

***¿Presunción de vigilancia o presunción de inocencia?***

***Los límites a la investigación penal individual***

(A propósito del archivo del caso “Púnica” respecto del Presidente de *INDRA*, F. Javier Monzón)

**Intervención mínima o tipificación creciente. El “nuevo” Derecho penal**

Uno de los problemas más complicados de resolver por la actual situación del *Derecho penal económico* es el de conjugar la legislación creciente sobre conductas delictivas con la concreción de los comportamientos imputables. Se supone que el Derecho penal debería ser la última arma con la que la sociedad se enfrente a los conflictos entre sus miembros, de manera que sólo intervenga cuando el resto de las posibilidades de solución fracasen. O, lo que es lo mismo, sólo deben atajarse con la amenaza de la pena aquellos comportamientos que la colectividad no puede tolerar en otras esferas.

La incorporación a nuestro Derecho penal en la segunda década de este siglo XXI de la *responsabilidad penal de la persona jurídica* ha dado lugar a la consideración de la omisión del deber de vigilancia y control como uno de los elementos integradores de la incorporación del llamado ***delito corporativo*** al ámbito del castigo penal; aunque basado en un comportamiento individual, no obstante, trasciende a la responsabilidad criminal del colectivo al que pertenece, y en cuyo provecho o beneficio se ha delinquido.

Sin embargo, los principios rectores del **carácter culpabilístico del Derecho penal** siguen estando vigentes, de manera que sólo aquellos comportamientos omisivos que examinados *ex post facto* revelen una *abstención relevante* a los efectos de las consecuencias criminales, serán objeto de persecución.

Ahora bien, habrá que concretar los postulados del Derecho penal material con el Derecho procesal, con la dificultad derivada de la aplicación de la doctrina al caso específico.

**La presunción del deber de vigilancia. Rechazo de la investigación *por elevación***

A principios de este año, el Juzgado Central de Instrucción Nº 6 de la Audiencia Nacional (Auto 13 enero-2020, D.P. 85/2014) tomó la decisión de **excluir de la imputación** (no hay por qué sumarse al *neolenguaje*, con palabras como “*desimputación*”, “*desescalada*” ...) al Presidente de una gran corporación empresarial (INDRA) en las actuaciones que se siguen por el llamado “*caso Púnica*”.

Recordemos que las diligencias se instruyen, desde hace ya seis años, por delitos de falsificación documental, malversación de caudales públicos, prevaricación, fraude, cohecho y organización criminal.

Sin entrar en profundidades, ya que se trata de un asunto aún *sub iudice*, la cuestión básica consiste en analizar la adjudicación irregular de contratos, previo presupuesto “*inflado*”, a determinadas entidades mercantiles, con objeto de beneficiar ilícitamente la financiación de determinado partido político (el PP).

La investigación previa a la imputación criminal se predicaría no solo de quienes participan ***individualmente*** en la comisión de los delitos, sino también del Presidente de la corporación, como máximo órgano de control de supervisión y de administración, como responsable por su falta de control y vigilancia adecuada en tanto que cúpula del ***equipo de dirección***, coincidente en el periodo en el que se suceden los hechos indiciariamente delictivos.

Así, el deber de supervisión, vigilancia y control que se supone corresponde al Presidente según las funciones establecidas por la Corporación se configura como elemento esencial de su “*llamada*” al proceso penal para responder.

Ahora bien, ese ejercicio de presunción - heredero de la doctrina del *levantamiento del velo* - necesita basarse en elementos materiales y espacio-temporales que lo vinculen con la comisión de los delitos.

*¿Presunción de vigilancia o presunción de inocencia?  
Los límites a la investigación penal individual*

De esta manera, el alcance cuantitativo de los negocios ilícitos criminalizados, así como el concreto espacio-temporal respecto de todo el período en el que se ejerció la presidencia, han de ponerse en relación inversamente proporcional a la presunción de supervisión y vigilancia.

Analizado este rango por el instructor, se llega a la conclusión de que no existen indicios de un **conocimiento cabal**, así como tampoco de una capacidad de interferencia o interés en la **evitación del resultado delictivo**, sea a consecuencia de sus propios actos en el orden funcional, o bien por su omisión tras la oportuna dación de cuenta, dada la enorme cantidad de actividades de la entidad y la inevitable lejanía respecto del desarrollo del cargo que ostenta el investigado.

En definitiva, la cuestión es que no se puede/no se debe presumir, **en contra del reo**, que la responsabilidad criminal alcanza al Presidente de la corporación porque éste *debió conocer, debió vigilar, debió supervisar, y/o debió prever* la posibilidad de comisión de conductas delictivas más allá de los órganos directamente preestablecidos para activar los mecanismos de supervisión: los llamados **órganos de cumplimiento o compliance**, que son los fundamentos de la responsabilidad penal de la persona jurídica (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 marzo de 2016), pero no de la persona individual, en la figura del máximo dirigente de una corporación.

#### **Acotación de responsabilidad por el hecho propio**

La principal característica de esta resolución del Juzgado Central Nº 6, confirmada recientemente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Autos 136/20 y 137/20, ambos de 7 de mayo), es que **rechaza el traslado automático** del fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica al juicio de autoría del investigado como Presidente de una organización empresarial jerárquicamente estructurada.

Y lo rechaza porque lo considera contrario al principio de culpabilidad propio del Derecho penal (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de septiembre de 2015), ya que,

*¿Presunción de vigilancia o presunción de inocencia?  
Los límites a la investigación penal individual*

de lo contrario, se estarían infringiendo los fundamentos de la responsabilidad penal **por el hecho propio** y por la creación de un *riesgo jurídicamente desaprobado*.

Exonera de responsabilidad al Presidente de la corporación puesto que no se ha acreditado que haya contribuido a la creación de aquel riesgo, ya que no tiene control sobre la *f fuente de peligro*.

Así pues, para una imputación *individual* de esta naturaleza sería necesario que los indicios derivados de las diligencias practicadas pusiesen de relieve la posición de **dominio del hecho** a través de las funciones concretas de supervisión y de control;

- o bien del conocimiento directo o indirecto de los mismos, que permitieran deducir razonablemente un **abandono** de aquéllas.
- o un **desprecio** de éstos por parte del investigado.

Es decir, sólo los indicios de una dejación de funciones o de un *olímpico actuar*, en consonancia con la doctrina de la *ignorancia deliberada*, podrían dar lugar a la imputación. Si no se obtienen estos indicios, como dice el Auto de la Sala, la investigación penal *debe cesar*.

Así, vista la argumentación de la Sala, tampoco parece de recibo la utilización del **ámbito de decisiones y competencias** del Presidente de una entidad, como máximo ejecutivo del que dependen los órganos de operatividad corporativa de la misma, como elemento integrador de una imputación delictiva *deducida* y, también, a consecuencia de los beneficios obtenidos por los delitos cometidos en provecho de aquélla.

Si a ello añadimos la apertura de una **investigación interna** ordenada precisamente por los órganos directivos, podemos entender que el sobreseimiento no es precipitado (no sería compatible con el abandono de funciones de supervisión).

***¿Presunción de vigilancia o presunción de inocencia?  
Los límites a la investigación penal individual***

Por otro lado, si en el **organigrama concreto** del sistema de filtros, denuncias internas o premisas de investigación, no figura el cargo concreto del Presidente de la entidad, salvo que se le pueda atribuir un conocimiento y una abstención, queda fuera de la imputación.

En palabras del Auto de la Sala que confirma el sobreseimiento:

*“No es dable en derecho atribuir una presunta actividad penal, por el simple hecho de ostentar la representación de un organismo o entidad, sin examinar antes si hay datos de su concreta participación y de la existencia de culpabilidad derivada de un incumplimiento o de la falta de adopción de unas medidas obligatorias que traten de paliar ese riesgo.”*

**Censura de la investigación prospectiva.**

Por último, en este análisis de hasta dónde debe llegar la investigación individual de las conductas, otra cuestión relevante que se ha puesto de manifiesto es el de la naturaleza o, mejor dicho, el fundamento **prospectivo** de la investigación criminal, que debe rechazarse.

Como dice la Sala en el Auto 137/20 (que desestima el recurso de la acusación popular de ADADE-PSOE contra el sobreseimiento)

*“La regla no es incoar un procedimiento penal bajo el único dato de que alguien no ha cumplido con la ley, para tratar de averiguar en el curso de ese procedimiento si hay indicios de la comisión de un delito. “*

*“La regla en el derecho penal es la incoación de una investigación policial o judicial cuando hay algún dato que permita inferir la comisión de un hecho delictivo. Por lo tanto, lo que se exige, prima facie, es ese elemento o dato mínimamente indiciario, y después (solo después, añadiríamos) la investigación.*

La obligación de “velar por el respeto o el cumplimiento de la ley”, es demasiado genérica para erigirse en un fundamento de responsabilidad penal ante cualquier ausencia de respeto por la ley.

*¿Presunción de vigilancia o presunción de inocencia?  
Los límites a la investigación penal individual*

Lo que constituye la obligación de quien ostenta la responsabilidad de la organización es **adoptar a priori mecanismos** para que haya un control eficaz que detecte infracciones, y que esa previsión esté contenida en los estatutos o reglamentos internos de la sociedad.

Llevar la exigencia de responsabilidad más allá de estos parámetros no puede ser la base de una responsabilidad criminal a título individual, aunque, como ya hemos dicho, sí podría integrar los elementos del llamado *delito corporativo* en la responsabilidad penal de la persona jurídica.

**Para concluir, estas resoluciones ponen de manifiesto que existen límites -o deben existir- en cuanto al *alcance del domino del hecho* respecto de conductas cuyo conocimiento y control resulta *lejano* a directivos a quienes se pretende inculpar por ello, sin tratarse de una responsabilidad *por hecho propio* ni entrar de lleno y en concreto en las funciones dirigentes.**

Madrid, Junio 2020

José Javier Polo

Despacho *De Carlos Remón*