

IMPLICACIONES DE LA LEY DE PROTECCIÓN DEL DENUNCIANTE EN EL DERECHO A NO INCRIMINARSE DE LAS PERSONAS JURÍDICAS



Oliver Pascual Suaña

Abogado en Muro & San Juan

Doctor en Derecho

Profesor asociado Derecho Procesal Universidad de Valladolid (UVA)

INTRODUCCIÓN

Los comúnmente conocidos como “canales de denuncias” son un elemento clave en la prevención, detección y evitación de ilícitos, tanto en el sector público como en el privado.

Por ese motivo, en un clima de constantes escándalos como *LuxLeaks*, los Papeles de Panamá o *Cambridge Analytica*, en los que tuvo una importancia crucial el papel de los denunciantes, se inició el proceso de aprobación de un texto que abordara un marco regulatorio comunitario, que culminó con la promulgación de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, conocida como “Directiva Whistleblower”, y así se llamará en adelante.

Con el retraso en la transposición, propio de nuestro país, se aprobó la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (“Ley de protección del denunciante”, desde ahora).

El texto español, con un ámbito de aplicación material considerablemente más amplio que el mínimo contemplado en el

artículo 2 de la Directiva *Whistleblower*, supondrá sin duda un impulso definitivo para la generalización de los canales de denuncias, y la protección de los denunciantes (aspectos ambos en los que España tiene escasa tradición) pero, como se tratará en este artículo, atendiendo lo preceptuado por la Ley de protección del denunciante, el texto puede tener consecuencias perniciosas sobre el derecho a no inculparse de las personas jurídicas. En particular, puede afectar a este derecho fundamental la obligación de informar al Ministerio Fiscal con carácter inmediato cuando los hechos conoci-

dos mediante el canal interno de información pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito (artículo 9.2.j), y la exigencia de contar con un registro de informaciones accesible a la autoridad judicial competente (artículo 26).

Por ello, y principalmente desde el prisma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se analizarán las consecuencias negativas que la Ley 2/2023 puede tener en el derecho de defensa de los sujetos colectivos, y el posible método para su evitación.



SITUACIÓN ANTERIOR A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE PROTECCIÓN DEL DENUNCIANTE

Según resulta incontrovertido en la doctrina procesalista, el derecho a no incriminarse, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española tiene tres derivaciones distintas: el derecho a guardar silencio; el derecho a no declarar contra sí mismo; y el derecho a no confesarse culpable. El origen y fundamento tradicional del *nemo tenetur se ipsum accusare* – precisamente, también, el mayor obstáculo para su preconización respecto a las personas jurídicas – se ha ubicado en la evitación de torturas como método para lograr la confesión del acusado en el sistema inquisitivo. Se apunta también como justificación motivaciones de carácter religioso – *las personas solo responden ante Dios* –. Ambas posturas, sin duda, están tan relacionadas con la dignidad de la persona y su libertad individual que no resultan automáticamente extrapolables a los entes colectivos.

De este modo, su reconocimiento expreso respecto a las personas jurídicas (en los artículos 409 y 786 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) obedece principalmente al pretendido aseguramiento de dos bienes jurídicos del proceso: el derecho de defensa y la presunción de inocencia.

En la fijación de los contornos del también conocido como derecho a la no colaboración activa, ha sido decisivo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Aunque esta prerrogativa no aparece expresamente contemplada en el artículo 6 del Convenio de Derechos Humanos, se considera implícitamente prevista en el mencionado precepto, como parte de la esencia de un proceso equitativo (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 mayo 2001, J. B. c. *Suiza*). Debe destacarse la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 17 de diciembre de 1996, *Saunders c. Reino Unido*, en virtud de la cual se asentó el criterio de que el derecho a no incriminarse no se extiende al material que *tenga una existencia independiente de la voluntad del sospechoso*. Esta doctrina ha sido asumida por otros Tribunales, aunque con matices.

Así, para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde la Sentencia de 18 de octubre de 1989, *Orkem c. Comisión*, C – 374/87, la Comisión Europea puede, si fuera preciso, requerir los documentos correspondientes que obren en poder de la entidad investigada, incluso si los

mismos pueden servir para probar contra ella o contra cualquier otra empresa la existencia de una conducta infractora, si bien, apunta que se debe respetar el derecho de defensa, por lo que no cabe imponer a la entidad la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión Europea. Por lo tanto, para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el derecho a no incriminarse habilita únicamente a no realizar manifestaciones que puedan resultar autoinculporatorias, excluyendo de su ámbito de protección los documentos que obren en poder del investigado.

El Tribunal Constitucional consolidó como criterio, en la Sentencia núm. 76/1990 de 26 abril (referida a un requerimiento de aportación de documentos contables), que su exhibición, como elemento que permite acreditar la situación económica del contribuyente ante la Administración Tributaria, es imprescindible para asegurar el cumplimiento de las obligaciones fiscales, por lo que su aportación no equivale propiamente a la emisión de una declaración autoinculporatoria que, según esta resolución, es lo que protegería el derecho previsto en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

Por su parte, el Tribunal Supremo (por todas, Sentencia núm. 277/2018 de 8 junio), afirma que el derecho a no incriminarse protege únicamente los documentos que tienen existencia independiente de la voluntad del sujeto y, además, las declaraciones que tengan un contenido directamente incriminatorio efectuadas con carácter previo al proceso, o durante el mismo, obtenidas mediando coacción.

Este cuerpo jurisprudencial se ha interpretado de tal forma que aquellos documentos que vengan exigidos *ex lege*, no estarían protegidos por el derecho a la no colaboración activa. Por lo tanto, si son requeridos por la autoridad administrativa o judicial, el sujeto compelido, persona física o jurídica, estará obligada a su aportación. El ejemplo más paradigmático sería la contabilidad societaria, exigida por el artículo 25 del Código de Comercio, y que por lo tanto deberá ser entregada por la persona jurídica incluso aunque su contenido no favorezca su posición en el proceso penal, u administrativo sancionador.

La doctrina que se ha esbozado brevemente resulta decisiva para el enjuiciamiento de las personas jurídicas. La documentación es el soporte vital de su

vida diaria y, con ello, elemento clave en su enjuiciamiento. Muestra de ello es el artículo 554 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en buena medida liga el domicilio de las personas jurídicas, su conceptualización, al lugar en que se encuentran sus documentos. Por ello, puede afirmarse que el proceso penal es una pugna por *los papeles*: la acusación, que pretenderá incorporar todos los documentos posibles de la persona jurídica investigada; y la defensa, buscando que accedan al proceso solo aquellos soportes que no favorezcan su propia incriminación.



AUTO DE LA SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL (SECC. 4), NÚM. 391/2021 DE 1 DE JULIO DE 2021. EL "CASO ABENGOA"

Exponente de la doctrina *Saunders*, en el ámbito de las personas jurídicas, es el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 4), núm. 391/2021 de 1 de julio.

La resolución tiene su origen en el proceso seguido ante el Juzgado Central de Instrucción número 2 de la Audiencia Nacional, conocido como "Caso Abengoa", relativo a un supuesto delito de falseamiento de las cuentas anuales de la Sociedad andaluza, de los ejercicios 2013 a 2016, conducta típica prevista en el artículo 282. bis del Código Penal.

En el seno de esas diligencias, el instructor, en fecha 10 de mayo de 2021, dictó una Providencia por la que requería a ABENGOA, para que aportara en lo siguiente:

"la totalidad de las denuncias internas de ABENGOA recibidas a través del canal de denuncias, durante los años 2013 a 2016, junto con los expedientes de tramitación de las mismas que se puedan haber generado."

Ante tal requerimiento, la defensa formuló el correspondiente recurso de apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la cual dictó el ya referido Auto núm. 391/2021 de 1 de julio.

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, partiendo precisamente de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recordó:

"En materia de requerimientos de documentación a personas jurídicas habrá que distinguir (...) aquellos referidos a materiales cuya existencia tiene un carácter obligatorio ex lege y, por tanto, independiente de la voluntad del sujeto en cuestión que estarían excluidos del ámbito de protección del derecho a la autoincriminación"

Por ello, concluye la resolución:

"Desde la dificultad que entraña, deslindar aquellos documentos de la persona jurídica cuyo origen puede relajar la aplicación del derecho fundamental a no autoincriminarse, el Tribunal entiende que estarían amparados por aquél, los documentos internos procedentes del "canal de denuncias" de las empresas en los que consten los hechos denunciados"

y los resultados de las investigaciones internas que, voluntariamente haya llevado a cabo la entidad, así como cualesquiera declaraciones bien de la entidad, o de sus representantes legales, admitiendo la existencia de irregularidades o ilegalidades en su actuación corporativa."

En definitiva, estaba claro, al menos hasta la Ley de protección del denunciante, que la información obrante en el canal de denuncias, compuesto tanto por las denuncias recibidas, como por las indagaciones internas realizadas en su virtud, estaba absolutamente protegido por el derecho a no incriminarse de las personas jurídicas.

LEY 2/2023, DE 20 DE FEBRERO, REGULADORA DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES NORMATIVAS Y DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN.

Este panorama puede haber sufrido un reciente cambio, a resultas de la Ley 2/2023, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

La norma española tiene el objetivo de proteger a los ciudadanos que en un contexto laboral o profesional detecten infracciones penales o administrativas graves o muy graves, o que, en su caso, afecten al Derecho de la UE, y las comuniquen mediante los mecanismos contemplados en el texto, esto es, canales internos, externos, o revelaciones públicas. La Ley de protección del denunciante se inserta igualmente en la tendencia legislativa hacia el fomento de la autorregulación empresarial, inercia que tuvo como mayor exponente la instauración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El mecanismo principal ("preferente", según la Ley) para la formulación de las denuncias es el sistema interno de información, cauce para poner en conocimiento de la propia organización las infracciones detectadas. El sistema interno, cuya principal herramienta será el canal de denuncias, deberá facilitar un uso asequible, garantizar la confidencialidad de las informaciones recibidas, y respetar las mejores prácticas en seguimiento de las denuncias, investigación de las infracciones delatadas, y protección de los informantes. La gestión del canal podrá ser externalizada parcialmente, encomienda para la que el perfil ideal es el de un abogado, como luego se desgajará. La obligación

de contar con sistemas internos de información se extiende a todas las entidades que integran el sector público y, en el sector privado, las personas físicas o jurídicas que tengan contratados cincuenta o más trabajadores. La Ley contempla dos plazos máximos para que las entidades se adapten a sus exigencias. Las Administraciones, organismos, empresas y demás entidades obligadas a contar con un Sistema interno de información tenían hasta el 13 de junio de 2023 para implantarlo. Por su parte, las entidades jurídicas del sector privado con doscientos cuarenta y nueve trabajadores o menos, así como de los municipios de menos de diez mil habitantes, tendrán hasta el 1 de diciembre de 2023.

El incumplimiento de la obligación de instaurar un sistema interno de información puede ser castigado con multas que van desde 600.001 a 1.000.000 euros, en el caso de las personas jurídicas.

Como segundo cauce, la Ley contempla la creación de la Autoridad Independiente de Protección del Informante (A.A.I) o, en su caso, entidades análogas a nivel autonómico, que tendrán como principal función la gestión de los canales externos de información. Mediante los canales externos, se podrán denunciar las infracciones detectadas en entornos laborales que entren dentro del ámbito de aplicación de la Ley de protección del denunciante.

El tercer medio de comunicación de infracciones son las revelaciones públicas, definidas como la puesta a disposición del público de información sobre acciones u omisiones que constituyan la infracción del ámbito material contemplado en la Ley de protección del denunciante. No obstante, como exige el artículo 28, para que los informantes que utilicen la vía de la revelación pública estén dotados de protección, es preciso que hayan intentado previamente la comunicación por canales externos o internos, sin que estos hayan tomado medidas; que se tengan motivos razonables para creer que la infracción pueda constituir un peligro inminente o, en su caso, que exista un elevado riesgo de represalias o pocas probabilidades de que se otorgue un tratamiento efectivo a la información debido a las circunstancias particulares del caso.

Las concretas medidas de protección a los informantes se recopilan en el Título VII de la Ley, teniendo como objetivo primordial la prohibición de represalias, entendiendo por tales cualesquiera actos u omisiones que estén prohibidos por

la ley, o que, de forma directa o indirecta, supongan un trato desfavorable. Se considerarán represalias frente a los denunciadores actos de la empresa como el despido o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, entre otras. La Ley contempla igualmente lo que denomina medidas de apoyo, pudiendo referir aquí la información y asesoramiento integral, accesible y gratuito, sobre los procedimientos y recursos disponibles, para la protección frente a represalias y sobre los derechos del informante; la asistencia jurídica; o el apoyo financiero o incluso psicológico, si así lo aconsejara la A.A.I. Como medidas de protección frente a represalias, debe destacarse que en los procesos judiciales civiles o laborales, incluidos los relativos a difamación, violación de derechos de autor, vulneración de secreto, infracción de las normas de protección de datos, revelación de secretos empresariales, o a solicitudes de indemnización basadas en el derecho laboral o estatutario, los denunciadores no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo como consecuencia de las delaciones realizadas.

Indudablemente, la Ley de protección del denunciante va a suponer el impulso definitivo para que empresas de cincuenta o más trabajadores instauren modelos de prevención penal en los que los canales de denuncias son un elemento esencial. No obstante, va a suponer también la entrada en vigor de dos obligaciones legales relevantes, con posible incidencia en el derecho a no inculparse: la obligación de denunciar ante el Ministerio Fiscal los delitos que hayan sido cometidos en su seno, y que sean detectados mediante el sistema interno de comunicaciones, contemplada en el artículo 9.2.j; y la obligación de contar con un registro de comunicaciones, prevista en el artículo 26.

OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR ANTE EL MINISTERIO FISCAL (ARTÍCULO 9.2.J)

Dentro del artículo 9, nominado "procedimiento de gestión de informaciones", se recoge (apartado 2, letra j) la siguiente obligación:

"Remisión de la información al Ministerio Fiscal con carácter inmediato cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito. En el caso de que los hechos afecten a los intereses financieros de la Unión Europea, se remitirá a la Fiscalía Europea."

De este modo, cuando los canales de

denuncias sirvan para detectar infracciones con encaje en algún tipo penal, la entidad estará obligada a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Esta exigencia, aunque ya ínsita en la obligación de denunciar delitos públicos que prevé el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esconde no obstante un peligro grave para el derecho a no inculparse de las personas jurídicas cuando, tal ilícito, pudiera haberse cometido concurriendo los presupuestos para declarar también la responsabilidad penal de corporación, según el artículo 31 bis del Código Penal.

En todo caso, la previsión del artículo 9.2.j queda "desactivada" por el superior derecho a no inculparse, pues lo contrario sería tanto como imponer una obligación de "autodenuncia" claramente inexistente por mor del artículo 24.2 de la Constitución Española.

OBLIGACIÓN DE CONTAR CON UN LIBRO – REGISTRO DE INFORMACIONES, Y DE LAS INVESTIGACIONES INCOADAS EN SU VIRTUD (ARTÍCULO 26)

El segundo precepto de la Ley de protección del denunciante que incide en el derecho a inculparse es el artículo 26, cuyo apartado 1 señala:

"Todos los sujetos obligados, de acuerdo con lo dispuesto en esta ley, a disponer de un canal interno de informaciones, con independencia de que formen parte del sector público o del sector privado, deberán contar con un libro-registro de las comunicaciones recibidas y de las investigaciones internas a que hayan dado lugar, garantizando, en todo caso, los requisitos de confidencialidad previstos en esta ley."

Por lo tanto, ahora ya sí, existe un precepto que establece la obligatoriedad de contar con un canal de denuncias. Aplicando lo dicho hasta el momento, los canales de denuncias ya no estarían protegidos por el derecho a no inculparse.

No obstante, según criterio del que suscribe, estaría justificado que la persona jurídica se niegue a la entrega del material recabado mediante el canal de denuncias cuando la conducta punible realizada por la persona física sea encuadrable en alguno de los delitos que, según la Parte Especial del Código Penal, pueden causar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

De lo contrario, si se impusiera la entrega

de los documentos aun habiendo riesgo de que ello perjudique la defensa de la corporación, estaríamos ante un auténtico "juego sucio" del Estado: *por un lado*, bajo la amenaza sancionadora, se obliga a la empresa a contar con un modelo de prevención penal, en el que los canales de denuncias son uno de los elementos troncales; *por otro*, se utilizan los documentos que ella misma ha recabado y generado para condenarla.

La obligación (o no) de entregar el registro de comunicaciones recibidas no es para nada baladí desde la perspectiva de la responsabilidad penal de las empresas y demás entes colectivos de los que puede predicarse su responsabilidad penal:

Tras la instauración en el año 2010 de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el año 2015 se introdujo en el Código Penal, como causa de exoneración de responsabilidad criminal de los sujetos colectivos, la aprobación e implantación de un modelo de prevención penal que cumpliera los requisitos del apartado 5 del artículo 31 bis CP.

Como se deduce del Código Sustantivo, este instrumento debe ostentar dos grandes virtudes: idoneidad, cualidad teórica que implica, desde una perspectiva *ex ante*, su aptitud para prevenir, detectar y reaccionar frente a ilícitos penales susceptibles de ser cometidos atendiendo a las circunstancias específicas de la persona jurídica; y eficacia, con proyección ya práctica, que exige determinar si el sistema, amén de adecuado teóricamente, tiene relevancia real en el funcionamiento diario de la sociedad, permitiendo mitigar o eliminar los riesgos de comisión delictiva.

En este sentido, la *Guía para la evaluación de programas de cumplimiento*, elaborada por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, señala entre los aspectos a evaluar para determinar si el programa de *compliance* funciona en la práctica, la respuesta que haya dado la corporación a las infracciones detectadas previamente mediante el canal de denuncias.

Partiendo de lo antedicho, y desde el punto de vista de la eficacia del modelo de prevención penal de las personas jurídicas, tanto el contenido de las denuncias recibidas, como el producto de las investigaciones internas resulta esencial para la acreditación de la eficacia del *compliance program*.

Si se atestigua que el canal de denuncias ha posibilitado la reacción corporativa frente a incumplimientos detectados, en el concreto delito investigado o en situaciones anteriores, la entidad dispondrá de un indicio palpable de la cultura de cumplimiento instaurada en su seno. Por el contrario, si con ocasión de un proceso penal se pone de manifiesto que la corporación no ha respondido ante denuncias por ilícitos de naturaleza similar a los que son objeto del procedimiento, en la práctica, se imposibilitará la exoneración de responsabilidad de la persona jurídica.

De este modo, la accesibilidad a las autoridades del registro de comunicaciones de la entidad puede terminar siendo la mejor evidencia para acreditar la vulnerabilidad del modelo de prevención penal, de ahí el grave peligro que puede generar, desde la perspectiva de la defensa corporativa, la obligación que establece el artículo 26.

EXTERNALIZACIÓN DE LA GESTIÓN DEL CANAL DE DENUNCIAS COMO MÉTODO PARA LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN GENERADA

Constatado ya que la exigencia legal del registro de comunicaciones puede provocar que el canal de denuncias quede expuesto a los Tribunales, se va a apuntar el posible método para evitar que material tan delicado quede a merced de las autoridades.

Las investigaciones internas, realizadas a resultados de las denuncias recibidas en el canal, están íntimamente relacionadas con el derecho de defensa de la corporación.

La concepción de los canales como parte del derecho de defensa – *defensa material* – no despierta dudas: realizar una investigación interna habilita que la persona jurídica pueda construir su mejor versión de los hechos ocurridos en su seno.

Por lo anterior, está plenamente justificado, e incluso resulta recomendable que en fases anteriores al inicio de un hipotético proceso penal intervengan letrados, externos a la entidad, con las consiguientes ventajas que comporta el secreto profesional.

La participación de sujetos ajenos a la organización, en cuanto a la gestión de los canales internos, viene expresamente prevista tanto en la Directiva *Whistleblower* (artículo 8.5) como en la Ley de protección del denunciante (artículo 15 y 32), por lo que tendría absoluto amparo.

Cabe recordar que ya se suscitó la polémica sobre si, en la gestión de los canales de denuncias previstos como

requisito 4 del aptdo. 5 del artículo 31 bis del Código Penal tenía cabida la externalización en su gestión.

Tal duda fue resuelta por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 habilitando e, incluso, recomendando la contratación de profesionales ajenos a la propia estructura de la corporación. Apunta el Ministerio Fiscal que la centralización de las funciones de cumplimiento en el órgano creado al efecto no supone que todas las atribuciones deban ser realizadas por el *compliance officer* y, concretamente respecto al canal de denuncias, señala que su diligenciamiento por personas ajenas a la empresa asegura mayor independencia y confidencialidad.

En todo caso, la salvaguarda del producto de la investigación bajo el paraguas del secreto profesional y la confidencialidad abogado – cliente, requiere observar una serie de pautas de comportamiento en la gestión de las denuncias, entre las que destaca la inclusión del abogado en todos los correos electrónicos que se intercambien sobre el transcurso de la indagación interna y, además, evitar que el fruto de las pesquisas caiga en manos de terceros que no se encuentren amparados por el secreto profesional.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La Ley de protección al denunciante contribuirá decisivamente a la lucha contra la criminalidad, tanto en el sector público como en el privado.

No obstante, el artículo 9.2j del texto, referido a la obligación de informar de las infracciones detectadas al Ministerio Fiscal y, más particularmente, el artículo 26, causan un claro peligro sobre el derecho a no inculparse, al provocar que personas jurídicas que aparezcan como sujetos pasivos de un proceso penal se pueden ver compelidas a aportar documentos que contribuyan a su propia condena.

A expensas de la interpretación que nuestros Tribunales otorguen a esta confrontación (derecho a no inculparse de la persona jurídica Vs. obligación de registro de comunicaciones, y su entrega a los Juzgados), la única manera de proteger el resultado de las indagaciones corporativas será que, desde la misma recepción de las denuncias, intervengan letrados externos que permitan salvaguardar las comunicaciones de infracciones, y el producto de las investigaciones internas, bajo las ventajas del secreto profesional.

