15 de enero de 2021. España

CONFILEGAL

José Javier Polo: “El Anteproyecto de LECRim es demasiado rígido en lo que al ‘Compliance’ se refiere”

Exfiscal jefe de Madrid y Toledo, 34 años formando parte del Ministerio Fiscal, José Javier Polo, desde su puesto en el despacho DeCarlos Remón analiza la articulación del "Compliance" en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal que pronto comenzará a rodar por el Congreso de los Diputados. Es crítico con su contenido. La foto fue tomada desde una de las ventanas del bufete, en la madrileña calle de Velázquez, en Madrid. Foto: Carlos Berbell/Confilegal.

INICIOABOGADOS

Carlos Berbell | **15/01/2021 1:00** | Actualizado: 15/01/2021 11:05

Durante 34 años ejerció de fiscal. 8 como fiscal jefe de Toledo y 5 como teniente fiscal de esa provincia y 5 como fiscal jefe de Madrid. Desde hace un año se pasó al “otro lado”. Al ejercicio libre de la abogacía.

Desde hace once meses y medio, **José Javier Polo** es responsable del departamento penal y económico –que comprende el cumplimiento penal normativo– del despacho madrileño DeCarlos Remón, que dirigen **José Manuel de Carlos Beltrán** y **Álvaro Remón Peñalver**.

Desde su despacho de la madrileña calle de Velázquez, Polo sigue con mucha atención los nuevos acontecimientos legislativos, especialmente la aparición del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, pensado para sustituir código procesal penal actual, vigente desde 1882.

Se lo ha estudiado a fondo, en especial lo referido al "Compliance". Y lo tiene claro.

"El Anteproyecto de Ley de LECRim siendo garatista es demasiado rígido en sus decisiones sobre la persona encausada, ya sea física o jurídica".

¿Por qué?

Es curiosa la precisión terminológica. Utiliza las palabras persona encausada, con carácter general en todo el procedimiento penal. Persona investigada cuando ya está en la fase de investigación. Persona acusada cuando se ejerce la acción penal y persona condenada, o penada, cuando ha habido sentencia.

Y no utiliza la palabra imputada. Utiliza imputación, fase o decisión de imputación, pero no utilizada imputado.

No existe el concepto de persona imputada en todo el Anteproyecto de Ley de LECRim.

Actualmente, cuando una empresa, una persona jurídica, dicho en el lenguaje legal, es investigada penalmente, sus órganos de dirección deciden quién es la persona más adecuada para representarla en cada juicio. Sin embargo, esa libertad de designación desaparece en el actual Anteproyecto de LECRim. ¿Cómo lo valora usted?

Ese Anteproyecto exige que la persona jurídica sea representada por una persona a la que llaman "director del Sistema de Control Interno", que es tanto como decir "Compliance Officer" u oficial de cumplimiento.

El problema, en mi opinión, se agrava porque el Anteproyecto resulta demasiado rígido; queda mucho trabajo para que sea perfecto.

Exige, por ejemplo, que ese "director del Sistema de Control Interno", que comparece como representante ante el órgano judicial, reúna características muy concretas: Actuar bajo la autoridad directa del órgano de administración y hacerlo con un poder especial de representación jurídico-penal, aunque no se estuviera ocupando el cargo durante el tiempo en que sucedieron los hechos.

Hay un problema y es la llamada responsabilidad por ignorancia. Porque el oficial de cumplimiento, que podría haber sido designado con posterioridad a los hechos criminales, puede desconocer el sistema de cumplimiento, el sistema de exigencia. Incluso puede desconocer los hechos mismos.

Hacer que comparezca en representación de la persona jurídica encausada produce cierta indefensión. Y me parece peligroso.

O sea, el implementador del "temor de Dios" dentro de la empresa, el "Sheriff" interno, el "Compliance Officer", es el que representa a la empresa ante el órgano judicial, según el Anteproyecto.

Así es.

¿Y tiene obligación de decir verdad a todo?

No, bebe de las garantías del derecho de defensa. Lo dice de forma muy clara el Anteproyecto de Ley.

El principio de contradicción tiene que alcanzar a la persona jurídica encausada.

Puede guardar silencio. No confesarse culpable. No declarar contra sí mismo. Incluso tiene el derecho a la última palabra, como la persona física.

«El legislador quiere, a toda costa, que quien represente siempre a la persona jurídica encausada sea quien tenga el control interno», el «Compliance Officer», subraya Polo. Foto: Carlos Berbell/Confilegal.

Si el abogado defensor de la empresa fuera, al mismo tiempo, el oficial de cumplimiento tendría que renunciar a su primera función para sentarse en el banquillo de los acusados. Eso es, al menos, lo que se desprende del artículo 81.1 del Anteproyecto…

Esta es una buena prueba de la rigidez del sistema diseñado para este Anteproyecto del que le hablaba. El apartado segundo de ese mismo artículo contempla la posibilidad de que no se haya designado a nadie para ese cargo.

¿Qué ocurre entonces? Pues que el Ministerio Fiscal y el juez de Garantías buscan en el organigrama de la empresa y señalan a quien consideren que tiene el verdadero poder de control y dirección.

Es decir, como no tengo al "Compliance Officer", me voy al consejero delegado. El consejero delegado tiene otras funciones. Está para otros menesteres.

Es curioso que el "Compliance Officer" puede ser que no pertenezca al Consejo de Administración de la empresa y, si no hay un "Compliance Officer", yo Ministerio Fiscal puedo designar a quien yo considere responsable de la empresa.

Esto distorsiona el organigrama de la empresa porque mete un cierto encorsetamiento en la organización de la empresa.

¿Y qué deduce usted de ello?

Pues que el legislador quiere, a toda costa, que quien represente siempre a la persona jurídica encausada sea quien tenga el control interno.

Con las exigencias anteriormente expresadas no cabe asignar otro papel procesal a dicha persona.

El Anteproyecto exige de manera preceptiva la intervención de ese representante, hasta el punto de que su incomparecencia injustificada puede dar lugar incluso a su detención.

Por último, prohíbe expresamente, a quien represente a la persona jurídica encausada que declare como testigo o pueda tener cualquier otra intervención en la práctica de la prueba.

Con todo esto, veo prácticamente imposible que el abogado externo que haga funciones de oficial de cumplimiento pueda ejercer la defensa de la persona jurídica encausada.

El Anteproyecto parte de la suposición de que todas las empresas se organizan de una determinada manera.

Como es un Anteproyecto se supone que es un texto a revisar.

Se deberán admitir críticas y un análisis, no solo de lo que regula sino de lo que deja de regular. Aquello en lo que se peca por defecto y por exceso.

«En España existe la pena de muerte para la persona jurídica, que es su disolución. Es el artículo 33.7 del Código Penal. Es la muerte de la persona jurídica»

¿En qué peca por exceso?

Bueno, el sistema actual es mucho más libre. La LECRim vigente deja mucha más libertad a la empresa.

Es verdad que la hipótesis de la que parte el Anteproyecto no está mal, pero la vida real es mucho más rica que las hipótesis del legislador, que a veces se cumplen y a veces no.

Hay empresas en las que el "Compliance" no está en el organigrama porque lo contratan de forma externa.

Lo que se contempla es un sistema en el que el director del sistema de investigación interna, el "Compliance Officer", va a representar a la empresa cuando sea llamada para responder por responsabilidad criminal.

No olvidemos que la empresa no delinque, sino que es llamada a responder. El artículo 31 bis del Código Penal dice que la persona jurídica será responsable criminalmente.

No delinque, pero puede ser sancionada e, incluso, disuelta.

En España existe la pena de muerte para la persona jurídica, que es su disolución. Es el artículo 33.7 del Código Penal. Es la muerte de la persona jurídica.

Incluso hay una muerte indirecta. Porque una de las penas que se establecen es la pérdida total de la capacidad de subvención o de obtener ayudas públicas o de contratar con la Administración.

Hay empresas agrícolas que, si no tienen subvención, o no pueden contratar con la Administración, están condenadas a desaparecer.

La persona jurídica desde el momento en que se tiene que sentar en el banquillo puede hacerlo a través de los sistemas establecidos.

¿Cree que los redactores del Anteproyecto de LECRim no están pegados al terreno en esta problemática concreta?

Yo creo que son demasiado hipotéticos, sí. El mundo práctico, el mundo real de la empresa es mucho más rico. El encorsetamiento del sistema de defensa y de representación penal de la persona jurídica debe dejarse un poco más abierto.

También el Anteproyecto parece confundir dos funciones diferentes: la del órgano de cumplimiento y la del representante designado para intervenir en el juicio.

Eso no es una confusión. Es una fusión.

El capítulo referido al «Compliance en el Anteproyecto «debería ampliarse más porque se queda corto», en opinión de José Javier Polo. «Espero que en su paso por el Parlamento se perfeccione. Es necesario que se perfeccione». Foto: Carlos Berbell/Confilegal.

¿Es lógica?

No, lo que hace la ley es fundir o fusionar en una sola persona la labor de órgano de cumplimiento y la labor del representante designado para comparecer en el juicio.

La confusión se produce entre el órgano de cumplimiento y el órgano de vigilancia. El órgano de vigilancia del artículo 31bis 2, el que establece una exención de la responsabilidad criminal para la empresa que cumpla con la vigilancia, por ejemplo, puede ser la famosa comisión de auditoría, de la ley de sociedades de capital cuando se trata de sociedades cotizadas, artículo 529.14.

No hay que olvidar que la primera sentencia famosa que trata este problema de manera global, la del 29 de febrero de 2016 establece la llamada cultura de cumplimiento.

Esa cultura de cumplimiento que dice que el cumplimiento penal es tarea de la empresa. Esto corresponde a la empresa, tiene que desarrollarla. Pero no lo puede hacer directamente, por eso tiene que delegarla.

Ese delegado tiene que actuar con autonomía de decisión e iniciativa. Y eso incluye investigaciones internas, un comité de prevención, o una oficina de cumplimiento. Hay muchas fórmulas. Incluso el famoso canal de denuncias. Se reconoce la figura del famoso alertador. Utiliza una palabra que no es delator ni denunciante anónimo. El famoso "Whistleblower".

Lo que permite que a través de una alerta se lleve a cabo una investigación interna y sea la propia empresa la que saque a relucir la existencia del delito.

Claro, pero si el órgano de administración es el que delinque, no puede ser que el controlador sea, a la vez, controlado. Es una contradicción.

Con eso concluyo: no debería obligarse a que el oficial de cumplimiento sea siempre el representante de la persona jurídica encausada. Es mejor dejarlo en libertad, como en el artículo 119 de la LECRim vigente.

«Hay una cultura de cumplimiento que dice que el cumplimiento penal es tarea de la empresa. Esto corresponde a la empresa, tiene que desarrollarla. Pero no lo puede hacer directamente, por eso tiene que delegarla»

¿Qué necesita este Capítulo III del Libro Primero, Título II, artículos 81 a 86, relativo al cumplimiento normativo penal por parte de las empresas?

Debería ampliarse más porque se queda corto. Espero que en su paso por el Parlamento se perfeccione. Es necesario que se perfeccione.

¿La implementación del cumplimiento normativo penal no es una declaración pública del propio Estado de impotencia por no poder hacer frente a la delincuencia que se genera dentro de las empresas?

El cumplimiento normativo penal tiene su origen en determinado tipo de delincuencia. Empieza por la delincuencia europea por el fraude contra los intereses de la Unión, por los delitos fiscales, el famoso delito de blanqueo de capitales, que se origina de una forma determinada en el enriquecimiento a través de la conducta delictiva, que luego se ha desproporcionado, en mi opinión.

El blanqueo es estrictamente el beneficio de la empresa delincuente. Es decir, que haya una industria del delito. En diversas bolsas de fraude existía una verdadera industria del delito. Una sociedad anónima criminal. Está bien que la persona jurídica asuma una responsabilidad penal.

Hay delitos cometidos por un directivo, por un empleado, que ha beneficiado a una empresa de forma indudable. A través de sobornos, corrupción, ya no digamos tráfico de drogas, delito contra la Hacienda pública o blanqueo de capitales.

Hay que circunscribirla a los supuestos en los que esa persona jurídica debe responder.

Y hay que dar una oportunidad a la empresa de establecer un sistema de control interno, verdadero y real, por el cual la empresa pueda ser eximida de culpa.

El cumplimiento normativo, desde su punto de vista, ha sido un buen invento, ¿no?

Es un buen invento, sí. Es mejorable, como todo. Y está bien que exista.

En esta noticia se habla de: COMPLIANCE PENAL / JOSÉ JAVIER POLO / LECRIM
VER MÁS ARTÍCULOS DE ABOGADOS

17 de enero de 2021. España

CONFILEGAL

José Javier Polo: “Debería aprovecharse el Anteproyecto de LECRim para suprimir algunos delitos en los hoy el Jurado es competente»

De sus 34 años en la carrera fiscal ha sacado un conocimiento precioso sobre la Ley del Jurado; José Javier Polo, ahora "en el otro lado", considera que debería reformarse para que fuera plenamente eficaz y menos costosa. Foto: Carlos Berbell.

INICIOABOGADOS

Carlos Berbell | **17/01/2021 1:00** | Actualizado: 17/01/2021 1:20

“Esta es una oportunidad histórica. Debería aprovecharse el Anteproyecto de LECRim para suprimir algunos delitos en los hoy el Jurado es competente. Porque hoy, por hoy, suponen un derroche económico y son de una ineficacia clara», explica **José Javier Polo**, abogado del despacho DeCarlos Remón y fiscal jefe

de Madrid y de Toledo durante 10 años de los 34 en los que sirvió en el Ministerio Fiscal.

«**Yo he visto celebrar un juicio por una malversación de una concejal de un Ayuntamiento. Fueron 167 euros. Lo que costaron unos sacos de cemento que utilizó para arreglar el balcón de su casa. Un delito de malversación de libro**. El juicio con jurado duró una semana. Además, la tramitación previa del juicio se extendió durante meses», explica Polo.

El jurado es competente sobre delitos cometidos por funcionarios públicos que son muy difícil de analizar. «Deberían ser enjuiciados por un tribunal técnico», afirma.

Y añade: «Delitos como tráfico de influencias, cohecho, malversación de caudales públicos, negociaciones prohibidas a funcionarios, fraudes y exacciones ilegales, omisión del deber de socorro, que no sé que hace en la Ley del Jurado, porque siempre va acompañada de un delito de imprudencia, amenazas y allanamiento de morada, tenían que estar fuera de esta Ley».

El jurado popular tiene que aplicarse a delitos serios. «Para un homicidio o un asesinato, para cosas graves. Porque el Jurado es mucho montaje, muchas semanas de juicio y mucho dinero para el contribuyente. No tiene sentido ninguno montar un juicio de dos semanas para una omisión del deber de socorro que tiene una pena inferior a cuatro años», en mi opinión.

SE DEBE REFORMAR EL MOMENTO EN QUE SE ELABORA EN OBJETO DEL VEREDICTO

Polo apunta también a lo que denomina «un fallo enorme»: El hecho de que el objeto del veredicto va después del informe oral de las partes, del fiscal, de las acusaciones, populares y particulares, y del abogado defensor.

«**El objeto del veredicto debería ser elaborado y presentado a las partes por el presidente del tribunal del jurado antes del informe oral**. Porque en el informe oral, cuando te diriges al jurado, tienes que decirle: 'Al punto uno deben ustedes votar esto porque yo creo que esto, esto y esto. En la proposición dos, sin embargo, no lo voten. Voten en contra, porque yo creo que…'. **No tiene sentido hacer un informe final, en el que no sabes cómo va a articular el objeto del veredicto el magistrado presidente**«, asevera Polo.

«El problema con los objetos de los veredictos es que, además, a veces son ininteligibles y farragosos. Yo he visto uno de setenta y tantas proposiciones. Y hubo que votar una por una hay. Para la condena son necesarios siete votos y para la absolución cinco votos. El objeto del veredicto –repite con mucha seguridad– hay que hacerlo antes del informe final. Y sería muy fácil. El magistrado presidente hace el objeto, celebra una pequeña vista, Las partes alegan y contra alegan y se fija. Y a partir de ese momento, las partes pueden hacer el informe oral final, o alegato, palabra preciosa, por cierto. Así tendría que ser», concluye.

El Anteproyecto de LECRim podría representar una gran oportunidad para rectificar estos «agujeros negros» de la Ley del Jurado y hacer que funcione como debería de funcionar.

En esta noticia se habla de: JOSÉ JAVIER POLO / JURADO POPULAR / LEY DEL JURADO