

# Retos jurídicos en el marco de las investigaciones internas corporativas: a propósito de los *compliances* \*

José León Alapont

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal. Universitat de València*

---

LEÓN ALAPONTE, JOSÉ. Retos jurídicos en el marco de las investigaciones internas corporativas: a propósito de los *compliances*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2020, núm. 22-04, pp. 1-34.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-04.pdf>

RESUMEN: En 2010 el legislador español introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, en 2015, diseñó un sistema de exención basado en la existencia de *compliance programs* o, como el Código Penal los denomina, “modelos de organización y gestión”. En este contexto, las investigaciones internas corporativas se erigen en un elemento esencial para el éxito de estos mecanismos de prevención y detección de delitos. En consecuencia, el objetivo principal de este trabajo es aportar una visión de conjunto sobre los principales aspectos que plantean las investigaciones internas, así como de los retos y problemas que las mismas presentan.

PALABRAS CLAVE: investigaciones internas, *compliance programs*, responsabilidad penal de las personas jurídicas.

TITLE: **Internal investigations within corporations: about compliances**

ABSTRACT: In 2010, the Spanish legislator introduced the criminal liability of legal persons into our legal system and, in 2015, designed an exemption system based on the existence of compliance programs or, as the Spanish Criminal Code calls them, “organizational and management models”. In this context, internal corporate investigations become an essential element for the success of these crime prevention and detection mechanisms. Consequently, the main objective of this work is to provide an overview of the main aspects that internal investigations pose, as well as the challenges and problems that they present.

KEYWORDS: internal investigations, compliance programs, corporate criminal liability.

Fecha de recepción: 15 enero 2020

Fecha de publicación: 23 mayo 2020

Contacto: [Jose.Leon@uv.es](mailto:Jose.Leon@uv.es)

*SUMARIO: I. Planteamiento. II. Investigaciones internas. 1. Clases. 2. Especial mención a los canales de denuncia. 2.1. Anonimato versus confidencialidad. 2.2. Protección de datos. III. Finalidades. IV. Precauciones. V. Etapas. VI. Medios de investigación: especial referencia a las entrevistas. VII. Riesgos derivados de las investigaciones internas. 1. Falta de imparcialidad. 2. Vulneración del secreto de las comunicaciones y a la intimidad. 2.1. El canon de la expectativa razonable de privacidad. 2.2. La aportación de pruebas obtenidas por particulares con vulneración de derechos fundamentales. VIII. Derechos del investigado. IX. Código de investigaciones internas. X. Solapamiento con procedimiento penal. XI. Protección de la información obtenida. XII. Régimen sancionador. XIII. Reflexiones finales. Bibliografía.*

---

\* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “Criminal compliance programs y elaboración de mapas de riesgo. En especial, en delitos ambientales y de corrupción”, referencia: RTI2018-097572-B-100, concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España.

## **I. Planteamiento**

La reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, introdujo la posibilidad de exonerar de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Desde entonces, los arts. 31 bis 2 y 4 CP establecen las condiciones que deben concurrir para que los planes de prevención de delitos surtan efectos eximentes y, por su parte, el art. 31 bis 5 CP alberga los requisitos que éstos deben cumplir. Con todo, el Código Penal no contempla expresamente que las personas jurídicas tengan que llevar a cabo investigaciones internas como *conditio sine qua non* para predicar la eficacia eximente de los modelos de organización y gestión. En puridad, lo que exige el Código Penal en su art. 31 bis 5. 4º CP es que los programas de cumplimiento penal “*impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención*”. Sin embargo, consideramos una obligación ineludible que, tras la recepción de información sobre posibles riesgos e incumplimientos del *compliance*, la persona jurídica decrete la apertura de la correspondiente investigación interna con la finalidad de esclarecer los hechos objeto de la comunicación. Por otro lado, aun cuando el requisito sexto de este mismo precepto no aluda a ello, si a raíz de la verificación del modelo se detectase alguna “irregularidad”, deberá decretarse también la apertura de la correspondiente investigación interna.

No estamos afirmando que en ambos casos la persona jurídica tenga la obligación de desvelar esas indagaciones a las autoridades (lo cual por otro lado atentaría contra derechos como el de permanecer en silencio, no autoincriminación, etc.) sino, simplemente de que las lleve a cabo. Pero, entonces, la cuestión que se nos plantea es: ¿cuándo considerar que la persona jurídica ha hecho lo suficiente para investigar las conductas denunciadas o los incumplimientos detectados?. Esto es, ¿qué actuaciones debiera haber emprendido la organización ante estas circunstancias?. El Código Penal guarda silencio a este respecto, por lo que entendemos será el juez o tribunal quien deberá tener en cuenta y valorar (amplio margen de discre-

ción) los esfuerzos que la persona jurídica acredite haber hecho dentro de los que estuviere a su alcance (y sin necesidad de autoincriminarse), y no tanto el resultado obtenido de la investigación.

Por ello, no estamos de acuerdo con afirmaciones tan tajantes, rotundas y aseverativas como la que a continuación transcribimos: “si una vez realizada la investigación no hubiera sido posible identificar al empleado autor de la conducta irregular o no hubiera sido posible eliminar dicha conducta, cabe concluir que el programa de cumplimiento habrá fallado y, por ende, la sociedad aumentará notablemente sus posibilidades de ser declarada penalmente responsable (...)”<sup>1</sup>.

En consecuencia, ese margen de valoración del que dispondrá el juez para examinar si la persona jurídica ha puesto todos sus medios para que la investigación tuviera éxito, la amplitud de la misma, el nivel de detalle, la forma de haberla llevada a cabo, etc., será el que permita tener en cuenta este aspecto de forma plena (a efectos de exención de la responsabilidad penal) o parcial (a efectos de atenuación de la misma).

## II. Investigaciones internas

### 1. Clases

Una primera clasificación distingue entre dos tipos de investigaciones internas: con fines preventivos o con fines reactivos.

En cuanto a las investigaciones preventivas, son aquellas llevadas a cabo de oficio, esto es, a instancia de la propia organización. Se trata de aquellas verificaciones rutinarias del programa de cumplimiento a las que alude el requisito sexto del art. 31 bis 5 CP.

A juicio de NIETO MARTÍN, resulta más adecuado denominar a este tipo de averiguaciones auditorías, porque tienen como función comprobar el grado de funcionamiento del sistema sin que existan sospechas de que se haya cometido algún tipo de irregularidad. Y no investigaciones internas, dado que éstas sí parten de la sospecha de que se ha cometido una irregularidad<sup>2</sup>. En esta línea, GIMENO BEVIÁ considera que no pueden considerarse las investigaciones internas como un mecanismo de control en sentido estricto -algo más propio de los sistemas de auditorías- sino como un procedimiento reactivo que se apertura tras la sospecha de un hecho delictivo<sup>3</sup>.

En nuestra opinión, efectivamente, los mecanismos de control/supervisión del

<sup>1</sup> GIMENO BEVIÁ, J.: *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, p. 226.

<sup>2</sup> NIETO MARTÍN, A.: “Investigaciones internas”, en NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 232.

<sup>3</sup> GIMENO BEVIÁ, J.: *Compliance...*, *op. cit.*, p. 219.

modelo pueden ser calificados (o entendidos) más bien como procesos de auditoría, pero, ante la sospecha, o una vez detectada algún tipo de irregularidad (fruto de la auditoría), entonces sí cabe hablar de desarrollo de una investigación interna.

Respecto de las investigaciones reactivas, se denominan así porque nacen como reacción a la recepción de una denuncia en la que se informe de posibles riesgos o incumplimientos del *compliance*. Y, también, como acabamos de desvelar, pueden originarse tras haberse detectado ciertas “irregularidades” durante el proceso de auditoría.

Por otro lado, las investigaciones internas pueden clasificarse también arreglo a si son prejudiciales o parajudiciales.

Hablamos de investigaciones prejudiciales para referirnos a aquellas que surgen a raíz de una denuncia, comprobación de oficio, tras un proceso de auditoría, etc. Mientras que, hablamos de investigaciones parajudiciales en casos en los que se pretende, por ejemplo, obtener la atenuante de colaboración, para preparar la estrategia de defensa más adecuada, etc.

En relación con el desarrollo de investigaciones internas para cooperar con una investigación judicial, como sostiene certeramente NEIRA PENA, “con tales pesquisas internas se pueden evitar otras diligencias de investigación más invasivas, más obstaculizadoras para su actividad y más vistosas para el público”<sup>4</sup>. Esto es, a ninguna clase de persona jurídica le conviene que los medios de comunicación retransmitan en directo la práctica de una entrada y registro en alguna de sus sedes, cómo se procede a la detención de algunos de sus miembros, etc. Por otro lado, como señala la citada autora, este tipo de indagaciones con fines colaborativos permiten transmitir a la sociedad una imagen de buen “ciudadano corporativo”: comprometido con las autoridades públicas en el descubrimiento de “la verdad”. Pero es que, además, de esta forma la persona jurídica tiene cierto control sobre la información que se suministra y a la que las autoridades tienen acceso, lo que puede redundar en su favor<sup>5</sup>.

## ***2. Especial mención a los canales de denuncia***

Los canales de denuncia, a los que refiere de forma implícita el art. 31 bis 5. 4º CP<sup>6</sup>, constituyen una especial vía de comunicación de “irregularidades” a la corporación, de forma que, a raíz de la información recibida a través de estos canales, la persona jurídica puede tomar la decisión de iniciar una investigación interna. Con todo, son varias las cuestiones que plantea esta útil herramienta, principalmente, si

<sup>4</sup> NEIRA PENA, A. M.: *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 342.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 343.

<sup>6</sup> El art. 31 bis 5. 4º CP establece que los modelos de organización y gestión: “Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención”.

otorgar anonimato o confidencialidad a los “denunciantes”; así como, los problemas de protección de datos que pueden suscitarse con la implantación de dichos canales.

### 2.1. *Anonimato versus confidencialidad*

La persona jurídica puede optar entre diversas modalidades a la hora de proteger la identidad del denunciante.

Así, por ejemplo, puede implantar un canal de denuncias *anónimo*. A este respecto, el apartado primero del art. 24 LOPDGDD<sup>7</sup> (relativo a los sistemas de información de denuncias internas) establece que: “será lícita la creación y mantenimiento de sistemas de información a través de los cuales pueda ponerse en conocimiento de una entidad de Derecho privado, *incluso anónimamente*, la comisión en el seno de la misma o en la actuación de terceros que contratasen con ella, de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la normativa general o sectorial que le fuera aplicable. Los empleados y terceros deberán ser informados acerca de la existencia de estos sistemas de información”.

En este sentido, la STS (Sala Segunda) 35/2020, de 6 de febrero (Ponente: Vicente Magro Servet), validó la utilidad y eficacia de las denuncias anónimas para poner en conocimiento de los responsables de una empresa, o entidades, prácticas delictivas sin necesidad de que se identifique el autor de la denuncia anónima.

Por otro lado, puede garantizarse la *confidencialidad* del denunciante. Así, el art. 24.3 LOPDGDD expresa que: “deberán adoptarse las *medidas necesarias para preservar la identidad y garantizar la confidencialidad* de los datos correspondientes a las personas afectadas por la información suministrada, *especialmente la de la persona que hubiera puesto los hechos en conocimiento de la entidad*, en caso de que se hubiera identificado”.

Pero, también puede abogarse por un *sistema mixto*, esto es, que la organización ofrezca ambas posibilidades.

El canal de comunicación anónimo presenta, sin duda, algunos inconvenientes. Así, a título ilustrativo, podrían citarse los siguientes:

- El hecho de presentar una denuncia anónima no impide que, por la información que se aporte, los receptores de la misma acierten al conjeturar sobre quién presentó la denuncia, por lo que puede acabar descubriéndose la identidad del informante.
- Es más difícil realizar una investigación interna si no se puede contactar con el denunciante para que se pronuncie sobre algún aspecto que requiera algún tipo de aclaración por su parte, etc., (salvo que aporte pruebas o información bastante precisa).

<sup>7</sup> Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

- El anonimato puede favorecer que se presenten más denuncias de tipo difamatorio.
- El ambiente en el seno de la organización puede deteriorarse si sus integrantes piensan que a través del sistema se pueden presentar denuncias anónimas sobre ellos en cualquier momento.

Pero, también un canal confidencial de denuncias presenta problemas. El principal, sin duda, el recelo que genera el hecho de que el responsable del canal u otros tengan acceso a la identidad del denunciante. Y, asociado a lo anterior, el temor a posibles represalias (despido, etc.).

## 2.2. *Protección de datos*

En este apartado, aludiremos a una serie de disposiciones normativas en materia de protección de datos que afectan directamente al canal de denuncias.

### A) Tratamiento de datos de carácter personal

El art. 24.3 LOPDGDD establece que: “deberán adoptarse las medidas necesarias para preservar la identidad y garantizar la confidencialidad de los datos correspondientes a las personas afectadas por la información suministrada, especialmente la de la persona que hubiera puesto los hechos en conocimiento de la entidad, en caso de que se hubiera identificado”.

Aquí no se trataría tanto de preservar la identidad y la confidencialidad de los datos del denunciante (cuestión a la que ya hicimos referencia más arriba), sino de la información que se aporta en relación con las personas afectadas.

### B) Conservación de datos del canal de denuncias

Por su parte, el art. 24.4 LOPDGDD reza así:

“Los datos de quien formule la comunicación y de los empleados y terceros deberán conservarse en el sistema de denuncias únicamente durante el tiempo imprescindible para decidir sobre la procedencia de iniciar una investigación sobre los hechos denunciados.

En todo caso, transcurridos tres meses desde la introducción de los datos, deberá procederse a su supresión del sistema de denuncias, salvo que la finalidad de la conservación sea dejar evidencia del funcionamiento del modelo de prevención de la comisión de delitos por la persona jurídica. Las denuncias a las que no se haya dado curso solamente podrán constar de forma anonimizada, sin que sea de aplicación la obligación de bloqueo prevista en el artículo 32 de esta ley orgánica.

Transcurrido el plazo mencionado en el párrafo anterior, los datos podrán seguir siendo tratados, por el órgano al que corresponda, conforme al apartado 2 de este artículo, la investigación de los hechos denunciados, no conservándose en el propio sistema de información de denuncias internas”.

### C) Acceso al canal de denuncias

Por último, el art. 24.2 LOPDGDD expresa que: “el acceso a los datos contenidos en estos sistemas quedará limitado exclusivamente a quienes, incardinados o no en el seno de la entidad, desarrollen las funciones de control interno y de cumplimiento, o a los encargados del tratamiento que eventualmente se designen a tal efecto. No obstante, será lícito su acceso por otras personas, o incluso su comunicación a terceros, cuando resulte necesario para la adopción de medidas disciplinarias o para la tramitación de los procedimientos judiciales que, en su caso, procedan. Sin perjuicio de la notificación a la autoridad competente de hechos constitutivos de ilícito penal o administrativo, solo cuando pudiera proceder la adopción de medidas disciplinarias contra un trabajador, dicho acceso se permitirá al personal con funciones de gestión y control de recursos humanos.

El citado precepto establece, por tanto, una prohibición de acceso: quedará limitado exclusivamente a quienes, incardinados o no en el seno de la entidad, desarrollen las funciones de control interno y de cumplimiento, o a los encargados del tratamiento que eventualmente se designen a tal efecto. Y, a su vez, una habilitación para ello: será lícito su acceso por otras personas, o incluso su comunicación a terceros, cuando se den una serie de circunstancias. En consecuencia, lo recomendable será que, dentro de ese nivel de personas a las que alude el art. 24.2 LOPDGDD, se especifique quién tiene en sentido estricto acceso al canal. Piénsese, por ejemplo, que en una persona jurídica las funciones pueden estar repartidas entre:

- quien recepciona la información: por tanto, quien, en un primer momento, tiene el acceso directo al canal.
- quien realiza una comprobación preliminar.
- quien decide si se abre o no una investigación interna.
- quien lleva a cabo la investigación propiamente dicha.
- el órgano sancionador.

### III. Finalidades

La finalidad o función de una investigación interna quedará supeditada a su naturaleza.

Así, en el caso de las investigaciones preventivas, éstas generan un efecto disuasorio. Sirven para descubrir posibles riesgos o incumplimientos de las disposiciones del *compliance*. Y, permiten detectar aquellos aspectos susceptibles de mejora o corrección.

Por el contrario, la finalidad principal de las investigaciones reactivas es contribuir al esclarecimiento del hecho denunciado. Aunque, también, facilitar la imposición, en su caso, de la correspondiente sanción “disciplinaria”. Y, por supuesto,

permiten hacer acopio de información para una futura estrategia procesal de defensa de la persona jurídica, de colaboración, etc.

#### IV. Precauciones

A la hora de iniciar una investigación interna, son varias las precauciones que deberán tenerse en cuenta. Así, una de las principales, como apunta BACHMAIER WINTER, es garantizar que durante el proceso de investigación interno se guarde la debida confidencialidad para no dañar la reputación de la organización<sup>8</sup>. Pero, además de para esto, la confidencialidad puede ser imprescindible para no infringir la normativa de protección de datos, así como para evitar conculcar el derecho al honor de quienes estén siendo investigados (tanto en su vertiente civil, como penal).

Por otro lado, deberán adoptarse las cautelas necesarias para no frustrar el buen fin de la investigación. Tales como:

- a) llevar en sigilo la investigación, frente a dar publicidad a la misma. Esto es, comunicar o no su existencia a los implicados (o, en general, a los integrantes de la organización).
- b) poner medios para evitar la destrucción de pruebas (protección de la información).
- c) asegurar la autenticidad de las pruebas recabadas para su posterior validez en un futuro proceso.
- d) conservar todos los elementos de prueba e información obtenida.

#### V. Etapas

El desarrollo de una investigación interna, sea del tipo que sea, puede resumirse *grosso modo* en las siguientes fases o etapas:

##### A) Fase preliminar

En primer lugar, una vez recibida la denuncia<sup>9</sup>, debe procederse a analizar:

1) Si la información facilitada es suficiente. Así, en caso de que no lo sea, se puede solicitar al denunciante que concrete o amplíe algunos extremos de la misma.

Primera consideración: si la denuncia es anónima difícilmente ello será posible.

Segunda consideración:

- si no se exige adjuntar ningún tipo de prueba, deberá aportarse, al menos, más datos, mayor nivel de detalle, concreción, etc.

<sup>8</sup> BACHMAIER WINTER, L.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un programa de *compliance*”, *Diario La Ley*, núm. 7938, 2012, p. 6.

<sup>9</sup> Aunque en este apartado hagamos especial referencia a las fases de que se compone una investigación interna iniciada a raíz de una denuncia tramitada a través del canal de comunicación, las consideraciones que aquí se hacen son extensibles, *mutatis mutandis*, a las investigaciones internas generadas tras un proceso de auditoría o tras la correspondiente incoación de un proceso penal.

- si se exige aportar una mínima prueba y el denunciante no lo hace en un primer momento, en caso de que con posterioridad se le solicite y tampoco responda al requerimiento, podrá decretarse el archivo de las “actuaciones”. Archivo que no tiene por qué ser definitivo, sino que puede ser provisional. Así, la investigación interna podría reabrirse si finalmente, más adelante, se aportaran o hubieran nuevas informaciones<sup>10</sup>.

2) Examen sobre la verosimilitud o credibilidad de la información.

- en caso de que no se exija aportar unos indicios racionales de criminalidad mínimos, se puede abrir una fase de comprobación preliminar para dilucidar si la denuncia tiene una mínima fundamentación.

- incluso, aunque se exija aportar una mínima “prueba”, esta fase puede utilizarse precisamente para llevar a cabo unas comprobaciones básicas que puedan evitar que finalmente se abra una investigación (con todo lo que ello supone) o, precisamente, lo contrario: tener más motivos para que siga adelante.

3) Desistimiento del actor.

En aquellos supuestos en los que el informante retire su “denuncia”, la persona jurídica deberá decidir si existen motivos fundados para proseguir con la investigación interna o si, por el contrario, no tiene sentido mantener la misma.

## B) Apertura de la investigación

El modelo de organización y gestión debe contemplar, como mínimo, los siguientes aspectos:

1) Quién ostenta la competencia para decretar la apertura.

2) A propuesta de quién.

3) Quién se hace cargo de la dirección de la investigación.

4) Definición del marco competencial: en el que se establezcan las pautas, orientaciones, criterios y los límites que deben regir durante las pesquisas. Esto es, delimitar qué se puede hacer y qué no.

5) Plan de investigación/plan de trabajo: cronograma, objetivos, medios, metodología, herramientas, actuaciones concretas, etc.

## C) La propia investigación

Como destaca NIETO MARTÍN, resulta esencial adoptar un enfoque distinto según cual sea el objetivo de la investigación interna. No es lo mismo iniciar una investigación interna cuyos resultados van a dar lugar únicamente a consecuencias internas (sanciones disciplinarias, mejoras del modelo, etc.) que: con la finalidad de

<sup>10</sup> DÍAZ ALDAO, M. y HERNÁNDEZ PÉREZ, E.: “Las investigaciones internas del modelo de prevención penal”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coord.): *Persuadir y Razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín. Tomo II*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, p. 1003.

obtener información para defender a la persona física y jurídica; o, con la finalidad de colaborar con la justicia para culpar a la persona física<sup>11</sup>.

Además, el desarrollo de la investigación vendrá condicionado por el tipo de persona que se esté investigando. Así, por ejemplo, cabe esperar que si se trata de algunas de las personas enumeradas en la letra a) del art. 31 bis 1 CP se tenga mayor dificultad para acceder a determinadas pruebas, puede apreciarse una mayor actitud obstaculizadora, etc.

Por otro lado, debe advertirse que, para no frustrar el objeto de la investigación interna, pueden adoptarse las medidas cautelares que se estimen adecuadas para ello.

#### D) Resultados y consecuencias

1) Toda investigación interna debe concluir con un informe que recoja:

i) Aspectos técnicos: título, autor, fecha, finalidad, origen, nivel de confidencialidad (quien tiene acceso al mismo).

ii) Descripción del objeto de la investigación.

iii) Definición del alcance de la investigación.

iv) En su caso, descripción de antecedentes en los que nos hemos basado para realizar nuestras valoraciones.

v) Todas las actuaciones llevadas a cabo.

vi) Los resultados en sentido estricto.

- si ha habido o no irregularidades, o incumplimientos del modelo.

- quiénes son los responsables.

- las pruebas.

- etc.

vii) Considerar/reflejar posibles limitaciones al informe que puedan haber generado una valoración incompleta o sesgada.

Respecto de la destrucción del informe y la posibilidad de incurrir en un posible delito de encubrimiento (art. 451 CP), LIÑÁN LAFUENTE ha subrayado que “la destrucción de un informe interno de investigación no podría ser incluido entre los objetos respecto de los que se ha de proyectar la conducta típica, pues es un documento, redactado con posterioridad a la comisión del hecho, con la intención de descubrir lo sucedido, por lo que no podría ser tenido ni por un objeto, ni por un instrumento, ni por un efecto del delito, sin que una interpretación analógica pudiera ser aceptable en este supuesto”<sup>12</sup>.

2) Sobre la calificación de los resultados.

i) Puede tratarse simplemente de un “incumplimiento” del modelo, sin mayor trascendencia.

<sup>11</sup> NIETO MARTÍN, A.: “Investigaciones...”, *op. cit.*, pp. 233-234.

<sup>12</sup> LIÑÁN LAFUENTE, A.: *La responsabilidad Penal del Compliance Officer*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, pp. 144-145.

- ii) Puede que la irregularidad constituya una infracción administrativa o delito.
- iii) Puede llegarse a la conclusión de que no haya material probatorio suficiente para sostener la imputación o condena de la persona jurídica.
- iv) O, también, que se decida no llevar a cabo una posible colaboración con las autoridades públicas cuando se estime contraproducente porque, por ejemplo, se vaya a aportar cierta información (relacionada o no con la causa) que no conviene que estén en manos de aquellas.

Consideraciones respecto de esta valoración:

- no tiene por qué hacerse por parte de quien ha llevado a cabo la investigación.
- puede hacerse en forma de propuesta.
- no tiene por qué constar en el informe, lo importante es que llegue a las personas oportunas.

3) Del resultado de las investigaciones se derivará:

- i) la correspondiente sanción, en su caso.
- ii) posibles acciones de mejora del modelo.
- iii) diseño de la estrategia procesal ante un eventual procedimiento judicial. En concreto, la decisión sobre la puesta o no en conocimiento ante las autoridades. En este caso, puede darse incluso *a posteriori* una reconsideración sobre la inicial opción de colaborar.

## VI. Medios de investigación: especial referencia a las entrevistas

Entre los medios que pueden utilizarse para realizar una investigación interna, cabría citar los siguientes:

- a) registros de despachos u otras dependencias.
- b) interceptación de llamadas telefónicas.
- c) acceso a los contenidos del ordenador o teléfono corporativo.
- d) monitorización del correo electrónico o programas de mensajería instantánea.
- e) instalación de micrófonos.
- f) video vigilancia.
- g) entrevistas.

Éstas últimas, *a priori*, se presentan como el medio menos invasivo en la esfera de derechos fundamentales, pero, ni aun así, ese riesgo desaparece bajo determinadas circunstancias. En este sentido, consideramos conveniente transcribir algunas de las consideraciones que ALCACER GUIRAO ha realizado al respecto<sup>13</sup>:

1) Las entrevistas no tienen por sí mismas valor probatorio, pero en la medida en que la información obtenida sí podrá ser usada como base para la obtención de ulteriores medios de prueba, los riesgos autoincriminatorios para el entrevistado son evidentes.

<sup>13</sup> ALCACER GUIRAO, R.: "Investigaciones internas", en AYALA GÓMEZ, I. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coords.): *Penal económico y de la empresa*, Madrid, Francis Lefebvre, 2016, pp. 215.

2) Cuando estemos ante una *investigación con fines preventivos* o de auditoría interna, dirigida a testar la eficacia genérica del *compliance*, no se observa a simple vista riesgo alguno de autoincriminación. Por el contrario, sí lo habrá cuando la investigación tenga un *fin reactivo* y cuando sobre la persona entrevistada recaigan sospechas de comisión de un ilícito.

3) Los referidos riesgos de autoincriminación delictiva para el entrevistado se darán únicamente en el caso en que la persona jurídica opte por poner en conocimiento de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal el resultado de la investigación interna, bien para presentar una denuncia contra los presuntos autores de los hechos, bien para aspirar a la circunstancia atenuante de colaboración y/o confesión).

4) Existe cierto riesgo penal para quienes practiquen la entrevista cuando se hagan valer de coacciones o amenazas para que el implicado se someta a la misma. En este sentido, la entrevista debe ser totalmente voluntaria.

Igualmente, como apunta NEIRA PENA, desde el punto de vista de la validez probatoria de las declaraciones, el consentimiento debe ser libre e informado<sup>14</sup>.

Por otro lado, las entrevistas pueden ser perjudiciales tanto para el propio éxito de la investigación interna, como luego en sede judicial. A este respecto, NIETO MARTÍN ha señalado que “la entrevista a los empleados sospechosos sirve para darles la voz de alarma, descubrirles la estrategia de la investigación, el material probatorio que la empresa tiene en su poder, en definitiva, lo que sabe del asunto”. Siendo, en este mismo sentido, “altamente desaconsejable para el posterior interrogatorio judicial, pues, en él el factor sorpresa habrá prácticamente desaparecido”<sup>15</sup>.

En todo caso, como destacan DÍAZ ALDAO y HERNÁNDEZ PÉREZ, conviene dotar a la entrevista de ciertas formalidades, por ejemplo, levantar una especie de acta de todo lo manifestado y, si es posible, que se firme por el entrevistado o que sean varias las personas presentes durante la misma<sup>16</sup>.

## VII. Riesgos derivados de las investigaciones internas

Aunque podrían mencionarse otros, estimamos oportuno centrarnos en dos de los principales inconvenientes que presentan las investigaciones internas. De un lado, la falta de imparcialidad en la investigación ante la dependencia de quien conduce la misma; y, de otro lado, la afectación durante el transcurso de ésta a derechos fundamentales como pueden ser el secreto de las comunicaciones y a la intimidad.

<sup>14</sup> NEIRA PENA, A. M.: *La instrucción...*, *op. cit.*, p. 362.

<sup>15</sup> NIETO MARTÍN, A.: “Investigaciones...”, *op. cit.*, p. 255.

<sup>16</sup> DÍAZ ALDAO, M. y HERNÁNDEZ PÉREZ, E.: “Las investigaciones...”, *op. cit.*, p. 1009.

## 1. *Falta de imparcialidad*

Como se deduce fácilmente, la neutralidad del investigador puede verse seriamente comprometida, en la medida en que la organización que dirige internamente la investigación, o que la encarga a un tercero, tiene intereses particulares en el resultado de la misma.

En consecuencia, como advierte NEIRA PENA,

“la persona jurídica podría manipular u ocultar información o documentación relevante para el esclarecimiento de los hechos, a través de la construcción de un relato fáctico falso, de la no revelación de parte de su actividad ilícita o de la inculpación de un chivo expiatorio o de un cabeza de turco, evitando ser exhaustiva a la hora de determinar a todos los eventuales responsables”<sup>17</sup>.

Pero es que, incluso, como manifiesta la citada autora,

“resulta muy discutible que las actuaciones tendentes a ocultar los hechos total o parcialmente, o las declaraciones falsas que realice el representante especialmente destinado para actuar en el proceso en nombre de la entidad, no queden amparadas por el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, como instrumento del derecho de defensa”<sup>18</sup>.

A mayor abundamiento, NEIRA PENA destaca que, además, en la lista de delitos atribuibles a una persona jurídica, no se ha incluido ningún delito contra la Administración de Justicia (Título XX CP) como pudieran ser los de: encubrimiento (art. 451 a 454 CP); presentación de testigos falsos o peritos mendaces (art. 461 CP); intento de influir en la actuación procesal de un tercero (art. 464 CP); o, el de destrucción de pruebas (art. 465 CP). Ni tampoco los relativos a las falsedades documentales consistentes en presentar en juicio documentos a sabiendas de su falsedad (art. 393 CP) o en falsear documentos privados (arts. 395 y 396 CP) o certificados (art. 399 CP).

Por ello, como propone esta autora,

“cuando la persona jurídica realizase una investigación interna y, posteriormente, entregase a las autoridades públicas los resultados de la misma, aun cuando tales resultados contuviesen confesiones por parte de ciertos miembros de la organización, reconociendo su responsabilidad personal en los hechos, las autoridades públicas no deberían asumir acríticamente el resultado de las indagaciones privadas sino que, por el contrario, habrían de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento sobre la verdad del mismo”<sup>19</sup>.

## 2. *Vulneración del secreto de las comunicaciones y a la intimidad*

En este apartado, nos centraremos en analizar los efectos que las investigaciones

<sup>17</sup> NEIRA PENA, A. M.: *La instrucción...*, *op. cit.*, p. 344.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 346.

<sup>19</sup> *Ídem.*

internas pueden proyectar principalmente sobre dos derechos fundamentales como son el secreto de las comunicaciones y a la intimidad. Y lo haremos exclusivamente prestando atención a la vertiente procesal de la cuestión (la ilicitud probatoria del art. 11.1 LOPJ) y desde la perspectiva sustantiva o material (responsabilidad penal por delito de descubrimiento y revelación de secretos, o contra la intimidad, del art. 197 CP)<sup>20</sup>.

Con todo, cabe destacar que no son las únicas vías que brinda el ordenamiento jurídico para la protección de ambos derechos. Así, debe mencionarse la posibilidad de recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE); acudir a la jurisdicción laboral o civil, o reclamar una posible vulneración de la normativa sobre protección de datos.

Por otro lado, como resalta NEIRA PENA, una consecuencia directa de la conculcación de derechos fundamentales durante la correspondiente investigación interna es que la persona jurídica no podrá beneficiarse de la atenuante de colaboración recogida en el art. 31 quater b) CP, “ya que se sobreentiende, aunque el Código Penal no lo diga expresamente, que tales pruebas además de nuevas y decisivas habrán de ser lícitas, no pudiendo, por lo tanto, haberse obtenido con vulneración, directa o indirecta, de ningún derecho fundamental”<sup>21</sup>.

### 2.1. *El canon de la expectativa razonable de privacidad*

En el ámbito laboral, los derechos al secreto de las comunicaciones y a la intimidad del trabajador pueden infringirse “legítimamente” si el empresario desvirtúa la denominada expectativa razonable de privacidad. Esto es, si el titular de los medios de producción comunica a los empleados que los ordenadores de la empresa pueden ser revisados, al igual que el correo corporativo, los despachos, el teléfono móvil, etc., la expectativa razonable de privacidad quedará enervada, de forma que no estaría incurriendo ni en una vulneración del secreto de las comunicaciones ni de la intimidad del trabajador. Ello permite, en la práctica, fundamentar numerosos despidos disciplinarios.

La jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional exigen la concurrencia de los siguientes requisitos<sup>22</sup>:

- a) previsión legal (arts. 20.3 y 18 ET).
- b) fin legítimo.
- c) proporcionalidad:
  - juicio de idoneidad de la medida para alcanzar el fin perseguido.

<sup>20</sup> Téngase en cuenta que, tal y como habilita el art. 197 quinquies CP, la comisión de estos delitos puede atribuirse a la propia persona jurídica.

<sup>21</sup> NEIRA PENA, A. M.: *La instrucción...*, *op. cit.*, p. 352.

<sup>22</sup> Así, por ejemplo, SSTC 241/2012, de 17 de diciembre; 170/2013, de 7 de octubre; y, 29/2013, de 11 de febrero. Y SSTS (Sala Cuarta) 6128/2007, de 26 de septiembre; 8876/2011, de 6 de octubre; y, 119/2018, de 8 de febrero. También la jurisprudencia del TEDH se ha pronunciado respecto de esta cuestión. Puede verse, a título de ejemplo, la STEDH (Gran Sala) 2017/61, de 5 de septiembre (*Caso Barbulescu*).

- subsidiariedad: que no existan medidas menos gravosas.
- proporcionalidad en sentido estricto: que implica que el sacrificio de un derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los supuestos hechos.
- comunicación efectiva para que no se vulnere la expectativa razonable de privacidad.

Con todo, en el ámbito penal, la STS (Sala Segunda) 528/2014, de 16 de junio (Ponente: José Manuel Maza Martín), respetando los criterios contenidos en las resoluciones de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, y avalados por el Tribunal Constitucional, estimó que los postulados allí mantenidos respecto de la (no) exigencia de autorización judicial previa debían quedar restringidos a la jurisdicción laboral, sin que en modo alguno pudieran extenderse al enjuiciamiento penal. Por ello, dada la trascendencia de esta resolución, pasaremos a enumerar algunas de sus claves:

1) Se trata de un pronunciamiento *obiter dicta*.

“Pues bien, con ambos argumentos: la existencia de otras pruebas independientes y suficientes para sostener el «factum» y la inexistencia de injerencia en el secreto de las comunicaciones del investigado, basta para considerar improcedentes o, en todo caso, irrelevantes, las alegaciones del Recurso acerca de las dudas sobre la integridad y validez de la prueba informática obrante en estas actuaciones.

No obstante lo cual, esta Sala considera conveniente, en aras a fijar una clara doctrina en materia de tanta trascendencia, salir al paso de ciertas afirmaciones rotundas, incluidas en la propia Resolución de instancia a pesar de aquellas iniciales constancias referentes a la irrelevancia de la prueba, tales como las de que «...el ordenador registrado era una herramienta propiedad de la empresa y facilitada por la empresa a don (sic) Rodolfo exclusivamente para desarrollar su trabajo, por lo que entendemos que incluso en aquel supuesto en que pudiera utilizar el ordenador para emitir algún tipo de mensaje de carácter personal, entendemos que al utilizar precisamente un ordenador ajeno, de la empresa, y destinado exclusivamente para el trabajo a la empresa, estaba asumiendo -cediendo- la falta de confidencialidad -secreto- de las comunicaciones que pudiera tener el señor (sic) Rodolfo utilizando tal terminal informático».

2) La sentencia alude a la validez en el ámbito laboral de la valoración de la prueba basada en la inexistencia de expectativa razonable de privacidad (aunque no mencionada exactamente con estos términos) para fundar la procedencia del despido.

“Criterios (...) que, a nuestro juicio, han de quedar restringidos al ámbito de la Jurisdicción laboral, ante el que obviamente nuestra actitud no puede ser otra más que la de un absoluto respeto, máxime cuando cuentan con la confirmación constitucional a la que acabamos de referirnos, pero que, en modo alguno, procede que se extiendan al enjuiciamiento penal, por mucho que en éste la gravedad de los hechos que son su objeto, delitos que en ocasiones incluso constituyen infracciones de una importante relevancia, supere la de las infracciones laborales a par-

tir de las que, ante su posible existencia, se justifica la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones del sospechoso de cometerlas”.

3) La no validez en el terreno penal de la doctrina sentada en la jurisdicción social se predica únicamente respecto del derecho al secreto de las comunicaciones.

“En efecto, a nuestro juicio, el texto constitucional es claro y tajante cuando afirma categóricamente que: «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

No contempla, por tanto, ninguna posibilidad ni supuesto, ni acerca de la titularidad de la herramienta comunicativa (ordenador, teléfono, etc. propiedad de tercero ajeno al comunicante), ni del carácter del tiempo en el que se utiliza (jornada laboral) ni, tan siquiera, de la naturaleza del cauce empleado («correo corporativo»), para excepcionar la necesaria e imprescindible reserva jurisdiccional en la autorización de la injerencia.

Tampoco una supuesta «tácita renuncia» al derecho, como a la que alude la Audiencia al final del párrafo antes transcrito, puede convalidar la ausencia de intervención judicial, por un lado porque obviamente dicha «renuncia» a la confidencialidad, o secreto de la comunicación, no se produce ni es querida por el comunicante que, de conocer sus consecuencias, difícil es imaginar que lleve a cabo la comunicación objeto de intervención y, de otra parte, porque ni aún cuando se entienda que la «renuncia- autorización» se haya producido resultaría operativa ya que, a diferencia de lo que ocurre con la protección del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE), nuestra Carta Magna no prevé, por la lógica imposibilidad para ello, la autorización del propio interesado como argumento habilitante para la injerencia”.

4) La sentencia excluye a la intimidad como derecho que precisa de resolución judicial para autorizar cualquier injerencia en él:

“(…) bien claro ha de quedar que en el ámbito del procedimiento penal, el que a nosotros compete, para que pueda otorgarse valor y eficacia probatoria al resultado de la prueba consistente en la intervención de las comunicaciones protegidas por el derecho consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución, resultará siempre necesaria la autorización e intervención judicial, en los términos y con los requisitos y contenidos que tan ampliamente se han venido elaborando en multitud de Resoluciones por esta Sala, a partir del importante Auto de 18 de Junio de 1992 (RJ 1992, 6102) (caso «Naseiro»), cualquiera que fueren las circunstancias o personas, funcionarios policiales, empresarios, etc., que tales injerencias lleven a cabo.

Lo que por otra parte, obvio es recordarlo, operará tan sólo respecto a lo que estrictamente constituye ese «secreto de las comunicaciones», es decir, con exclusión de los denominados «datos de tráfico» o incluso de la posible utilización del equipo informático para acceder a otros servicios de la red como páginas web, etc., de los mensajes que, una vez recibidos y abiertos por su destinatario, no forman ya parte de la comunicación propiamente dicha, respecto de los que rigen normas diferentes como las relativas a la protección y conservación de datos (art. 18.4 CE) o a la intimidad documental en sentido genérico y sin la exigencia absoluta de la intervención judicial (art. 18.1 CE)”.

A continuación, para abordar la cuestión de forma más pedagógica, haremos alusión a tres planos distintos:

#### A) Plano procesal penal (ilicitud de la prueba)

Como ha quedado plasmado más arriba, en la citada sentencia se expresa claramente que la intrusión en el derecho al secreto de las comunicaciones precisa inevitablemente de autorización judicial, de forma que no cabe el consentimiento del titular de las mismas para renunciar a tal derecho fundamental<sup>23</sup>.

Por el contrario, como se destaca en la sentencia, no existe una exigencia absoluta de resolución judicial fuera de los supuestos comprendidos por el derecho al secreto de las comunicaciones. De forma que, al menos, cuando lo que esté en juego sea el derecho a la intimidad, el canon de la expectativa razonable de privacidad -y su exclusión- podría ser alegado en un proceso penal.

Con todo, debemos hacer las siguientes apreciaciones:

i) No podemos compartir el carácter indisponible del derecho al secreto de las comunicaciones, pues, la propia naturaleza o configuración de éste lo permite. Como muestra de ello, el propio Código Penal en su art. 197 CP avala las injerencias en tal derecho cuando sean consentidas por su titular.

ii) Las diferencias entre la esfera laboral y procesal, consideramos, estriban en los siguientes aspectos:

- *En el ámbito laboral*: la destrucción de la expectativa razonable de privacidad se produce cuando el empresario simplemente comunica, por tanto, pone en conocimiento de los empleados, que los medios de producción que la empresa pone a su disposición son para uso estrictamente laboral, y por tanto pueden ser vigilados. No exigiéndose la aceptación, consentimiento o autorización de los trabajadores. Es más, incluso la expectativa razonable de privacidad puede ser también enervada por lo que se derive del entorno regulatorio en el que opera la empresa, así como de la “adecuación social” en relación con los medios corporativos.

- *En el ámbito procesal penal*: partiendo de la premisa de la plena (absoluta-total) disponibilidad de los derechos al secreto de las comunicaciones y a la intimidad, estimamos tiene que haber consentimiento (puede ser tácito) para que el propietario de los medios de producción pueda utilizar como prueba en un proceso penal lo obtenido en la investigación interna.

En consecuencia, a nuestro juicio, siempre y cuando constase fehacientemente (esto es decisivo), de cualquier forma (contrato, convenio, código de conduc-

<sup>23</sup> En la doctrina, esta tesis ha sido avalada, entre otros, por AGUILAR FERNÁNDEZ, C. y LIÑÁN LAFUENTE, A.: “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, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 795-796. NEIRA PENA, A. M.: *La instrucción...*, *op. cit.*, p. 374. Y ÁLCACER GUIRAO, R.: “Investigaciones...”, *op. cit.*, p. 210.

ta, instrucción, protocolo, comunicación escrita, etc.), que la persona jurídica es la propietaria de los medios “corporativos” (ordenador, despacho, teléfono, correo, etc.) puestos a disposición de la persona física (trabajador o no) y ésta consintiese válidamente –con todas las garantías y de forma indubitada- que la organización tuviese acceso a todo su contenido: el material descubierto podría emplearse, en su caso, como:

- prueba de descargo (para exculpar a la persona jurídica).
- prueba de cargo contra la persona física autora del delito.
- a efectos de obtención de la atenuante de colaboración.

La STS (Sala Segunda) 489/2018, de 23 de octubre (Ponente: Antonio del Moral García) recoge, en buena medida, lo que acabamos de exponer, apartándose así de lo dispuesto en la STS (Sala Segunda) 528/2014, de 16 de junio. Por ello, creemos oportuno traer a colación algunos de sus pasajes más importantes.

En el fundamento jurídico séptimo, el Tribunal Supremo entiende que:

“Hay un relevante signo diferenciador entre el acceso por el empresario y el acceso por agentes públicos; el primero en virtud de sus facultades de supervisión del trabajo que se presta por una relación laboral; los segundos, en virtud de potestades públicas. *En el primer caso nos movemos en el marco de una relación contractual entre particulares. La clave estará en si el trabajador ha consentido anticipadamente reconociendo esa capacidad de supervisión al empresario y, por tanto, cuenta con ello; está advertido; es decir, es una limitación conocida y contractualmente asumida.*

En las relaciones con los Poderes Públicos, sin embargo, no cabe esa “cesión” anticipada o renuncia previa a ese espacio de intimidad virtual.

*El reconocimiento previo, explícito o implícito, de esa facultad de empresario constituye el punctum dolens la clave, en el ámbito de las relaciones laborales. En una investigación penal lo será la autorización judicial o el consentimiento actual”<sup>24</sup>.*

En el caso enjuiciado en la referida sentencia, el Tribunal Supremo señala (en el fundamento jurídico décimo) que:

“Podrían existir razones fundadas para sospechar y entender que el examen del ordenador era una medida proporcionada para esclarecer la conducta desleal y evaluar los perjuicios. Se buscó, además, una fórmula lo menos invasiva posible. *Pero faltaba un prius inexcusable.*

Si existiese esa expresa advertencia o instrucción en orden a la necesidad de limitar el uso del ordenador a tareas profesionales, (de la que en podría llegar a derivarse una anuencia tácita al control o, al menos, el conocimiento de esa potestad de supervisión) y/o además alguna cláusula conocida por ambas partes autorizando a la empresa a medidas como la aquí llevada a cabo; o, si se hubiese recabado previamente el consentimiento de quien venía usando de forma exclusiva el ordenador (en caso de nega-

<sup>24</sup> La cursiva es nuestra.

tiva, nada impedía recabar la autorización necesaria) pocas dudas podrían albergarse sobre la legitimidad de la actuación indagatoria llevada a cabo por la empresa. Pero en las circunstancias en que se llevó a cabo hay que afirmar que el ordenamiento ni consiente, ni consentía en la fecha de los hechos, tal acción intrusiva por ser lesiva de derechos fundamentales<sup>25</sup>.

En resumen, la validez en un proceso penal de la prueba obtenida a raíz de una investigación interna precisa de las siguientes pautas:

a) previsión legal.

En el caso de los empleados, como apunta ÁLCACER GUIRAO, la habilitación legal reside en<sup>26</sup>:

- la supervisión de las obligaciones laborales del trabajador -que incluye, lógicamente, el cumplimiento de la legalidad- (art. 20.3 ET) “El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales (...)”.
- la protección del patrimonio empresarial (art. 18 ET) que sin duda puede verse afectado ante una eventual investigación y sanción penal.

Pero, ¿y fuera del ámbito laboral?, ¿puede o no llevar a cabo la persona jurídica una investigación interna? Efectivamente, no hay habilitación expresa para ello, sin embargo:

- puede considerarse que forma parte del derecho de defensa de la persona jurídica. Así lo entiende NIETO MARTÍN cuando expresa que “constituye parte del derecho de defensa la posibilidad de poder recabar y compilar el material probatorio favorable con el fin de aportarlo o de realizar cuantas actividades se consideren convenientes para preparar mejor la estrategia de defensa”<sup>27</sup>.

En este sentido, desde el punto de vista del ejercicio del derecho de defensa, la investigación interna puede tener como objetivos:

- demostrar la existencia o inexistencia del delito.
- que no concurren los criterios de imputación del art. 31 bis 1 CP.
- determinar la eficacia eximente del modelo.
- se deduce de la propia atenuante de colaboración (art. 31 quater b) CP): si la entidad puede ver atenuada su responsabilidad colaborando, resulta evidente que una vía para conseguir el material probatorio será a través de las investigaciones internas.
- si se prevé la obligación de informar al órgano de vigilancia de posibles riesgos e incumplimientos del modelo (art. 31 bis 5. 4º CP), para el esclare-

<sup>25</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>26</sup> ÁLCACER GUIRAO, R.: “Investigaciones...”, *op. cit.*, p. 208.

<sup>27</sup> NIETO MARTÍN, A.: “Investigaciones...”, *op. cit.*, p. 264.

cimiento de los hechos denunciados se precisará la apertura de una investigación interna.

- si se prevé el establecimiento de un régimen sancionador interno (art. 31 bis 5. 5º CP), resulta evidente que la sanción no podrá imponerse si no es como consecuencia de una investigación interna que concluya que los hechos son constitutivos de infracción.

- y, en último lugar, podría afirmarse que la realización de investigaciones internas va en la esencia de los programas de cumplimiento penal, pues, su finalidad no sólo es la de prevenir, sino también la de detectar/descubrir hechos delictivos y, para ello, las investigaciones internas son cruciales.

b) fin legítimo.

En este caso, cabría citar: la prevención de delitos, descubrimiento de infracciones, colaboración con la justicia, etc.

c) proporcionalidad:

- juicio de idoneidad de la medida para alcanzar el fin perseguido.

- subsidiariedad: que no existan medidas menos gravosas.

- proporcionalidad en sentido estricto: que implica que el sacrificio de un derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los supuestos hechos. En este caso, la existencia de indicios de comisión de delitos justifica que las medidas sean más invasivas que en otro tipo de situaciones.

d) consentimiento del afectado.

No simple comunicación por parte de la persona jurídica.

B) Plano sustantivo (art. 197 CP)

Como los tipos del art. 197.1 CP exigen que el descubrimiento de los secretos o vulneración de la intimidad se produzca sin el consentimiento del titular de tales derechos (“*sin su consentimiento*”), es claro, como sostiene GONZÁLEZ CUSSAC, que la regulación penal incorpora su naturaleza disponible al exigir tal ausencia de autorización<sup>28</sup>.

Por tanto, desde el punto de vista penal, los titulares de ambos derechos fundamentales gozan de la capacidad suficiente para renunciar a ellos.

Así, el canon de la expectativa razonable de privacidad, junto con parámetros como el de proporcionalidad y razonabilidad deben ser tenidos en cuenta para la resolución del enjuiciamiento de conductas incardinables en los arts. 197 y ss. CP<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “La tutela penal del derecho a la intimidad desde el canon de la expectativa razonable de privacidad”, en MAQUEDA ABREU, M. L.; MARTÍN LORENZO, M. y VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.): *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Madrid, Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2016, p. 649.

<sup>29</sup> *Ídem*.

### C) Plano interno (potestad disciplinaria)

La cuestión que aquí queremos plantear es la relativa a qué sucede cuando las pruebas obtenidas de la investigación interna no se van a aportar en un proceso penal, sino que pretenden utilizarse únicamente para fundar una sanción por incumplimiento de algún aspecto del *compliance*:

- *si se trata de trabajadores*: estamos ante un supuesto similar al de la validez del despido disciplinario, pues, si éste es una manifestación del poder sancionador del empresario, en nada difiere de la sanción impuesta por una contravención del modelo. Así pues, en estos supuestos bastará la mera comunicación por parte de la organización para frustrar la expectativa razonable de privacidad de sus miembros.

- *si no se trata de empleados*, piénsese, por ejemplo, en el caso de los partidos políticos (en donde los trabajadores representan una parte ínfima con respecto de toda la organización), o en una ONG (compuesta básicamente por voluntarios, colaboradores, etc.): consideramos que la solución debiera ser la misma que en el caso anterior. Esto es, tendría que ser suficiente con el aviso efectuado por la entidad, sin precisar del consentimiento de los integrantes. En este sentido, entendemos que no se puede ser menos exigente con quien es trabajador de una empresa, que con alguien que no está sujeto a una relación laboral.

#### 2.2. La aportación de pruebas obtenidas por particulares con vulneración de derechos fundamentales

La STS (Sala Segunda) 116/2017, de 23 de febrero (Ponente: Manuel Marchena Gómez), conocida como «*Caso Falciani*», instauró una nueva doctrina respecto de la admisión de la aportación al proceso penal, por parte de un particular, de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales<sup>30</sup>. Fue avalada por la STC 97/2019, de 16 de julio.

Las dos exigencias a las que la Sala Penal del Tribunal Supremo alude en el fundamento jurídico sexto de la referida sentencia son, resumidamente, los siguientes:

1) ausencia de voluntad de prefabricar (preconstituir) prueba.

“La Sala entiende que la posibilidad de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas, no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame. Su valoración es perfectamente posible a la vista de la propia literalidad del vigente enunciado del art. 11 LOPJ y, sobre todo, en atención a la idea de que, en su origen histórico y en su sistematización jurisprudencial, la regla de exclusión sólo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito”.

<sup>30</sup> Puede verse un análisis exhaustivo sobre dicho pronunciamiento en MOSQUERA BLANCO, A. J.: “La prueba ilícita tras la sentencia Falciani: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de febrero”, *InDret*, núm. 3, 2018, pp. 1-34.

## 2) desconexión con el ejercicio del *ius puniendi*.

“ (...) más allá del fecundo debate dogmático acerca de lo que se ha llamado la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, es evidente que la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales nunca puede ser artificialmente equiparada a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del *ius puniendi*, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinante para la formulación del juicio de autoría”.

De asumir tales tesis, ello implicaría reconocer que, dentro de esos supuestos, al albur de una investigación interna llevada a cabo por la persona moral, se pudieran adoptar medidas que comportasen una injerencia directa en los derechos fundamentales de sus integrantes.

Con todo, como se han encargado de remarcar algunos autores, las investigaciones internas llevadas a cabo por una persona jurídica en el marco de un programa de cumplimiento, no entrarían dentro de los supuestos enumerados en la Sentencia *Falciani*.

Respecto de la primera exigencia, como señala COLOMER HERNÁNDEZ, la finalidad que persigue la indagación practicada a instancias del órgano de cumplimiento o del órgano de administración es verificar la existencia de indicios fácticos del delito y hacer acopio del mayor número de evidencias de su comisión que puedan respaldar una: 1) posterior denuncia o querrela que interponga la persona jurídica contra la persona física; 2) atenuación de la pena; 3) exoneración al acreditar la elusión fraudulenta de los controles<sup>31</sup>. En consecuencia, sí cabría hablar de voluntad de prefabricar (preconstituir) prueba.

En cuanto a la segunda exigencia, a juicio de COLOMER HERNÁNDEZ, “la actuación investigadora de la persona jurídica en el seno de su organización y estructura puede responder, según las concretas circunstancias, a una finalidad de contribuir, al menos de forma indirecta, a la función estatal de investigación de delitos. Y, por ello, hay que entender que las vulneraciones de derechos fundamentales para la obtención de pruebas que se aporten al proceso penal para el esclarecimiento de hechos y responsabilidades, tampoco cumplen con la segunda de las exigencias requeridas por el Tribunal Supremo para no aplicar la exclusión probatoria del art. 11.1 LOPJ, ya que son actuaciones conectadas indirectamente con la labor investigadora que corresponde al Estado para el esclarecimiento de los delitos”<sup>32</sup>.

En sentido similar, según ALCACER GUIRAO, partiendo de la base de que el sistema establecido por el art. 31 bis CP tiende a una suerte de privatización de la investigación penal, la persona jurídica asume el rol de “agente colaborador” del

<sup>31</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, I.: “Régimen de exclusión probatoria de las evidencias obtenidas en las investigaciones del *compliance officer* para su uso en un proceso penal”, *Diario La Ley*, núm. 9080, 2017, p. 13.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 14.

poder público, de forma que los hallazgos obtenidos por la persona jurídica perseguirán el fin, directo o indirecto, de ser utilizados como medio de prueba en un eventual procedimiento<sup>33</sup>.

Volviendo a la citada STS (Sala Segunda) 489/2018, de 23 de octubre, ésta aporta en su fundamento jurídico decimocuarto un clarificador resumen relativo a esta cuestión que, por su trascendencia, reproducimos a continuación:

“Nos enfrentamos aquí a una ilicitud atribuible no a órganos del Estado, sino a particulares.

Este dato tiene relevancia; mucha si se asume como punto de partida el fundamento preventivo de la teoría de la prueba ilícita.

No hay duda de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares (*drittwirkung*), aunque no se puede desconocer que su construcción teórica y su fortificación legal y práctica ha surgido y crecido sobre todo en tensión frente a los poderes estatales. Por definición algunos derechos fundamentales solo son oponibles al poder estatal (derecho a no confesarse culpable -con algún matiz-, y en general, derecho a un proceso con todas las garantías). Es verdad que el art. 11.1 LOPJ no introduce distinción alguna en este sentido. La inutilizabilidad de la prueba obtenida con violación de derechos se predica de todos los casos y de todos los procesos, más allá de que el agente infractor sea estatal o un particular. También en el proceso civil (vid. art. 287 LEC) o en el laboral rige la previsión.

Admitido eso, no puede ocultarse que por tradición, por teleología, por ponderación de derechos fundamentales en tensión y por sus finalidades, el juego de esa norma, de máxima intensidad cuando la violación proviene de un agente estatal, consiente más modulaciones en el caso de particulares (son frecuentes en el derecho comparado las regulaciones de esta materia que dejan al margen las actuaciones de particulares: U.S.A., Francia, Holanda, México, Bélgica con matices).

Por eso la jurisprudencia reciente ha admitido que en el caso de particulares estamos en un terreno más permeable a excepciones (SSTS 87/2017, de 19 de abril ó 116/2017, de 23 de febrero).

En las relaciones entre particulares, las exigencias de la doctrina de la prueba ilícita son más débiles porque las necesidades de protección y la potencialidad de agresión son en principio menores. Normalmente basta con las sanciones penales o, en su caso, las reacciones desde el ordenamiento privado.

*Desde esa óptica, por ejemplo, cuando no se constata en la actuación del particular la finalidad de obtener pruebas para hacerlas valer en un proceso judicial puede eludirse la tajante sanción del art. 11.1 LOPJ en cuanto no está presente la finalidad a que obedece la norma (STS 116/2017, de 23 de febrero).*

*Pero en otros casos, rige el mandato del art. 11.1 LOPJ”<sup>34</sup>.*

<sup>33</sup> ALCACER GUIRAO, R.: “Retos del compliance penal: Barculescu, Falcciani y el reforzamiento de las garantías en el proceso penal”, en CANCIO MELIÁ, M.; MARAVER GÓMEZ, M.; FAKHOURI GÓMEZ, Y.; GUÉRREZ TRICARICO, P.; RODRÍGUEZ HORCAJO, D. y BASSO, G. J. (Eds.): *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Madrid, UAM Ediciones (en prensa). Citado en AGUILAR FERNÁNDEZ, C. y LIÑÁN LAFUENTE, A.: “El secreto...”, *op. cit.*, p. 799.

<sup>34</sup> La cursiva es nuestra.

## VIII. Derechos del investigado

Coincidimos con NIETO MARTÍN cuando advierte que el modelo de cumplimiento deberá velar específicamente, durante el transcurso de las investigaciones internas, por el respeto de los derechos básicos de todo proceso justo<sup>35</sup>. A saber:

- derecho a ser informado con claridad de los hechos que se le atribuyen.
- revisión de las distintas pruebas que existan en su contra y acceso al expediente de la investigación (sin desvelar contenido protegido por la normativa de protección de datos).
- derecho a hacer las alegaciones y presentar las pruebas que considere oportunas.
- contar con la presencia de un abogado.
- respeto a la presunción de inocencia.
- posibilidad de recurrir la decisión que se adopte.

## IX. Código de investigaciones internas

Como ha puesto de manifiesto NIETO MARTÍN, “resulta necesario planear meticulosamente la investigación, examinando la legitimidad y proporcionalidad de cada uno de los medios y la forma de desarrollarla. Los riesgos también se reducen si la empresa cuenta con un Código de investigaciones internas donde se establezcan los principios y las garantías básicas”<sup>36</sup>.

Así, simplemente a título ilustrativo, el aludido código debería incluir referencias a aspectos como los que a continuación se enumeran:

- sujetos encargados de la investigación.
- proceso.
- medios de investigación.
- facultades de los investigadores.
- límites a su actuación.
- conflictos de interés/incompatibilidades.
- derechos del investigado.
- deberes de colaboración con la investigación.
- causas de suspensión, reanudación y finalización de la investigación.
- etc.

## X. Solapamiento con procedimiento penal

Como ya dijéramos en otro lugar, la práctica de una investigación interna reactiva (por ejemplo, tras una denuncia recibida en el canal corporativo) tendrá lugar

<sup>35</sup> NIETO MARTÍN, A.: “Investigaciones...”, *op. cit.*, pp. 257-258.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 243.

por lo general en una fase preprocesal, en la que la *notitia criminis* no habrá trascendido del entorno de la persona moral y, por tanto, no se habrán incoado diligencias de investigación oficiales por parte de la fiscalía o el juez.

Pero, también puede suceder que, incoadas diligencias de investigación (por ejemplo, tras una denuncia externa) y ostentando la persona jurídica la condición de investigada (o en riesgo inminente de adquirirla), resulte conveniente realizar alguna pesquisa interna con el fin de preparar el ejercicio de su defensa procesal desde alguna de las estrategias posibles: 1) tratar de probar la inexistencia del hecho de referencia; 2) intentar probar que ese hecho fue cometido por una persona física eludiendo fraudulentamente las medidas de control implantadas; 3), recabando pruebas decisivas a fin de colaborar con las autoridades públicas.

Pues bien, como defiende ALCÁCER GUIRAO, “si la persona jurídica aparece como investigada por indicios de delito cometido por ella, el ejercicio del derecho de defensa debiera permitirle un mayor margen de intervención en la realización de investigaciones internas (por la mayor legitimidad del fin perseguido). Sin embargo, si la persona jurídica está personada en la causa penal como acusación particular no deberá investigar de modo paralelo a la acusación pública y adoptar prácticas restrictivas de derechos no avaladas por el órgano judicial”. Pero, acto seguido, el citado autor reconoce que, en ocasiones, “será habitual que la persona jurídica persiga ambos fines y que, por ejemplo, el medio para ejercer su defensa sea probar que el empleado cometió el delito saltándose los controles establecidos en el programa de cumplimiento (incluso la misma querrela y su condición de acusación particular puede constituir un medio de defensa dirigido a tal fin, anticipándose a su eventual citación como investigada). No obstante, en esos casos el derecho de defensa de la persona jurídica estará en conflicto con las garantías constitucionales del trabajador investigado, cuya protección pasa porque sea un órgano judicial el que, en exclusiva, acuerde medidas de investigación restrictivas de derechos”<sup>37</sup>.

En todo caso, como destaca ALCÁCER GUIRAO, en aquellos supuestos de solapamiento temporal: “una actividad de investigación paralela llevaría a una verdadera «privatización del proceso penal» que, sin sometimiento a límites, podría conllevar a una notable merma de garantías de los investigados. Por ello, con carácter general, la legitimidad de la utilización de las investigaciones internas potencialmente restrictivas de derechos por la persona jurídica debiera ceder cuando los mismo hechos ya están siendo investigados por las autoridades públicas”<sup>38</sup>.

Por otro lado, cuando la investigación interna esté conectada con un proceso penal, iniciado o previsible, lo aconsejable sería que la investigación interna fuese

<sup>37</sup> ALCÁCER GUIRAO, R.: “Investigaciones...”, *op. cit.*, p. 213.

<sup>38</sup> *Ídem.*

dirigida por el abogado que representa a la persona jurídica o, al menos, que existiera una estrecha coordinación entre ambos<sup>39</sup>.

## XI. Protección de la información obtenida

La idea que subyace en toda investigación interna es que la información que se recopile de la misma puede comprometer a la persona jurídica ante un eventual y futuro proceso penal contra ésta. Y, naturalmente, ello puede desincentivar a las personas morales a desarrollar un programa de cumplimiento penal. En este sentido, “las más cumplidoras tendrán siempre una información muy delicada a la que puede acceder sin problemas los investigadores públicos. Destruir esta información una vez utilizada no es una alternativa que se corresponda con la lógica del sistema”. Así pues, “contar con un programa de cumplimiento eficaz implica generar un tipo de información tan delicada, como apetecible para cualquier investigador público”<sup>40</sup>.

Por todo ello, la pregunta que debemos hacernos es: ¿de qué forma la información revelada tras las pesquisas internas puede quedar protegida? A este respecto, una herramienta para ello puede ser a través del secreto profesional del abogado. Ahora bien, debemos advertir que el encargado de realizar tales averiguaciones no tiene porqué ser necesariamente el *compliance officer*. De forma que, no siempre deberá asociarse la figura del oficial de cumplimiento a la de abogado.

En cualquier caso, debemos distinguir dos supuestos:

A) Si la investigación interna es llevada a cabo por un abogado interno, no cabrá alegar que el material obtenido quede amparado por dicho secreto profesional. Como nos recuerda GOENA VIVES, tanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, subordinan la aplicación del referido principio de confidencialidad a que el letrado sea independiente. Cuestión que determinan en función de un criterio fundamentalmente formal, según el abogado sea interno o externo; es decir, en atención a la relación laboral que lo vincula a su cliente y no en función de su actividad profesional<sup>41</sup>.

Sin embargo, a juicio de algunos autores, “en España, la regulación para el secreto profesional no distingue entre unos y otros abogados y, además, los abogados de empresas estamos expresamente incluidos en el Estatuto de la Abogacía y en el Código Deontológico (...). El secreto profesional está consagrado en el artículo 24 y 20.1 d) de la Constitución Española, artículo 542.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 5 del Código Deontológico adaptado al Estatuto General de la

<sup>39</sup> En este sentido, NIETO MARTÍN, A.: “Investigaciones...”, *op. cit.*, p. 239.

<sup>40</sup> NIETO MARTÍN, A.: “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”, *Diario La Ley*, núm. 8120, 2013, p. 6.

<sup>41</sup> GOENA VIVES, B.: “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*, núm. 21-19, 2019, p. 7.

Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001 de 22 de junio e, incluso, en la obligación a no declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este sentido, el asesoramiento legal durante una investigación interna tendría que estar amparado por el secreto profesional, se lleve a cabo por un abogado colegiado en ejercicio interno o externo. Así se reconoce expresamente en el Código Deontológico que no distingue o discrimina la independencia y objetividad según se preste asesoramiento de forma interna o externa y, menos aún según el Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001 de 22 de junio, que en su artículo 27.4 expresamente dispone:

“La abogacía también podrá ejercerse por cuenta ajena bajo régimen de derecho laboral, mediante contrato de trabajo formalizado por escrito y en el que habrá de respetarse la libertad e independencia básicas para el ejercicio de la profesión y expresarse si dicho ejercicio fuese en régimen de exclusividad”<sup>42</sup>.

En sentido similar se pronuncia NIETO MARTÍN, si bien considera que “en esta situación de relativa incertidumbre, lo más prudente es lógicamente que las investigaciones internas vinculadas con un proceso penal o administrativo iniciado o de previsible iniciación sean dirigidas por un abogado externo”<sup>43</sup>.

B) Como ya se ha adelantado, si la investigación interna es llevada a cabo por un abogado externo e independiente, los resultados que de ella se deriven quedarán protegidos por el secreto profesional.

Solución a la que también llegaríamos desde el momento en que un abogado externo intervenga en la realización de los informes, como parte de un asesoramiento jurídico prelitigioso, pues, esa documentación debería considerarse amparada por el secreto profesional<sup>44</sup>.

Por su parte, la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía, en su Informe 5/2017, expresó, aun cuando lo hizo ciñéndose al supuesto de que el oficial de cumplimiento estuviere al frente de las investigaciones internas, 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”<sup>45</sup>.

El hecho de que el contenido de una indagación interna sólo quede tutelado si un abogado externo ha intervenido en ella, ha llevado a autores como NIETO MARTÍN a criticar que “la inseguridad actual y la omnipresencia del abogado externo en el programa de cumplimiento implica una forma de hacer las cosas que es contraria al método de trabajo o, si se quiere, al espíritu que debe presidir la

<sup>42</sup> Así, DÍAZ ALDAO, M. y HERNÁNDEZ PÉREZ, E.: “Las investigaciones...”, *op. cit.*, pp. 1006-1007.

<sup>43</sup> NIETO MARTÍN, A.: “Investigaciones...”, *op. cit.*, p. 268.

<sup>44</sup> Así lo entienden, AGUILAR FERNÁNDEZ, C. y LIÑÁN LAFUENTE, A.: “El secreto...”, *op. cit.*, p. 805.

<sup>45</sup> Informe 5/2017, de la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía, p. 17.

implantación de una cultura de la legalidad dentro de la empresa”<sup>46</sup>. De ahí que, este autor, considere que “nuestro ordenamiento debe reconocer un nuevo derecho (*self evaluating privilege*), independiente del secreto profesional, que permita a las empresas preservar aquella documentación interna, en la que se analizan sus riesgos o, en general, es potencialmente incriminadora, pero a su vez necesaria para el funcionamiento o la construcción del programa de cumplimiento”<sup>47</sup>.

Con todo, como subraya GOENA VIVES, estimamos que “la delimitación de los casos en los que debe reconocerse el derecho/deber de confidencialidad al abogado *in-house* debería realizarse desde una perspectiva material, en función de la labor que tiene encomendada. Ello se opondría a las interpretaciones más formalistas — que, sin embargo, parecen acoger las tendencias legislativas— de limitar el secreto profesional en función de si el abogado es externo o interno. Y también cuestionaría la aproximación al problema desde el confuso criterio de la «independencia» del abogado al que tanto recurre la jurisprudencia europea<sup>48</sup>. Se trataría, por tanto, de abogar por una comprensión de la posición jurídica del abogado (externo o interno) eminentemente material, esto es, en función de la actividad que desempeña<sup>49</sup>.

GOENA VIVES distingue tres niveles o escenarios<sup>50</sup>:

1) Un primer nivel, que entiende como de «institucionalización máxima»: en él cabría incluir aquellos casos de defensa procesal (defensa y representación técnica), en los que prevalece el deber/derecho de confidencialidad del abogado, precisamente porque éste garantiza la tutela judicial efectiva.

2) Un nivel intermedio en el que estarían los supuestos de «institucionalización mínima», en los que el abogado actúa como asesor jurídico.

3) Y un tercer nivel en el que se ubicarían los casos de «desinstitucionalización», en los que primarían los deberes de colaboración, por cuanto el letrado lleva a cabo labores de gestión desvinculadas del derecho de defensa, que no precisan ser prestadas por un abogado.

Pues bien, a juicio de la citada autora, sólo cuando la actuación del abogado se desplegara en alguno de los dos primeros niveles vería quedar amparada por el secreto profesional<sup>51</sup>. No obstante, discrepamos de GOENA VIVES cuando afirma que “habida cuenta de la dificultad que en ocasiones puede presentar la determinación de en qué casos el abogado interno está actuando como letrado y cuando como gestor, se ha propuesto que los programas de *compliance* determinen las concretas

<sup>46</sup> NIETO MARTÍN, A.: “Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas”, en NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 108.

<sup>47</sup> NIETO MARTÍN, A.: “Investigaciones...”, *op. cit.*, p. 269.

<sup>48</sup> GOENA VIVES, B.: “El secreto profesional...”, *op. cit.*, p. 11.

<sup>49</sup> En esta línea, DÍAZ ALDAO, M. y HERNÁNDEZ PÉREZ, E.: “Las investigaciones...”, *op. cit.*, p. 1008.

<sup>50</sup> GOENA VIVES, B.: “El secreto profesional...”, *op. cit.*, p. 12.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 15.

pautas de actuación del abogado *in-house* en este punto”<sup>52</sup>. En nuestra opinión, no puede confiarse a cada persona jurídica la potestad para establecer esas condiciones o, mejor dicho, no deberían ser tomadas en consideración. En este sentido, en línea con lo apuntado más arriba por NIETO MARTÍN, debería promoverse una regulación al respecto que delimitara cuando las actuaciones del abogado *in-house* quedasen amparadas por el secreto profesional y cuando excluidas.

## XII. Régimen sancionador

La consecuencia lógica de toda investigación interna que detecte un incumplimiento de las disposiciones del *compliance* es que concluya con una propuesta de sanción. Pero, es que, al margen de esta cuestión, el requisito quinto del art. 31 bis 5 CP exige que los modelos de organización y gestión “establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo”.

El alcance de la potestad sancionadora dependerá del grado de influencia que la persona jurídica ejerza sobre los miembros de la propia organización y en relación con terceros. Con todo, cuando se trate concretamente de sancionar a los trabajadores de la entidad, el art. 58.1 del Estatuto de los Trabajadores prevé que “los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable”. Esto significa que, las infracciones y sanciones o, al menos la habilitación para sancionar el incumplimiento de las normas de prevención de riesgos penales que estuvieran establecidas en la organización, deberá precisarse en el convenio colectivo que regule las relaciones laborales de los trabajadores de la organización o, en su defecto, en el contrato de trabajo. En caso contrario, no podrá sancionarse a los empleados de la persona jurídica y, consecuentemente, no podrá afirmarse que el modelo establezca un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas en él previstas, al menos, en este ámbito<sup>53</sup>.

El art. 31 bis 5. 5º CP alude a la implantación de un sistema disciplinario, por ello entendemos que el contenido del mismo debería ser, al menos, el siguiente:

a) **Ámbito de aplicación:**

- Objetivo: ¿a qué actividades afecta?
- Subjetivo: ¿a quiénes va dirigido?
- Territorial.

b) **Tipos de infracciones:**

- constitutivas de delito.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>53</sup> LEÓN ALAPONT, J.: “*Criminal compliance*: análisis de los arts. 31 bis 2 a 5 y 31 quater CP”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 31, 2019, pp. 18-19.

- incumplimiento de medidas/controles establecidos.
- no denunciar los incumplimientos al órgano de vigilancia.
- conductas que favorezcan o contribuyan a impedir o dificultar el descubrimiento de las posibles irregularidades.
- denunciar incumplimientos con conocimiento de su falsedad o con temerario desprecio hacia la verdad.
- etc.

En virtud del principio de taxatividad, debe huirse de cláusulas de cierre del tipo: “cualquier incumplimiento de las normas de este modelo de organización y gestión que puedan ocasionar un perjuicio o consecuencia legal negativa para la persona jurídica”.<sup>54</sup>

c) Clasificación de las infracciones: leves, menos graves, graves, graves y muy graves<sup>55</sup>.

En la graduación de la gravedad, entendemos, debería tenerse en cuenta aquellos incumplimientos en materia de delitos con mayor riesgo y/o impacto.

d) Tipos de sanciones.

- amonestaciones.
- multas.
- suspensión de funciones.
- suspensión de sueldo.
- expulsión/despido.
- etc.

e) Clasificación de las sanciones: acorde a la gravedad de las infracciones.

f) Procedimiento: etapas, órgano de imposición, recursos, etc.

g) Plazos de prescripción de las infracciones y de las sanciones.

Con todo, como precisa el citado precepto, el sistema disciplinario debe sancionar “adecuadamente”, lo que entendemos es una referencia velada a principios como el de proporcionalidad, subsidiariedad y *ultima ratio*. Pero, también, que las sanciones sean efectivas -que no severas- y no meramente simbólicas<sup>56</sup>.

Por otro lado, y aun cuando parezca una obviedad, para cumplir con el requisito quinto del art. 31 bis 5 CP no bastará con lo hasta ahora manifestado, sino que habrá que comprobar si, cuando se haya incurrido en un quebrantamiento de las

<sup>54</sup> En cambio, algún autor aboga por la inclusión de este tipo de habilitaciones. Así, por ejemplo, BRIME GONZÁLEZ habla de “cualquier incumplimiento de las normas de este modelo organizativo, cuando del mencionado incumplimiento ya sea por acción u omisión, se derivare unos perjuicios graves para la empresa, los trabajadores y directivos de las mismas, terceros, o el medio ambiente”. *Vid.*, BRIME GONZÁLEZ, J.: “Sistema disciplinario”, en AA.VV: *Guía de implementación de compliance para pymes*, Madrid, World Compliance Association, 2019, p. 124.

<sup>55</sup> La clasificación puede reducirse a una distinción tripartita: infracciones leves, menos graves y graves.

<sup>56</sup> LEÓN ALAPONT, J.: “*Criminal compliance...*”, *op. cit.*, p. 18.

disposiciones del *compliance* merecedor de reproche, realmente se sancione a la persona física y se ejecute el castigo impuesto<sup>57</sup>.

En último lugar, la obligación de establecer un sistema disciplinario adecuado que sancione el incumplimiento de las medidas adoptadas en el modelo presupone la existencia de un código de conducta en el que se establezcan claramente las obligaciones en materia de *compliance*. Por ello, el régimen sancionador puede constar en un mismo documento junto con el Código de Conducta<sup>58</sup>.

### XIII. Reflexiones finales

Como tuvimos ocasión de advertir al inicio de este artículo, el Código Penal no exige de forma explícita que las personas jurídicas tengan que iniciar una suerte de investigación interna ante la detección o puesta en conocimiento de algún tipo de irregularidad cometida en su seno como requisito ineludible para predicar la eficacia exigente de los programas de cumplimiento penal. Sin embargo, como también tuvimos ocasión de manifestar, a nuestro juicio, debe entenderse como obligación ineludible el que, tras la recepción de información sobre posibles riesgos e incumplimientos del *compliance*, la persona jurídica decreta la apertura de la correspondiente investigación interna con la finalidad de esclarecer los hechos objeto de la comunicación. De forma que dicha consecuencia lógica quedase integrada, aun de forma tácita, en el contenido del art. 31 bis 5. 4º CP. Y, de igual modo, aun cuando el requisito sexto de este mismo precepto no aluda a ello, si a raíz de la verificación del modelo se detectase algún posible riesgo o incumplimiento, deberá decretarse también la apertura de la correspondiente investigación interna.

Así pues, y ante el silencio que guarda el Código Penal respecto de las investigaciones internas en sede corporativa, será el juez o tribunal quien de forma totalmente discrecional valore los esfuerzos que la entidad acredite haber hecho dentro de los que estuviere a su alcance (sin necesidad de autoincriminarse), y no tanto el resultado obtenido de la investigación. La ausencia de parámetro alguno no invita a otra solución. Precisamente por ello, los criterios o pautas aportadas en el apartado V de este artículo no tienen otra finalidad que la de describir el conjunto de actuaciones que, a nuestro entender, el juez o tribunal deberá comprobar para decidir si la respuesta de la persona jurídica ante una irregularidad ha sido la adecuada y, en consecuencia, pueda tenerse por válida a efectos de dar por cumplido parte del requisito 4º del art. 31 bis 5 CP.

Este déficit regulatorio al que acabamos de referirnos, que afecta tanto a quien aplica la norma como a quien la padece, no es exclusivo de las investigaciones internas. Sucede igualmente con otros aspectos recogidos en los arts. 31 bis 2 a 5

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>58</sup> Como así propone MANDRÍ ZARATE, J.: “El código ético de conducta”, en PUYOL MONTERO, J. (Dir.): *Guía para la implantación del Compliance en la empresa*, Madrid, Wolters Kluwer, p. 275.

CP, pero, quizás, en el ámbito aquí tratado, sea más acusado. En este sentido, y a pesar de la existencia de estándares (privados) como la Norma UNE 19601:2017 sobre “Sistemas de gestión de compliance penal. Requisitos con orientación para su uso”, el desarrollo de la regulación que afecta a los modelos de organización y gestión debiera convertirse en una urgencia inaplazable para el legislador. Incluso, para materias tan concretas como las investigaciones internas, la vía reglamentaria parece ser la óptima.

Con todo, como se ha visto, junto a este primer problema, las investigaciones internas plantean otra serie de retos jurídicos de igual envergadura. Es lo que sucede, por ejemplo, con el establecimiento de canales de denuncia para la comunicación de posibles riesgos e incumplimientos. Si bien es cierto que la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, establece ciertas garantías para el intercambio de información a través de esta vía (como la protección del denunciante, o de los datos emitidos y almacenados), las previsiones en ella contenida para diluirse en el caso de otro tipo de investigaciones internas donde la información obtenida lo sea, no a través del canal de denuncias, sino de otras vías no convencionales, a raíz de un proceso de auditoría, etc.

Por otro lado, como hemos planteado en el apartado VII, las investigaciones internas suponen un riesgo evidente para ciertos derechos fundamentales de los sujetos investigados, especialmente, el secreto de las comunicaciones y la intimidad. En este sentido, con independencia del medio de investigación que se adopte, la afectación de dichos derechos sólo podrá producirse de haber consentimiento por su titular o, en su caso, autorización judicial: lo contrario desencadenará en la ilicitud de la prueba. No bastando, pues, en el ámbito penal, la mera comunicación del control y supervisión de los medios “corporativos” (ordenador, despacho, teléfono, correo, etc.), como sí sucede en el laboral.

En otro orden de cosas, como señalábamos en el apartado XI, toda investigación interna genera una importante preocupación, cual es que la información que se recopile de la misma puede comprometer a la persona jurídica ante un eventual y futuro proceso penal contra ésta. En este sentido, como concluíamos allí, la forma en que la información revelada tras las pesquisas internas quede protegida es a través del secreto profesional del abogado y, concretamente, cuando la investigación interna es llevada a cabo por un abogado externo e independiente. Sin embargo, también apuntábamos que esta solución no nos parecía la más adecuada, abogándose por una comprensión de la posición jurídica del abogado (externo o interno) eminentemente material, esto es, en función de la actividad que desempeñare.

Ciertamente, al lector le habrá podido parecer que, tal y como se han enfocado los distintos aspectos relativos a las investigaciones internas en sede corporativa,

las mismas se asemejan y mucho a una instrucción judicial o a una investigación policial. De hecho, hasta afirmábamos que el modelo de cumplimiento deberá velar específicamente, durante el transcurso de las investigaciones internas, por el respeto de los derechos básicos de todo proceso justo. Sin embargo, esta imagen de las investigaciones internas como una herramienta más de los *compliance programs* en la prevención y detección de delitos no siempre se corresponderá con la realidad. Esto es, a menudo, las cosas se presentarán de forma menos sofisticada, pues, no siempre se observarán conductas indiciariamente delictivas (sino simples riesgos, incumplimientos o irregularidades), ni tampoco tiene porqué recurrirse a medios invasivos de investigación (en ocasiones bastará con una simple comprobación, entrevista, solicitud de información, etc.).

Para concluir, quisiéramos dejar anotado simplemente que, como habrá podido observarse, aunque hayamos pretendido despejar algunas de las principales dudas que surgen en torno a las investigaciones internas en sede corporativa, a la par han ido surgiendo otras cuestiones que todavía merecen respuestas que no tenemos o no, al menos, de forma unívoca. Para ello habrá que esperar a que o bien el legislador, o bien la jurisprudencia, nos ayuden en esta tarea de descifrar los retos que plantean, a propósito de los *compliances*, las investigaciones internas corporativas.

## Bibliografía

- Aguilar Fernández, C. y Liñán Lafuente, A.: “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, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 787-811.
- Alcácer Guirao, R.: “Retos del *compliance* penal: Barculescu, Falcciani y el reforzamiento de las garantías en el proceso penal”, en CANCIO MELIÁ, M.; MARAVER GÓMEZ, M.; FAKHOURI GÓMEZ, Y.; GUÉRREZ TRICARICO, P.; RODRÍGUEZ HORCAJO, D. y BASSO, G. J. (Eds.): *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Madrid, UAM Ediciones (en prensa).
- Alcácer Guirao, R.: “Investigaciones internas”, en AYALA GÓMEZ, I. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coords.): *Penal económico y de la empresa*, Madrid, Francis Lefebvre, 2016, pp. 206-216.
- Bachmaier Winter, L.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un programa de *compliance*”, *Diario La Ley*, núm. 7938, 2012, pp. 1-11.
- Brime González, J.: “Sistema disciplinario”, en AA.VV: *Guía de implementación de *compliance* para pymes*, Madrid, World Compliance Association, 2019, pp. 119-124.
- Colomer Hernández, I.: “Régimen de exclusión probatoria de las evidencias obtenidas en las investigaciones del *compliance officer* para su uso en un proceso penal”, *Diario La Ley*, núm. 9080, 2017, pp. 1-24.
- Goena Vives, B.: “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*, núm. 21-19, 2019, pp. 1-26.

- González Cussac, J. L.: “La tutela penal del derecho a la intimidad desde el canon de la expectativa razonable de privacidad”, en MAQUEDA ABREU, M. L.; MARTÍN LORENZO, M. y VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.): *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Madrid, Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2016, pp. 641-652.
- León Alapont, J.: “*Criminal compliance*: análisis de los arts. 31 bis 2 a 5 y 31 quater CP”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 31, 2019, pp. 1-36.
- Mandri Zarate, J.: “El código ético de conducta”, en PUYOL MONTERO, J. (Dir.): *Guía para la implantación del Compliance en la empresa*, Madrid, Wolters Kluwer, pp. 269-278.
- Mosquera Blanco, A. J.: “La prueba ilícita tras la sentencia Falciani: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de febrero”, *InDret*, núm. 3, 2018, pp. 1-34.
- Neira Pena, A. M.: *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- Nieto Martín, A.: “Investigaciones internas”, en NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 231-270.
- Nieto Martín, A.: “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”, *Diario La Ley*, núm. 8120, 2013, pp. 1-8.