³¹. Desde esta perspectiva, no tiene sentido que un proceso penal principalmente orientado a promover la colaboración de la entidad procesada avale una estrategia que, además de hacer impracticables sus propios incentivos, se pueda volver en contra del sujeto al que supuestamente protege.

Lo anterior es especialmente relevante si se tiene en cuenta que, además de no servir como verdadera garantía para la persona jurídica, el *nemo tenetur* corporativo impide cumplir sus fines al propio “sistema” de responsabilidad penal de las personas jurídicas¹³². Existe cierto consenso en admitir que este aspira a la reorganización o estabilización del estado de las cosas antijurídico a costa de la persona jurídica¹³³, mediante autorregulación regulada. Así, se ha atribuido a las corporaciones el rol de co-agentes (policías) de un Estado adelgazado. Sin embargo, el reconocimiento del

¹²⁹ Lo cual puede considerarse como un fin propio, distinto de las teorías de la pena a personas físicas. Cfr. GOENA VIVES, 2017, pp. 115 a 126.

¹³⁰ En sentido similar, cfr. COFFEE, 2020, pp. 82-88, 113-122 y 141-152.

¹³¹ Cfr. Circular FGE 1/2016, pauta novena. Si bien, los términos empleados en dicha pauta son discutibles, pues podrían sugerir que es posible una imputación por no colaboración, sin que exista respaldo legal alguno en tal sentido.

¹³² Advierte sobre el peligro de que las personas jurídicas se sirvan de los derechos que se les atribuyan para evadir las regulaciones impuestas por el Estado, SCHOEN, 2020, pp. 150 ss., con referencias.

¹³³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, 2016, p. 398 con referencias.

nemo tenetur viene a garantizar lo contrario, entendiendo al procesado como contraparte del Estado. De modo que su atribución a la entidad procesada no hace sino generar un difícil conflicto de roles. ¿Debe primar la comprensión de la corporación como co-agente del Estado o como su contraparte?

Para responder a dicha cuestión es preciso re-tomar la premisa de la que parte esta investigación (cfr. *supra*, 2). A saber, que el Derecho penal de personas físicas es un Derecho penal distinto del de personas jurídicas. El primero responde a la racionalidad de imputación (*Zurechnung*) de un hecho culpable¹³⁴. En cambio, en el caso de las personas jurídicas estamos ante una mera atribución (*Zuschreibung*) de responsabilidad instrumental, que obedece a una lógica de incentivos y desincentivos¹³⁵, orientada a facilitar la sanción de los individuos verdaderamente responsables del delito. Ello no equivale a admitir su conceptualización como una suerte de responsabilidad objetiva. Simplemente, muestra que las “reglas del juego” son distintas a las de las penas que se imponen por merecimiento. El modelo de responsabilidad penal corporativa no atiende a razones de justicia conmutativa, sino de justicia distributiva¹³⁶ o, simplemente, de ponderación “coste-beneficio”. Y, por este motivo, la principal defensa de la corporación frente a un eventual castigo es de carácter afirmativo¹³⁷. Ya sea mediante la acreditación con “preponderancia de evidencia” de que la persona jurídica contaba con un programa de *compliance* adecuado, o a través de la aportación proactiva de información en el proceso. Lo contrario solo derivará en una criticable infra-aplicación del sistema¹³⁸.

A la vista de lo anterior, el privilegio a la no autoincriminación parece incompatible con esta suerte de nuevo “contrato social” entre las personas jurídicas y el Estado. Ello da fe de que la responsabilidad penal no es unitaria y, por ende, tampoco lo son las garantías que la caracterizan. Lo cual no significa que en un modelo de responsabilidad penal como el de la empresa se pueda prescindir de todas las garantías solo por razones de utilidad¹³⁹. Debe haberlas, pero dependerán del fundamento y del fin que se atribuya a la sanción penal en cada caso¹⁴⁰. Y si la pena que se impone a las empresas atribuye responsabilidad al margen de la culpabilidad y en aras de facilitar la colaboración reactiva, entonces no está claro que siempre deba priorizarse el *nemo tenetur* formalmente reconocido (al menos, no en términos teleológicos). Lo contrario, sería un obstáculo para la funcionalidad del sistema.

¹³⁴ Cfr. SANCHEZ-OSTIZ, 2008, pp. 414-439; 449-501; 503-570.

¹³⁵ Cfr. SILVA SANCHEZ, 2020, pp. 1 ss.

¹³⁶ Cfr. CIGÜELA SOLA, 2014, pp. 232-237; Se muestra de acuerdo SILVA SÁNCHEZ, 2021, pp. 1ss. En detalle, sobre dicha distinción: CHROUST/OSBORN, 1942, pp. 129 ss.

¹³⁷ Cfr. *Ibidem*. Que la defensa sea afirmativa significa que el factor excluyente de la responsabilidad no hace desaparecer ni el *actus reus* ni la *mens rea*. Para una explicación y propuesta de clasificación de las *defenses* en el ámbito del Derecho penal, cfr. DRESSLER, 2018, pp. 193-197; ROBINSON, 1982, pp. 199-291.

¹³⁸ En este sentido se ha pronunciado de forma reciente e inequívoca, COFFEE, 2020, pp. 141-152.

¹³⁹ Sobre la necesidad de que el Derecho penal, como institución, responda a una síntesis de fines utilitaristas de prevención y de exigencias garantísticas, cfr. SILVA SÁNCHEZ, 2010, pp. 338 ss.

¹⁴⁰ En este sentido, cfr. BRODOWSKI, 2014, pp. 211-224; LAUFER, 2014, pp. 19-29.

c. *Conclusión parcial: nemo tenetur corporativo “en sentido estricto”*

El legislador español ha regulado expresamente el derecho de las personas jurídicas a la no autoincriminación, en los mismos términos que para las personas físicas. Se trata de una opción admisible desde un punto de vista estructural, pero siempre que se tenga en cuenta que, en el caso de las personas jurídicas, el *nemo tenetur* es un instrumento discrecional, atribuido *ex lege* y respecto de las comunicaciones con valor declarativo propio. Sin embargo, se trata de una institución que presenta importantes problemas funcionales. Entre otros, que el *nemo tenetur* corporativo así regulado es difícilmente compatible con el fin corrector de la sanción a personas jurídicas y el modelo de responsabilidad penal corporativa del art. 31 bis CP, entendido como regla de atribución de responsabilidad (y no como imputación de un delito propio).

La dificultad de superar estos problemas de un modo suficientemente satisfactorio, permite augurar que en la mayor parte de los procedimientos contra personas jurídicas se priorizará la colaboración y no el *nemo tenetur*, aunque este se encuentre —como en el caso español— jurídicamente reconocido. Como se ha visto anteriormente, esto es lo que está ocurriendo en la legislación y jurisprudencia comparadas. Y, contra lo que pudiera parecer, es una solución que no obedece únicamente a razones de un interés público en la investigación y en el esclarecimiento de los hechos. Se justifica también, e incluso primariamente, con base en otros dos motivos. Por un lado, en relación con la naturaleza de la sanción corporativa como “correctivo preventivo” orientado a la colaboración¹⁴¹. Por otro lado, en relación con la naturaleza del sujeto-empresa entendido como prestación de sus miembros y, por tanto, difícilmente separable de sus intereses. En consecuencia, tal vez hubiese sido más coherente legislar las garantías que deben amparar la imposición de la sanción corporativa atendiendo a sus propias particularidades.

Ello puede hacerse mediante una reducción teleológica, que armonice la legislación procesal con la sustantiva. A saber, admitiendo solo un “*nemo tenetur* en sentido estricto”, que se reduzca a garantizar la libertad de declarar de la empresa en tanto que sujeto pasivo del proceso (pese a que tal declaración sea, en realidad, un formalismo). De lo contrario, un “*nemo tenetur* en sentido amplio” que protegiera la libertad de auto-inculpación en términos maximalistas, contravendría —aún más— la *ratio essendi* de dicha figura y del propio modelo de responsabilidad penal corporativa.

Esto significa que la dimensión objetiva del *nemo tenetur* corporativo alcanza a la declaración “de” la persona jurídica y a la libertad para desatender los requerimientos que se le efectúen, siempre que el material contenga información auto-incriminatoria (y no meramente desfavorable para la empresa o inculpatoria de terceros). Así, por

¹⁴¹ De hecho, algunas propuestas recientes sugieren reformular las sanciones que se han previsto para las personas jurídicas, por motivos teleológicos. Cfr. NIETO MARTÍN, 2021, p. 24.

ejemplo, la empresa podría negarse a responder o aportar información sobre un programa de *compliance* o sobre los resultados de una investigación interna, siempre que con ello se diera información susceptible de activar la regla de atribución del art. 31 bis CP. Es decir: solo si el *compliance* o la investigación interna contienen datos sobre el hecho de conexión y/o sobre su eventual efecto beneficioso para la persona jurídica imputada. Pero no si inculpan a un tercero persona física o a una empresa aún no investigada. Sin embargo, aun pudiendo negarse a aportar esta información, la peculiar naturaleza de la persona jurídica no impediría que se practicasen otras medidas más invasivas, como las entradas y registros¹⁴².

Además, en lo que se refiere a la dimensión subjetiva del *nemo tenetur*, el efectivo reconocimiento de esta garantía a la persona jurídica requeriría que se extendiese más allá del representante procesal¹⁴³. Sin embargo, como se vio anteriormente, la LECrim solo ampara al representante procesal formalmente designado y, aun a riesgo de dejar el derecho al silencio de la organización vacío de contenido, esta es la solución que por el momento deberá regir en la práctica jurisprudencial¹⁴⁴. *Lege ferenda*, desde un punto de vista sustantivo, lo coherente sería: i) o no reconocer un *nemo tenetur* a la empresa distinto del que ya se reconoce a sus miembros a título individual; ii) o extender el *nemo tenetur* corporativo a aquellos individuos con capacidad de encarnar la voluntad corporativa. Desde un punto de vista sustantivo, entiendo que estas personas deberían ser las que se encuentran mencionadas en el art. 31 bis.1 a) CP, pero solo respecto de las actuaciones llevadas a cabo en nombre o por cuenta de la persona jurídica. Es decir, administradores-representantes, directivos integrantes de sus distintos órganos. Lo cual debería incluir también al director de cumplimiento normativo (en línea con el art. 81 Anteproyecto LECrim). Sin embargo, no es esta la legislación vigente y una interpretación favorable a extender este privilegio a los representantes y directivos de la persona jurídica sería, hoy por hoy, demasiado imprecisa¹⁴⁵. Por tanto, aquí solo puede abogarse en favor de su previsión expresa por parte del legislador, sin que —por el momento— quepa afirmar de modo categórico que todas las personas con capacidad de perjudicar a la persona jurídica pudieran guardar silencio¹⁴⁶. Asimismo, los empleados y los asesores externos no amparados por el privilegio de confidencialidad abogado-cliente sí deberían declarar. También los directivos, cuando fueran preguntados/requeridos respecto de información que no les incriminase personalmente y tampoco a la empresa, a la luz del art.

¹⁴² Cfr. con mayor detalle, ARANGÜENA FANEGO, 2019, pp. 439-472; ID., 2020, 761-785.

¹⁴³ En el mismo sentido, DEL MORAL GARCÍA, 2015, pp. 296-299; GARAU ALBERTÍ, 2017, pp. 1-17.

¹⁴⁴ Cfr. NEIRA PENA, 2017, pp. 271-285, con referencias.

¹⁴⁵ En igual sentido, MAZA MARTÍN, VV.AA.-Observatorio de Derecho penal económico, 2012, versión online.

¹⁴⁶ En este sentido, me parece interesante la propuesta de DEL MORAL GARCÍA, en el sentido de establecer una analogía con el art. 416 y 418 LECrim, en cuya virtud los parientes del procesado están dispensados de la obligación de declarar. No obstante, en el caso de una empresa sería muy difícil delimitar quiénes son asimilables a estos. Cfr. VV. AA.-Observatorio de Derecho penal económico, 2012, versión online.

31 bis CP. Por ejemplo, por referirse a cuestiones organizativas de la empresa y no a una omisión del deber de vigilancia (art. 31 bis.1 b) CP) o a actuaciones ilegales que hubieran llevado a cabo en su nombre y por su cuenta y en su beneficio directo o indirecto (art. 31 bis.1 a) CP).

A tal efecto, creo importante destacar que la referencia a los programas de *compliance* que hace el art. 31 bis CP es en cuanto instrumento de exención de pena (y no como un instrumento cuya ausencia colme la dimensión objetiva de un delito corporativo no previsto legalmente). Por tanto, su inexistencia en la organización empresarial no equivale necesariamente a la infracción de un deber de supervisión, vigilancia y control con capacidad de activar la regla de atribución de responsabilidad del art. 31 bis.1 b) CP. A tal efecto, y de acuerdo con la interpretación estricta de *nemo tenetur* que aquí se sostiene, no es evidente que se pudiese guardar silencio respecto de cualquier extremo relativo a la organización en *compliance* de la persona jurídica. En principio, podría admitirse una obligación de declarar respecto de cuestiones puramente organizativas tales como: si había un canal de denuncias, si se recibían denuncias —sin concretar de qué—, si había un *compliance officer*, si existían protocolos de organización, etc. No son aspectos que en sí mismos revelen información sobre el hecho de conexión o sobre la infracción de deberes de supervisión, vigilancia y control. Dicho de otro modo: que una empresa no haya efectuado un análisis de riesgos no es delictivo y, por tanto, la declaración sobre este extremo no debería ser necesariamente auto-incriminatoria. Distinta sería la declaración sobre el contenido de dicho análisis de riesgos, si de ella se desprendiese información sobre el hecho de conexión y/o el defecto organizativo.

No ignoro que a esta interpretación se le podría objetar que no es suficientemente garantista con la empresa en cuanto sujeto pasivo del proceso y que, en último término, podría obstaculizar el interés político-criminal del fomento de los programas de *compliance*. Las empresas no van a querer generar una información que pueda ser utilizada en su contra en el procedimiento penal. Sin embargo, entiendo que existen otras vías menos tortuosas y más realistas que el (idealizado) *nemo tenetur* corporativo, con las que no dejar de favorecer que las corporaciones inviertan en tener medidas de *compliance* adecuadas.

5. Posibles soluciones alternativas

En este apartado se presentarán de modo sucinto y sin ánimo de hacer una propuesta cerrada, algunas figuras que podrían llegar a considerarse equivalentes funcionales al *nemo tenetur*. Todas ellas se orientan a impedir la utilización en el proceso penal de información obtenida mediante coacción estatal. Tanto en casos de coacción ilegal, como en casos de compulsión legítima. Con ello se aspira a mostrar que exis-

ten figuras procesales que casan mejor con el modelo de responsabilidad penal corporativa. Ya sea porque su reconocimiento sea metodológicamente extensible al ente colectivo y a la sanción corporativa sin necesidad de “forzar” conceptos, o bien porque sean instrumentos creados *ad hoc* para procedimientos contra personas jurídicas. En el primer grupo, se hará referencia a las prohibiciones de valoración (5.1). En el marco del segundo grupo, se analizarán las cláusulas de confidencialidad que amparan a los programas de clemencia, en el marco del Derecho de la competencia (5.2).

5.1. *Las prohibiciones de valoración probatoria*

Como se vio al tratar la experiencia comparada en el Derecho penal estadounidense (cfr. *supra*, 2.2), la protección del derecho a la no-autoincriminación ha estado tradicionalmente vinculada con la proscripción de las investigaciones irrazonables, mediante la “*Exclusionary Rule*”¹⁴⁷. En igual sentido, la tradición continental admite que, en caso de vulneración de derechos fundamentales o de existir razones de política-criminal que así lo aconsejen, deba acudirse a la teoría de las “prohibiciones de valoración probatoria”¹⁴⁸, habida cuenta de que la verdad (procesal) no debe ser investigada a cualquier precio¹⁴⁹. No se trata de una prohibición de producción de pruebas (*Beweiserhebungsverbot*) vinculada a la libertad de declarar, sino de la prohibición de utilización de pruebas (*Beweisverwertungsverbot*)¹⁵⁰, ligada a la presunción de inocencia y a la igualdad de armas¹⁵¹. En concreto, los casos de información de la persona jurídica obtenida bajo coacción podrían categorizarse en las llamadas “prohibiciones de utilización de prueba independientes” o “autónomas”¹⁵², que permiten relegar la investigación penal a un segundo plano si existe injerencia en un derecho —independientemente de la legalidad o ilegalidad de la producción de la prueba—.

Como se vio al analizar la doctrina del TEDH, este ya se ha pronunciado en el sentido de afirmar que solo puede valorarse a efectos punitivos la información obtenida mediante coacción, si se cumplen dos requisitos¹⁵³. A saber: i) que la información hubiera preexistido al requerimiento, independientemente de la voluntad de la

¹⁴⁷ Cfr. sobre el estado actual de esta regla, POUCHAIN RIBEIRO, 2020, pp. 87-123 y 153-161.

¹⁴⁸ El término fue acuñado por primera vez por BELING, 1903, pp. 3, 5-6. Para un desarrollo más actualizado sobre la materia, con abundantes referencias, cfr. AMBOS, 2009, pp. 1-51.

¹⁴⁹ Así se ha pronunciado expresamente el BGH en Alemania. Cfr. BGH 14, 358, 365; 31, 304, 309; 38, 214, 220.

¹⁵⁰ Cfr., por todos, ROGALL, 1979, 1- 44. Cfr. también, AMELUNG, 2001, pp. 1259-1280; GRECO, 2018, pp. 485-515; JÄGER, 2003; HEGMMAHNS, 2016, pp. 867-894.

¹⁵¹ Recuérdese que estos derechos, que sí se han reconocido por el TEDH a las corporaciones deben ser distinguidos de la garantía del *nemo tenetur*. Cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, 2015, p. 221.

¹⁵² Sobre esta distinción, además de la obra del Dr. Ambos, a la que acaba de hacerse referencia, cfr. también BEULKE, 2008, nm. 457; JAHN, 2008, C 32, 37 s.; ROGALL, 1979, p. 3; ROXIN, 1998, § 24 nm. 23; VOLK, 2008, § 28 nm. 4 s.

¹⁵³ Cfr. *supra*, 3.1.a) las explicaciones sobre el caso *Saunders* y las posteriores matizaciones en los casos *JB* y *Jalloh*.

persona jurídica requerida; y ii) que no sea información con valor expresivo propio. Por tanto, cualquier requerimiento de información que se hiciera a una persona jurídica debería cumplir con estos dos requisitos para poder ser valorado en juicio. De lo contrario, la obligación de informar debería verse compensada con una prohibición de ser utilizada en el procedimiento penal.

La cuestión es si de estas prohibiciones de valoración cabe esperar realmente una verdadera protección de la información. La situación en el caso español es más que dudosa. Una primera razón para ello es que la decisión sobre la exclusión de una determinada información la toma el mismo juez que decidirá si los hechos denunciados presentan indicios de criminalidad suficientes. De ahí que, incluso si finalmente procede la reserva y consiguiente expulsión de la prueba, se da la paradoja de que el juez que supuestamente no debería conocerla ya la conoce¹⁵⁴.

Además, en el momento de escribir estas líneas, existe incertidumbre sobre el trato que debe recibir la prueba obtenida mediante lesión de derechos fundamentales, a raíz de la flexibilización de la proscripción del art. 11 LOPJ, en casos como el de la lista Falciani¹⁵⁵. Y, si estas dificultades interpretativas se encuentran presentes en casos de personas físicas, aún es más difícil resolverlas en materia de Derecho penal corporativo. Así parece confirmarlo la práctica de los tribunales, en la que el reconocimiento de las prohibiciones de valoración respecto de información de la empresa es casi inexistente¹⁵⁶.

A la vista de lo anterior, no es impensable que puedan llegar a adoptarse soluciones “pro-investigación”, similares a las definidas en el marco de la jurisprudencia estadounidense, anteriormente referida. De hecho, esta es la línea que ya ha adoptado el Tribunal Constitucional Federal en Alemania (BVerfG): al negar expresamente la viabilidad de un *nemo tenetur* corporativo¹⁵⁷, ha convertido las prohibiciones de valoración en la principal vía con la que tratar de proteger información corporativa sensible y potencialmente auto-incriminadora¹⁵⁸. Sin embargo, para el concreto caso de las personas jurídicas, el BVerfG ha interpretado estas prohibiciones de valoración de un modo restrictivo. Así lo muestra la sentencia *Volkswagen-Jones Day* en el marco del *Dieselgate*¹⁵⁹, que vino a confirmar algunos pronunciamientos similares por parte de la jurisprudencia menor¹⁶⁰. Lo cual está alineado con la actual redacción

¹⁵⁴ Cfr. AGUILAR FERNÁNDEZ/LIÑÁN LAFUENTE, 2018, pp. 790-791. Los autores entienden que la solución sería un procedimiento de expurgo en el que el juez que decide sobre la prohibición de valorar determinada información no sea el mismo que instruye la causa.

¹⁵⁵ Cfr. STS n.º 116/2017 de 23 de febrero (ECLI:ES:TS:2017:85); Comentario (entre otros muchos): ALCÁCER GUIRAO, 2019, pp. 33-47.

¹⁵⁶ Cfr. SsTC 18/2005, de 1 de febrero; 68/2006, analizadas anteriormente en nota 17.

¹⁵⁷ Recuérdese, BVerfG 95, 220, 242. NJW 1997, 1841.

¹⁵⁸ Cfr. BVerfG, 56, 37. NJW 1981, 1431 (también conocido como caso de la quiebra o *Gemeinschulder*).

¹⁵⁹ Cfr. BVerfG 73-78. NJW 2018, 2385. El BVerfG entendió que el material de las investigaciones internas incautado en una entrada y registro no estaba protegido por el secreto profesional, no siendo aplicables las prohibiciones de valoración.

¹⁶⁰ Cfr. LG Hamburg NJW 2011, 942-945. El Tribunal validó el requerimiento efectuado a un despacho

del anteproyecto de ley de responsabilidad de personas jurídicas “*Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten*” (VerSanG)¹⁶¹. Con ello se pretenden limitar las prohibiciones de incautaciones exclusivamente a los —menos— casos en los que se debe proteger una relación especial de confianza entre el acusado y la persona con derecho a negarse a dar testimonio.

La experiencia comparada, que no se aleja de los (todavía escasos) pronunciamientos de nuestros tribunales, permite afirmar que, puede ser más funcional buscar una vía alternativa de privilegiar la información generada a resultados de las investigaciones internas, canales de denuncia, informes de *forensic* y demás mecanismos de *compliance*. Desde una perspectiva de *lege ferenda*, aquí se apostará por admitir la protección de la información derivada de los programas de cumplimiento en unos términos similares a los previstos para los acuerdos de clemencia en el Derecho de la competencia¹⁶².

5.2. *La confidencialidad negociada*

Con una lógica similar a la promoción de la colaboración que persiguen los programas de *compliance*, el Derecho de la competencia prevé la posibilidad de eximir de sanción a la empresa que cumpla con los requisitos para acogerse a los denominados “programas de clemencia”. Estos excluyen la posibilidad de imponer una sanción administrativa a la empresa que, ante la autoridad administrativa, transparente con el mayor detalle posible todas las prácticas anticompetitivas en las que hubiera incurrido.

Entre otros, uno de los mayores problemas que plantea esta “transparencia premiada” es que, habitualmente, al procedimiento administrativo le sigue el ejercicio de acciones civiles, en las que contar con información es un interés primordial. Y la pregunta que surge es si las autoridades civiles pueden recabar información del procedimiento administrativo en el que se llegó a un acuerdo de clemencia. Si la respuesta fuera afirmativa, se desincentivaría la auto-denuncia ante la autoridad administrativa¹⁶³. Por ello, existe un conflicto entre las autoridades administrativas, que abogan por la confidencialidad de la información facilitada por la empresa, y los actores civiles, que aspiran a acceder con la mayor transparencia posible a la información facilitada por la empresa.

de abogados, a fin de que aportase al procedimiento las actas de una investigación interna encomendada por su cliente-empresa.

¹⁶¹ El § 17 (1) 3 VerSanG impide la confidencialidad de las investigaciones internas si la empresa no figura como acusada. Críticos: HENSSLER/HOVEN/KUBICIEL/WEIGEND, 2020, pp. 169 ss. Un análisis sobre las expectativas de confidencialidad de las investigaciones empresariales internas en el Derecho continental y angloamericano, cfr. GOENA VIVES, 2021a, pp. 1-35; TEJADA PLANA, 2020, pp. 13 ss.

¹⁶² En este punto debo agradecer a Matías Belmonte sus acertadas sugerencias y la amabilidad con la que me ha introducido en un tema que ha resultado muy útil para esta investigación.

¹⁶³ Sin embargo, parte de la doctrina se muestra escéptica respecto de las ventajas de los incentivos para confesar y colaborar. Así, por ejemplo, cfr. JASPERS, 2020, pp. 106–124.

En 2011, el TJUE admitió el acceso de un demandante civil a la información confidencial de un programa de clemencia en el caso “*Pfleiderer*”¹⁶⁴. Sin embargo, desde 2014 rige la Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre de 2014 (conocida como Directiva de Daños por ilícitos contra la Competencia). En su art. 6.6 establece que los Estados Miembros velarán porque las declaraciones de los programas de clemencia no deban nunca revelarse, entendiéndose por tales, las declaraciones *stricto sensu* y los documentos preparados para efectuarlas¹⁶⁵. Algo que está en línea con el art. 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, que niega que las autoridades de Competencia tengan obligación de entregar antecedentes relacionados con programas de clemencia a los Tribunales de Justicia.

Lege ferenda, sería deseable contar con una previsión parecida respecto de los programas de *compliance*. Entre otros motivos, y por lo que se refiere a la concreta materia que ahora es objeto de estudio, porque podría ser mucho más funcional que un antropomórfico *nemo tenetur* que —ni siquiera respecto de personas físicas— tiene un fundamento y alcance indiscutidos. Con ello no se ignoran los problemas que la traslación práctica de tal propuesta podría tener. Basta con pensar en los precedentes no tan diferentes del *Common Law* angloamericano, como el *self-evaluative privilege* o la *compliance defense*. Pero, en el mismo sentido que parte de la doctrina estadounidense, estimo que es más efectivo encontrar propuestas intermedias que, al margen de privilegios “gratuitos”, que difícilmente se priorizarán si colisionan con los intereses de la investigación.

6. Recapitulación y conclusiones

1. El *nemo tenetur* puede entenderse como una garantía constitucional de naturaleza estrictamente procesal, orientada a que el procesado sea contraparte del Estado. Sin embargo, este fin es difícilmente compatible con el rol de co-agentes del Estado que el régimen de autorregulación que el art. 31 bis y ss. CP impone a las personas jurídicas. También parece arduamente conciliable con el auge de los deberes positivos a los profesionales de la empresa, así como con los incentivos que estos pueden llegar a tener para colaborar. Como solución, se ha propuesto distinguir el procedimiento sancionatorio contra un individuo, de aquel en el que el procesado es una corporación, sobre la base de un doble fundamento. A saber, la naturaleza del sujeto procesado, como de la naturaleza sanción con la que este se ve amenazado.

2. Para llegar a ello, se ha llevado a cabo un análisis de la jurisprudencia europea y del *case-law* en EEUU. El TJUE y el sistema estadounidense se han opuesto expresamente a un *nemo tenetur* corporativo, pudiendo tal proscripción alcanzar a sus

¹⁶⁴ Cfr. STJUE (Gran Sala), “caso *Pfleiderer*”, de 14 de junio de 2011, C-360/09, ECLI:EU:C:2010:782. Para una síntesis de las principales críticas, cfr. MARTÍ MOYA, 2011, pp. 1 ss.; PÉREZ FERNÁNDEZ, 2013, pp. 1-23.

¹⁶⁵ Cfr. YANES YANES, 2015, pp. 1140-1159.

miembros y a información con pretensiones de reserva. En el caso del TEDH y TC, donde no existe un pronunciamiento expreso sobre la materia, se observa que la tendencia es restringir cada vez más su alcance, en interés de la investigación. Y si esto es así respecto de personas físicas, no existen razones para pensar que ocurrirá algo distinto en el caso de las personas jurídicas.

3. La legislación procesal penal vigente (y proyectada) podrían sugerir lo contrario, en tanto que protegen el derecho a la no autoincriminación de la persona jurídica imputada en los mismos términos que a los investigados. Además, no existe una obligación legal de colaborar, por cuyo incumplimiento pueda sancionarse penalmente a la persona jurídica. Sin embargo, tal derecho difícilmente podrá reconocerse en el más que probable caso de oponerse a los intereses de las personas físicas vinculadas a la organización. Ello, unido a las dificultades estructurales y teleológicas de *nemo tenetur* corporativo cuestiona que esta sea la vía más adecuada con la que dotar de garantías al proceso *penal* contra la persona jurídica y sus miembros.

4. A la vista de lo anterior, se propone una interpretación estricta de *nemo tenetur*, limitándolo a la declaración del representante procesal especialmente designado, respecto de los aspectos que activan la regla del art. 31 bis CP y únicamente en el marco de actos comunicativos con valor auto-incriminatorio propio, no obligatorios. Así, la persona jurídica podrá negarse a declarar y a aportar información auto-incriminatoria, así como informar solo de lo que le favorezca. Sin embargo, y aun a riesgo de que el *nemo tenetur* corporativo jurídicamente reconocido quede vacío de contenido, se entiende que no es posible extender esta garantía al resto de representantes legales y directivos de la persona jurídica. No solo porque la LECrim vigente no lo prevé, sino porque parece impedirlo, al remarcar que no puede designarse como representante procesal a quien hubiera de declarar como testigo (art. 786 bis LECrim). Tampoco podrá invocarse el *nemo tenetur* de la empresa respecto de información no directamente auto-incriminatoria, ni tampoco frente a entradas y registros. De este modo, si se requiere a una empresa acusada para que aporte su programa de *compliance*, del canal de denuncias o de una investigación interna, solo cabría negarse si la entidad justifica que la información que contiene es auto-incriminatoria, por revelar información vinculada a un eventual hecho de conexión, del beneficio del delito o del defecto de organización.

5. Esto no equivale a abogar por una suerte de responsabilidad objetiva en la que la persona jurídica sea sancionada *penalmente* sin las debidas garantías. En cambio, se apuesta por explorar vías alternativas que permitan apostar por los fines de protección tradicionalmente vinculados al *nemo tenetur* de un modo más efectivo y con mayores pretensiones de factibilidad. Es el caso, por ejemplo, de las prohibiciones de valoración y, *lege ferenda*, de la protección de la confidencialidad de la información generada en el marco del *compliance*. Además de garantizar las condiciones de *fairness* que requiere la imposición de una sanción penal a una persona jurídica, estas

propuestas tienen la ventaja de que no desincentivarían el respaldo de las políticas de autorregulación que dominan el actual escenario político-criminal.

En último término, la difícil pregunta por el *nemo tenetur* en el marco de la defensa corporativa se justifica por la necesidad de equilibrar los intereses de quienes se exponen a eventuales sanciones. Si en el caso de la empresa, esto se consigue mejor a través de la protección del silencio o de la promoción de la colaboración es algo que —a la luz de cuanto se ha afirmado—, dejo a criterio del lector.

Referencias

Referencias doctrinales

- AGUILAR FERNÁNDEZ, C.; LIÑÁN LAFUENTE, A. (2018), “El secreto profesional del abogado y su aplicación al asesoramiento penal preventivo del «compliance officer»”, en Gómez-Jara Díez, C. (coord.), *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo II, Cizur Menor (Navarra), pp. 787-811.
- ALCÁCER GUIRAO, R. (2019), “Retos para el Compliance penal: Barbulescu, Falciani y el reforzamiento de garantías en el proceso penal”, en Cancio Meliá et al. (eds.), *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Tomo I, Madrid, pp. 33-47.
- ALEXY, R. (1991), *Teoría de la argumentación jurídica*, (trad. Atienza, M./Espejo, I.), Madrid.
- AMBOS, K. (2009), “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización”, *Política Criminal*, nº 7, A1-7, pp. 1-51.
- AMELUNG, K. (2001), “Zum Streit über die Grundlagen der Lehre von den Beweisverwertungsverboten”, en *Festschrift für Claus Roxin*, Berlín, pp. 1259-1280.
- ASWORTH, A. (2009), “Self-Incrimination in European Human Rights Law - A Pregnant Pragmatism”, 30 *Cardozo L. Rev.* pp. 751-774.
- ARANGÜENA FANEGO, C. (2019 a), «El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable de la persona jurídica y el régimen de compliance», Gómez Colomer, J.L. (dir.), *Tratado sobre compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia, pp. 439-472.
- ARANGÜENA FANEGO, C. (2019b), «Proceso penal frente a persona jurídica: garantías procesales» en Castillejo Manzanares, (dir.), *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*, Barcelona, pp. 761-785.
- BACHMAIER WINTER, L.; THAMAN, S.; LYNN, V. (Eds.) (2020), *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings. A Comparative View*, Suiza.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.; FEIJÓO SÁNCHEZ, B.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2016), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi.
- BANACLOCHE PALAO, J.; ZARZALEJOS NIETO, J-M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2011), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid.
- BELING, E. (1903), *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß*, Breslau.
- BEULKE, W. (2008), *Strafprozessrecht*, 10.^a ed., Heidelberg.
- BIRDLING, M. (2008), “Self-Incrimination Goes to Strasbourg: O’Halloran and Francis v United Kingdom”, *International Journal of Evidence and Proof*, Vol. 12, pp. 58-63.
- BLUM, R.; TURRO, A. (2003), “The Self-Evaluative Privilege in the Second Circuit: Dead or Alive?”, 75 *N.Y. ST. BAR ASS’N J.*, pp. 44-48.
- BÖSE, M. (2005), *Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung*, Tubinga.
- BRODOWSKI, D. (2014), “Minimum Procedural Rights for Corporations in Corporate Criminal Procedure”, Brodowski, D.; Espinoza de los Monteros de la Parra, M.; Tiedemann, K.; Vogel, J. (†) (dirs.), *Regulating Corporate Criminal Liability*, pp. 211-224.

- BUCHHOLZ, M. (2018), *Der Nemo tenetur Grundsatz. Eine Rechtsetische Untersuchung*, Wiesbaden.
- CAELLAS CAMPRUBÍ, M. (2021), “El estatuto procesal de la persona jurídica encausada en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *La Ley Compliance penal*, 4, Sección “Actualidad profesional”, pp. 1-23.
- CHROUST, A. / DAVID L. OSBORN, D. L. (1942), “Aristotle's Conception of Justice”, 17 *Notre Dame L. Rev.* pp. 129-143.
- CIGÜELA SOLA, J. (2014), *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Madrid.
- CIGÜELA, J.; ORTIZ DE URBINA, I. (2020), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistema de atribución», en, Silva Sánchez, J.-M./Robles Planas, R. (dirs.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Barcelona, pp. 73-96.
- COCA VILA, I. (2013a), “El abogado frente al blanqueo de capitales ¿Entre Escila y Caribdis? Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 12323/11) Caso Michaud contra Francia”, *InDret*, (4), pp. 1-28.
- COCA VILA, I. (2013b), “¿Programas de compliance como autorregulación regulada?”, en Silva Sánchez, J.M. (dir.); Montaner Fernández (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, pp. 287-318.
- COFFEE, J. JR. (2020), *Corporate Crime and Punishment*, Oakland (CA)- Estados Unidos.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I. (2017), “Régimen de exclusión probatoria de las evidencias obtenidas en las investigaciones del compliance officer para uso en un proceso penal” *Diario La Ley* nº 9080, Sección Doctrina, 14 de noviembre, pp. 1-17.
- CONRAD, A. (1982), “Constitutional Rights of the Corporate Person”, *Yale L. J.* 91, no. 8, pp. 1641-658.
- DAN-COHEN, M. (2010), “Sanctioning Corporations”, *J. L. & Pol'y*, 19, pp. 15 ss.
- DANNECKER, C. (2015a), “Konturierung prozessualer Gewährleistungsgehalte des nemo tenetur-Grundsatzes anhand der Rechtsprechung des EGMR”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 127:4, pp. 991-1027.
- DANNECKER, C. (2015b), “Der nemo tenetur-Grundsatz – prozessuale Fundierung und Geltung für juristische Personen”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 127:2, pp. 370–409.
- DEL MORAL GARCÍA, A. (2013), “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Zugaldía, J.M./Marín de Espinosa, E. (coords.), *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Cizur Menor (Navarra).
- DEL MORAL GARCÍA, A. (2015), “La comparecencia, declaración y representación de la persona jurídica”, en Juanes Peces, Á. (dir.), *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Madrid, pp. 289-299.
- DEWEY, J. (1926), “The Historic Background of Corporate Legal Personality”, 35 *Yale L.J.* pp. 655-673.
- DIAMANTIS, M. E. (2019), “Limiting Corporate Identity”, *B. C. L. Rev.*, 60, pp. 2011-2098.
- DIAMANTIS, M. E. (2021), “Correction to: Corporate Essence and Identity In Criminal Law”, *J. Bus. Ethics* 171, pp. 833-844.
- Directiva 2018/843/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, de fecha 30 de mayo de 2018.
- DOLINKO, D. (1986), “Is There a Rationale for the Privilege Against Self-Incrimination?” 33 *UCLA L. Rev.*, pp. 1063–1048.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2012), “Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos”, en *La Ley* nº 7.796, 13 de febrero, pp. 7-12.
- DRESSLER, J. (2018), *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Durham (N. C.), Estados Unidos.
- DUART ALBIOL, J. J. (2014), *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, Barcelona.

- EIDAM, L. (2007), *Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts*, Fráncfort del Meno.
- ENGELHART, M. (2010), *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance*, Berlín.
- ESTRADA I CUADRAS, A. (2020), “«Confesión o finiquito»: El papel del derecho a no autoincriminarse en las investigaciones internas”, *InDret*, (4), pp. 226-272.
- FLANAGAN, J. (1983), “Rejecting a General Privilege for Self-Critical Analyses”, 51 *Geo. Wash. L. Rev.*, pp. 574-76.
- GARRETT, B. L.; MITCHELL, G. (2020), “Testing compliance”, 83(4) *Law & Contemp. Probs.*, pp. 47-88.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. (2012), *Proceso penal y persona jurídica*, Madrid.
- GIMENO BEVIÁ, J. (2014), *El proceso penal de las personas jurídicas*, Cizur menor (Navarra).
- GIMENO BEVIÁ, J. (2016), *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor (Navarra).
- GOENA VIVES, B. (2017), *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Madrid.
- GOENA VIVES, B. (2019), “El secreto profesional del abogado in-house en la encrucijada. Tendencias y retos en la era del compliance”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21, pp. 1-32.
- GOENA VIVES, B. (2021), “Investigaciones internas y expectativas de confidencialidad. Perspectivas a partir del Derecho comparado angloamericano y continental”, *Revista La Ley Compliance Penal*, (6), pp. 1-35.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2006), *La responsabilidad penal de las empresas en los EEUU*, Sevilla.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2010), *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Montevideo-Buenos Aires, pp. 199 y ss.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2012), "Capítulo 1. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo código penal español", en Silva Sánchez, J.-M./Pastor Muñoz, N. (eds.) *El nuevo Código Penal: Comentarios a la reforma*, Madrid, pp. 43-102.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2019a), “La posición de garante de las personas jurídicas: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2019”, *La Ley Penal* n° 140, septiembre-octubre, pp. 1-24.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2019b), *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2020), *Actor corporativo y delito corporativo. Elementos de un sistema de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas desde una perspectiva teórico-práctica*, Aranzadi, Cizur menor (Navarra).
- GÓMEZ MONTORO, A. J. (2000), “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español)”, *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, n° 2, 2000, pp. 23-71.
- GRECO, L.; CARACAS, C., (2015), “Internal investigations und Selbstbelastungsfreiheit”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1, pp. 7-25.
- GRECO, L. (2015a), *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, Berlín.
- GRECO, L. (2015b), “Schuldprinzip und Strafbarkeit juristische Personen”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, pp. 503 ss.
- GRECO, L. (2018), “¿Warum gerade Beweisverbot? Ketzerische Bemerkungen zur Figur des Beweisverwertungsverbots”, en Stein; Greco; Jäger; Wolter (coords.), *Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung. Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10. August 2018*, Berlín, pp. 485-515.
- HENNING, P. J. (2012), “Be Careful What You Wish For: Thoughts on a Compliance Defense Under the Foreign Corrupt Practices Act”, 73 *Ohio St. L. J.*, pp. 883-928.
- HENSSLER, M.; HOVEN, E.; KUBICIEL, M.; WEIGEND, TH. (2020), “Das Gesetz zur Sanktionierung verbandsbezogener Straftaten”, en Kubiciel, M. (Hrsg.) *et al., Neues Unternehmenssanktionsrecht ante portas Auswirkungen auf Unternehmen und Rechtsanwaltschaft*, Baden-Baden, pp. 154-175.

- HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2015), “¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?” *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XLIV 1, pp. 217-263.
- HIGGINS, A. (2010), “Legal Advice Privilege and its Relevance to Corporations”, *The Modern Law Review*, 73 (3), pp. 371-398.
- JACKSON, J. (2009), “Re-Conceptualizing the Right of Silence as an Effective Fair Trial Standard”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 58, No. 4, pp. 835-861.
- JÄGER, C. (2016), *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess*, Múnich.
- JAHN, M. (2008), “Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus”, en *Verhandlungen zum 67. Deutschen Juristentag Erfurt*, tomo I, Múnich, C 32.
- JAKOBS, G. (1991), *Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlín.
- JAKOBS, G. (1994), *Imputación objetiva en Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- JAKOBS, G. (2014), *System des Strafrechtliche Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt.
- JASPERS, J. D. (2020), “Leniency in exchange for cartel confessions”, *European Journal of Criminology*, Vol. 17(1), pp. 106–124.
- JUANES PECES, A. (Dir.) (2015), *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Madrid, Francis Lefebvre.
- JULIÀ-PIJOAN, M. (2021), “Un por qué a la observancia de las garantías procesales en las investigaciones internas”, *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, vol. 33, núm. 3., pp. 317-353.
- KAPLAN, J.; MURPHY, J. (2021), *Compliance Programs and the Corporate Sentencing Guidelines: Preventing Criminal and Civil Liability*, Annual Supplement (1st ed. 1993).
- KASISKE, P. (2014), “Mitarbeiterbefragungen im Rahmen interner Ermittlungen –Auskunftspflichten und Verwertbarkeit im Strafverfahren”, *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, (7), pp. 262-269.
- KIM RIPKEM, S. (2019), *Corporate Personhood*, Reino Unido.
- KRAMER, E. (2019), *Juritsiche Methodenlehre*, Múnich, 6. Auflage.
- LAUFER, W. S. (2006), *Corporate Bodies and Guilty Minds. The Failure of Corporate Criminal Liability*, Chicago (EE.UU.).
- LAUFER, W. S. (2014), “Where Is the Moral Indignation Over Corporate Crime?”, en Brodowski; Espinoza de los Monteros de la Parra; Tiedemann; Vogel (†), *Regulating Corporate Criminal Liability*, pp. 19-29.
- León Alapont, J. (2020), “Retos jurídicos en el marco de las investigaciones internas corporativas: a propósito de los *compliances*”, *RECPC*, 22-04, 34 páginas.
- LINDVALL, A. (2020), “It's Time to Revisit and Revise the Collective Entity Doctrine”, *Ohio State Business Law Journal* 14, no. 2 (2020), pp. 211-230.
- LIÑÁN LAFUENTE, A. (2016), “La necesaria racionalidad de los programas de compliance penal”, *Lex Mercatoria*, pp. 45-49.
- MACLIN, T. (2021), “Long Overdue: Fifth Amendment Protection for Corporate Officers”, *B. U. L. Rev.* 5, pp. 1-139.
- MARTÍ MOYA, V. (2011), “Eficacia y acceso a la información de los programas de clemencia. Reflexiones al hilo del caso Pfleiderer (C-360/09)”, *Revista de Derecho de la Competencia La Ley* nº 21980, pp. 1-8.
- MILTON PERALTA, J. (2020), “Nemo tenetur: Warum eigentlich?” en Hilgendorf; Lerman; Córdoba Roda (eds.), *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, Berlín, pp. 913-927.
- MOSTELLER, R. (1987), “Simplifying Subpoena Law: Taking the Fifth Amendment Seriously”, *73 Va. L. Rev.* 1, pp. 1-110.
- NEIRA PENA, A. M. (2017), *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Valencia.
- NEIRA PENA, A. M. (2018) *La defensa penal de la persona jurídica. Representante defensivo, rebeldía, conformidad y compliance como objeto de prueba*, Cizur Menor (Navarra).

- NIETO MARTÍN, A. (2013), "Investigaciones internas", whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal", *Diario La Ley*, 5 de julio, pp. 1-17.
- NIETO MARTÍN, A. (2015), "Investigaciones internas", en Nieto Martín, A. (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, pp. 231-270.
- NIETO MARTÍN, A. (2021), "Responsabilidad penal de la persona jurídica y programas de cumplimiento: de la gestión de la legalidad a la legitimidad", *Revista La Ley Compliance penal*, (4), pp. 1-29.
- NIEVA FENOLL, J. (2012), *Fundamentos de Derecho procesal penal*, Montevideo-Buenos Aires.
- NIEVA FENOLL, J. (2016), "Investigaciones internas de la persona jurídica: derechos fundamentales y valor probatorio", *Jueces para la democracia*, (86), pp. 80-92.
- O'KELLEY, C. (1979), "The Constitutional Rights of Corporations Revisited: Social and Political Expression and the Corporation after First National Bank v. Bellotti", *67 GEO. L.J.*, pp. 1347-1383.
- ORSI, O. G.; RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2021) "Las investigaciones defensivas en el compliance penal corporativo", en Rodríguez García, N. y Rodríguez-López, F. (eds.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- ORTIZ DE URBINA, I. (2019), «Trayectoria y cultura corporativa en la exención por cumplimiento normativo», en García Caveró, P. (dir.) et al., *Derecho penal y persona. Libro homenaje a Jesús-María Silva Sánchez*, Lima, pp. 859-871.
- PAWLIK, M. (2012), *Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Tubinga.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, P. (2013), "La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust", *InDret*, (1), pp. 1-23.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. (2017), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Cizur Menor (Navarra).
- POUCHAIN RIBEIRO, P. M. (2020), *La regla de la exclusión de la prueba ilícita. Un estudio comparado desde su origen en EE.UU.*, Valencia.
- QUECK, N. (2005), *Die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes zugunsten von Unternehmen*, Berlín.
- ROBINSON, P. H. (1982), "Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis", *Columbia Law Review*, Vol. 82, No. 2, pp. 199-291.
- ROBLES PLANAS, R. (2013), "Deberes negativos y positivos en el Derecho penal", *InDret*, (4), pp. 1-20.
- ROCHON, M.; SCHMITT, A.; HERBERT, I. (2019), "Is It Time to Revisit the Corporate Privilege Against Compelled Self-Incrimination?", *The Champion*, pp. 1-9.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. (2017), "In dubio pro reo aut in dubio pro opulentibus" *Diario La Ley*, nº 8970, pp. 1-23.
- ROGALL, K. (1979), "Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 91, pp. 1-44.
- ROGALL, K. (1977), *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, Berlín.
- ROOT MARTINEZ, V. (2020), "The Government's Prioritization of Information over Sanction: Implications for Compliance", *Law and Contemporary Problems* 83, no. 4, pp. 85-112.
- RÖSINGER, L. (2001), *Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung*, Tubinga.
- ROXIN, C. (1998), *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, 25. ed., Múnich.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (2008), *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Montevideo-Buenos Aires.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (2012), *Fundamentos de Política Criminal. Un retorno a los principios*, Madrid, 2012.
- SANZ DÍAZ-PALACIOS, J. A. (2006), «Las Sentencias del Tribunal Constitucional 18/2005 y 68/2006 y los pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo Shannon, Weh y Allen. Reflexiones

- sobre inspección tributaria y autoincriminación», *Diario La Ley*, nº 2733/2006, de 28 de octubre, Sección Tribuna, pp. 1-10.
- SCHMITT-LEONARDY, CH. (2013), *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, Heildeberg.
- SCHOEN, E. (2020), *Corporations Have Almost as Many Constitutional Rights as Individuals: How Did this Happen?*, Reino Unido.
- SERRANO ZARAGOZA, O. (2014), “Contenido y límites del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas en tanto sujetos pasivos del proceso penal”, *Diario La Ley*, nº 8415, Sección Doctrina, 6 de noviembre, pp. 1-14.
- SIEBER, U. (2008), “Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht”, en Sieber et al. (eds.), *Festschrift für Klaus Tiedemann*, Colonia-Múnich, pp. 449-484.
- SILVA SÁNCHEZ, J-M. (2007), “Zur sogenannten teleologischen Auslegung”, en Pawlik (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, Colonia, pp. 645 ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J-M. (2008), “Identidad en el tiempo y responsabilidad penal”, en García Valdés (coord.) et al., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Madrid, pp. 661-692.
- SILVA SÁNCHEZ, J-M. (2010), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires.
- SILVA SÁNCHEZ, J-M. (2015), *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Montevideo-Buenos Aires.
- SILVA SÁNCHEZ, J-M. (2016), *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa. Segunda edición ampliada y actualizada*, Madrid-Montevideo-Buenos Aires, 2016.
- SILVA SÁNCHEZ, J-M. (2018), *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona.
- SILVA SÁNCHEZ, J-M. (2019), “Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal. Una defensa de la racionalidad valorativa”, *InDret*, (4), pp. 1-32.
- SILVA SÁNCHEZ, J-M. (2020), “El debate sobre la prueba del modelo de compliance: Una breve contribución”, *InDret* (1), editorial., pp. 1-4.
- SILVA SÁNCHEZ, J-M. (2021a), “Metadogmática jurídico-penal. Sobre el método de elaboración de las reglas doctrinales”, *manuscrito en prensa*, pp. 1-20.
- SILVA SÁNCHEZ, J-M. (2021b), “¿"Quia peccatum est" o "ne peccetur"? Una modesta llamada de atención al Tribunal Supremo” *InDret*, (1), editorial, pp. 1-3.
- SIMÓN CASTELLANO, P. (2020), “Requerimientos de información y derecho de defensa de la persona jurídica (Reflexiones en torno al caso BBVA-Villarejo)”, *Diario La Ley*, nº 9691, Sección Tribuna, 8 de septiembre, pp. 1-9.
- TEJADA PLANA, D. (2020), *Investigaciones internas, cooperación y nemo tenetur: consideraciones prácticas nacionales e internacionales*, Cizur Menor (Navarra).
- THAMAN, S.; BRODOWSKI, D. (2020), “Exclusion or Non-Use of Illegally Gathered Evidence in the Criminal Process: Focus on Common Law and German Approaches”, en Ambos; Duff; Roberts; Weigend; Heinze (eds.), *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. I, Reino Unido, pp. 428-462.
- VV.AA.- Observatorio de Derecho Penal Económico 2012 de la Cátedra de Investigación Financiera y Forense Universidad Rey Juan Carlos-KPMG (2012), *Diario La Ley*, nº 7834, Sección Dictamen, 10 de abril de 2012, *versión online*.
- VELA, A. (2019), “Cuadro-resumen de condenas a empresas”, *Diario La Ley* nº 9495, de 10 de octubre, pp. 1-6.
- VERREL, T. (2001), *Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, Múnich.
- VILLEGAS GARCÍA, M. A. /ENCINAR DEL POZO, M. (2018), “Compliance, protección del informante e investigaciones internas”, en Gómez Jara Díez, C. (coord.), *Persuadir y razonar. Estudios Jurídicos en homenaje a José Manuel Maza*, Tomo I, pp. 211-251.
- VILLORIA MENDIETA, M. (2021), “Un análisis de la Directiva (UE) 2019/1937 desde la ética pública y los retos de la implementación”, *Revista Española de la Transparencia*, nº 12, primer semestre, enero-junio, pp. 15-24.
- VOLK, K. (2008), *Grundkurs StPO*, 6.ª ed., Múnich.

- VON FREIER, F. (2010), “Selbstbelastungsfreiheit für Verbandspersonen?” en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 122 (1), pp. 117-156.
- WAGNER, S. (2021), *Der rechtliche Rahmen für kooperatives Verteidigungs- und Verteidigerverhalten in unternehmensbezogenen Strafverfahren*, Baden-Baden.
- WEISSER, B. (2020), “Confidentiality of Correspondence with Counsel as a Requirement of a Fair Trial: The Situation in Germany”, en Bachmaier Winter; Thaman; Lynn (eds.) *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings. A Comparative View*, Suiza, pp. 105-132.
- WINKLER, A. (2018), *We the Corporations: How American Businesses Won Their Civil Rights*, Nueva York, pp. 161-191.
- YANES YANES, P. (2015), “Confidencialidad y clemencia en la “Directiva de daños”: Una aproximación”, en *Estudios sobre el futuro Código mercantil. Libro Homenaje a Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, pp. 1140-1159.

Síntesis de la principal jurisprudencia citada

a. Tribunal Constitucional español

- STC 53/1985, de 11 de abril (ECLI:ES:TC:1985:53).
- STC 137/1985, de 17 de octubre (ECLI:ES:TC:1985:137)
- STC 23/1989, de 2 de febrero (ECLI:ES:TC:1989:23).
- STC 197/1995, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TC:1995:197).
- STC 161/1997 de 2 de octubre (ECLI:ES:TC:1997:161).
- STC 69/1999, de 26 de abril (ECLI:ES:TC:1999:69).
- STC 18/2005, de 1 de febrero (ECLI:ES:TC:2005:17).
- STC 68/2006, de 13 de marzo (ECLI:ES:TC:2006:68).
- STC 54/2015, de 16 de marzo (ECLI:ES:TC:2015:54).
- STC 79/2014, de 28 de mayo (ECLI:ES:TC:2014:79).
- STC 97/2019, de 16 julio (ECLI:ES:TC:2019:97).

b. Tribunal Supremo español

- STS 154/2016, de 29 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:613).
- STS 221/2016, de 13 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:210).
- STS 116/2017 de 23 de febrero (ECLI:ES:TS:2017:85).
- STS 583/2017, de 19 julio (ECLI:ES:TS:2017:3210).
- STS 89/2018, de 23 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:89).
- STS 123/2019, de 8 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:757).

c. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- STEDH “Dombo Beheer v. Holanda”, de 27 de octubre de 1993 (solicitud nº 14448/88), ECLI:CE:ECHR:1993:1027JUD001444888.
- STEDH “Funke v. Francia”, de 25 de febrero de 1993 (solicitud nº 10828/84), ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884.
- STEDH “John Murray v. Reino Unido”, de 8 de febrero de 1996, (solicitud nº 18731/91), ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191.
- STEDH, “Saunders v. Reino Unido”, de 17 de diciembre de 1996, (solicitud nº 19187/91), ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791.
- STEDH “Heaney y McGuinness v. Irlanda”, de 21 de diciembre de 2000, (solicitud nº 34720/97), ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097.
- STEDH, “J.B. v. Suiza”, de 3 de mayo de 2001 (solicitud nº 31827/96), ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796.

- STEDH, “San Leonard Band Club v. Malta”, de 29 de julio de 2004 (solicitud nº 77562/01), ECLI:CE:ECHR:2004:0729JUD007756201.
- STEDH, “Weh v. Austria”, de 8 de abril de 2004 (solicitud nº 38544/97), ECLI:CE:ECHR:2004:0408JUD003854497.
- STEDH, “Marpa Zeeland B.V. y Metal Welding B.V. v. Holanda”, de 9 de noviembre de 2004, (solicitud nº 46300/99), ECLI:CE:ECHR:2004:1109JUD004630099.
- STEDH “Allen v. Reino Unido”, de 11 de julio de 2006, (solicitud nº 54810/00), ECLI:CE:ECHR:2013:0712JUD002542409.
- STEDH, “Jalloh v. Alemania”, de 11 de julio de 2006, (solicitud nº 54810/00), ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000.
- STEDH, “Coorplan-Jenni GmbH y Hascic v. Austria”, de 27 de julio de 2006 (solicitud nº 10523/02), ECLI:CE:ECHR:2006:0727JUD001052302.
- STEDH “O’Halloran y Francis v. Reino Unido”, de 29 de junio de 2007 (solicitudes nº 15809/02 y 25624/02), ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902.
- STEDH “DACIA S.R.L. v. Moldavia” (18 de marzo de 2008, solicitud 3052/04), ECLI:CE:ECHR:2009:0224JUD000305204.
- STEDH, “Marttinen v. Finlandia”, de 21 de abril de 2009 (solicitud nº 19235/05), ECLI:CE:ECHR:2009:0421JUD001923503.
- STEDH “European University Press GmbH v. Austria”, de 24 de junio de 2010 (solicitud nº 36942/05), ECLI:CE:ECHR:2010:0624JUD003694205.
- STEDH “Gazeta Ukraina-Tsentr v. Ucrania”, de 15 de julio de 2010 (solicitud nº 16695/04), ECLI:CE:ECHR:2010:0715JUD001669504.
- STEDH “Heinisch c. Alemania”, de 21 de julio de 2011 (solicitud nº 28274/08), ECLI:CE:ECHR:2011:0721JUD002827408.
- STEDH “Bucur y Toma c. Rumanía”, de 8 de enero de 2013 (solicitud nº 40238/02), ECLI:CE:ECHR:2013:0108JUD004023802.
- STEDH “Rumanía c. Bogdan Mihai Barbulescu”, de 5 de septiembre de 2017 (solicitud nº 61496/2008), ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD006149608.

d. *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

- STJUE “AM & S Europe c. Comisión”, de 18 de mayo de 1982, C- 155/79, Rec. 1982; ECLI:EU:C:1982:157.
- STJUE “Orkem v. Comisión”, de 18 de octubre de 1989, C-374/87, ECLI:EU:C:1989:207.
- STJUE “SGL Carbón v. Comisión”, de 29 de junio de 2006, C-301/04, ECLI:EU:C:2006:432.
- STJUE “Dalmine v. Comisión”, de 25 de enero de 2007, C-407/04, ECLI:EU:T:2004:220.
- STJUE “Akzo Nobel Chemicals Ltd. y Akros Chemicals Ltd”, de 14 septiembre de 2010, C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512.
- STJUE “Pfleiderer”, de 14 de junio de 2011, C-360/09, ECLI:EU:C:2010:782.
- STJUE, “DB v. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa”, de 21 de febrero de 2021, C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84.

e. *Tribunal Constitucional Federal alemán (“Bundesverfassungsgericht”)*

- BVerfG, 56, 37. NJW 1981, 1431. CELEX-Nummer: 81999DE0602(51).
- BVerfG 95, 220, 242. NJW 1997, 1841. CELEX-Nummer: 82003DE1216(01).
- BVerfG 73-78. NJW 2018, 2385. ECLI:DE:BVerfG:2018:rk20180627.2bvr156217.

f. *Jurisprudencia estadounidense*

f.1. Pronunciamientos de la U.S. Supreme Court

- Devereaux v. United States, 9 U.S. (5 Cranch) 61 (1809).
- Louisville, Cincinnati, & Charleston R. Co. v. Letson, 43 U.S. (2 How.) 497 (1844).

Hale v. Henkel, 201 U.S. 43, 70 (1906).
Wilson v. United States 221 U.S. 361 (1911).
United States v. White, 322 U.S. 694 (1944).
Saphiro v. United States, 335 U.S. 1 (1948).
Schember v. California, 384 U.S. 757-758 (1966).
Grosso v. United States, 390 U.S. 62 (1968).
Marchetti v. United State, 390 U.S. 39 (1968).
Murphy v. Waterfront Commission, 378 U.S. 52 (1964).
Bellis v. United States, 417 U.S. 85 (1974).
Fisher v. United States, 425 U.S. 391 (1976).
First National Bank v. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978).
United States v. Hubbell, 530 U.S. 27 (2000).
Citizens United vs. Federal Elections Commission, 558 U.S. 310 (2010).
Burwell v. Hobby Lobby Stores, 573 U.S. 682 (2014).

f.2. Otros precedentes jurisprudenciales relevantes

Bredice v. Doctors Hosp., Inc., 50 F.R.D. 249, 251 (D.D.C. 1970).
Webb v. Westinghouse Elec. Corp. 81 F. R. D, 431 (1978).
O' Connor v. Chrysler Corp., 86 F. R. D. 211, 217 (D. Mass. 1980).
Dowling v. Am. Haw. Cruises, Inc., 971 F. 2d 423, 424 (9th Cir. 1992).
Felder v. Wash. Metro. Area Transit Auth., 153 F. Supp. 3d 221, 224–25 (D.D.C. 2015).
In re Grand Jury Empanelled May 9, 2014, 786 F.3d 255, 259, 261 (3d Cir. 2015).
Block Island Fishing, Inc., 323 F. Supp. 3d 158, 161–65 (D. Mass. 2018).
In re Twelve Grand Jury Subpoenas, 908 F.3d 525, 529–30 (9th Cir. 2018).
Wood v. U.S. Bank National Association et al., C. A. No. 2017-0034-JT, Court of Chancery of Delaware, (2021).