

## Las investigaciones internas en las empresas como estrategia preprocesal de defensa penal corporativa

**Bernardo DEL ROSAL BLASCO**

*Catedrático de Derecho Penal*

*Abogado de Urraza, Mendieta & Del Rosal Abogados*

Diario La Ley, Nº 9180, Sección Tribuna, 18 de Abril de 2018, Editorial **Wolters Kluwer**

Normativa comentada  
Jurisprudencia comentada  
Comentarios

### I. La detección de irregularidades o delitos en la empresa

#### 1. Introducción

La supervisión del plan de prevención debe de permitir, por tanto, la detección de los delitos cuando alguna de las personas que gestionan los procedimientos o que toman parte en ellos, se apartan de los mismos. Detectada, de esa forma, la irregularidad o el delito, se deberá reaccionar frente a ello.

Aparte de ello, el Código Penal («CP») establece que la empresa debe de imponer la **obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos** al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. Al margen de las dificultades que tiene, desde el punto de vista de la legislación laboral, el que el incumplimiento de esa obligación tenga consecuencias jurídicas, lo que sí es indudable es que la empresa debe de facilitar que esa obligación de comunicación o de denuncia se canalice adecuadamente.

#### 2. La elaboración de protocolos de comunicación o denuncia

En este sentido, es conveniente que la empresa **diseñe y publique la adecuada política o protocolo de comunicación o denuncia de irregularidades** (*speak up policy*), que debe de abordar, al menos, los siguientes aspectos:

##### 1.º Definición de los objetivos de la política de comunicación o denuncia de irregularidades

Cualquier *speak up policy* debe proporcionarles a los empleados la posibilidad de poner de manifiesto sus preocupaciones o sospechas, o de comunicar la información relevante que posean sobre irregularidades y definir la forma de gestionar esa comunicación para el caso de que no sea posible resolverlas de otra forma más directa, inmediata y personal.

Además, debe de posibilitar que la alta gerencia o la dirección de la empresa sea informada, en el momento más temprano posible, sobre cualquier irregularidad o posible delito que se vaya a cometer, se esté cometiendo o se haya cometido.

También debe de asegurarse a los empleados que se les protegerá de cualquier castigo, reacción en su contra o trato inadecuado o discriminatorio por haber denunciado o comunicado la información de la que tengan conocimiento.

Igualmente, la política de *speak up* debe de reforzar la cultura de transparencia, honestidad e integridad de la empresa.

##### 2.º Definición del ámbito del procedimiento de comunicación o denuncia de irregularidades

El procedimiento de comunicación o denuncia debe ir dirigido a que los trabajadores de la empresa comuniquen o denuncien cualquier irregularidad o delito que tenga que ver con comportamientos de discriminación en el trabajo, acoso sexual y laboral, irregularidades contables o en la llevanza de libros y documentos, fraudes, prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo (donde proceda) y sobornos o pagos inadecuados, además de otros ámbitos que, en función de la actividad de la empresa, proceda incluir (medio ambiente, etc.). Igualmente, se

pueden incluir referencias a violaciones de las obligaciones de comportamiento del código de conducta de la empresa si ya se cuenta con él.

### 3º. Destinatarios de la obligación de comunicación o denuncia de irregularidades

La política que se publique debe de dejar claramente sentado quiénes son los obligados a comunicar y denunciar, que lo debe ser cualquier administrador, directivo, empleado o profesional externo que trabaje para la empresa o actúe en nombre de la empresa.

### 4º. Canales de comunicación o denuncia de irregularidades

Aparte de establecer los mecanismos de comunicación o denuncia, de los que inmediatamente hablaremos, la *speak up policy* debe de dejar meridianamente claro que, como las comunicaciones o denuncias deben de ser confidenciales, las denuncias o comunicaciones generales, a través, por ejemplo, de mensajes de correo electrónico, están prohibidas, entre otras cosas porque ello puede dañar derechos de terceros y poner en riesgo la consiguiente investigación.

Se debe de recomendar, en primer lugar, y allí donde eso sea posible y el método no suscite reservas, la comunicación o denuncia al superior inmediato o, en su caso, al responsable de Recursos Humanos, quienes, a su vez, deben de poner en conocimiento del órgano de cumplimiento normativo la noticia.

Para el caso de que la anterior comunicación o denuncia no proceda (porque tenga que ver con comportamientos del superior inmediato, o de personal del departamento de Recursos Humanos, etc.), o cuando se tengas fundadas sospechas de que la denuncia no se trasladará adecuadamente al responsable de cumplimiento normativo, entonces se deberá facilitar una dirección de correo electrónico interna cuyo receptor sea el órgano responsable de cumplimiento normativo de la empresa o del grupo de empresas.

A su vez, el órgano responsable de cumplimiento normativo, allí donde proceda, deberá trasladar la información al órgano de administración de la empresa, o al órgano delegado del consejo de administración a quien correspondan esas competencias, al margen de tomar, de forma inmediata, las previsiones que sean adecuadas, dentro de sus competencias en el plan de prevención, para que tales hechos cesen o no se vuelvan a producir.

La denuncia puede ser anónima, aunque, en estos casos, obviamente, nunca podrá servir, por sí, como prueba de la irregularidad o del delito.

### 5º. Procedimiento de comunicación o denuncia de irregularidades

La política que se elabore deberá explicar que aunque no se espera que el comunicante o denunciante tenga que probar fehacientemente la verdad de los hechos que comunica o denuncia, pero sí debe de dar el máximo de detalles posibles (nombres, fechas, lugares, documentos de soporte de la comunicación o la denuncia, etc.) acerca de los hechos que comunica o denuncia para, en su caso, permitir su investigación ulterior. Se pueden, incluso, facilitar formularios de comunicación o denuncia para facilitar el trámite.

Las disputas o pleitos de naturaleza personal, los meros rumores que afecten a ámbitos estrictamente personales de los denunciados y que nada interfieran o tengan que ver con sus comportamientos como empleados de la empresa, etc., no podrán ser tenidas en consideración y las comunicaciones o denuncias falsas o negligentes, podrán dar lugar a la correspondiente responsabilidad.

Salvo, obviamente, que la comunicación o denuncia sea anónima, el receptor de la misma estará obligado a acusar recibo de la misma por el mismo medio, aparte de que se debe de establecer el derecho del comunicante o denunciante a conocer el resultado final de su comunicación o denuncia, tanto si ésta ha dado origen a una investigación (en cuyo caso, habrá que comunicar el resultado final de dicha investigación) o si ha sido desestimada.

### 6º. Derechos del comunicante o denuncia y derecho del denunciado

La política de *speak up* debe garantizar el tratamiento confidencial de las comunicaciones o denuncias, hasta el punto de que el receptor de la denuncia no debe de revelar la identidad del denunciante sin su autorización expresa, salvo que la comunicación o denuncia se haya cursado con mala fe, o que la tutela de los derechos de terceros lo exija, en cuyo caso solo se debe revelar esa identidad a quienes deban investigar dicha falsedad o a aquellas personas que, para el debido ejercicio de su derecho de defensa, necesiten conocer dicha identidad.

No se podrá sancionar, de ninguna manera, al comunicante o denunciante de buena fe, ni su comunicación o denuncia

podrá dar lugar a ninguna consecuencia que perjudique sus derechos o su estatus laboral o profesional.

La política también habrá de establecer de forma clara que el denunciado deberá ser informado de la denuncia tan pronto como sea posible, una vez se haya verificado la aparente realidad y consistencia de la denuncia, y cuando esa comunicación ya no ponga en peligro el resultado de la posible investigación. Igualmente, deberá de ser asesorado, o permitir que se asesore, de las consecuencias posibles de la denuncia y de la investigación que se haya iniciado o se pueda iniciar.

También se debe de garantizar la intimidad y la imagen y el honor de las personas afectadas por la denuncia, debiéndose proteger su identidad y datos personales de acuerdo con la legislación vigente, y sus derechos de defensa. Cualquier dato personal obtenido en el curso de la investigación, solamente podrá ser utilizado a los propósitos de la investigación de los hechos.

## II. Las investigaciones internas

### 1. Introducción

Una comunicación o denuncia, como aquellas a las que acabamos de hacer referencia, cuando tenga una mínima virtualidad y consistencia, deberá dar lugar a una **investigación interna** –salvo, lógicamente, que, de por sí, la citada comunicación o denuncia no aporte todos los datos relevantes de los hechos que hicieran innecesaria dicha investigación—, que podrá ser más o menos sumaria, extensa, sencilla o compleja, en función de las características particulares de la empresa y de los propios hechos denunciados.

Pero es evidente que la empresa debe de tener el máximo de información posible acerca de los hechos, para poder reaccionar corrigiendo todas aquellas disfunciones que se hayan detectado y prevenir las posibles consecuencias negativas que tales hechos puedan tener para la empresa (reputacionales, económicas, limitaciones a la contratación pública, sancionadoras, etc.).

Ello es imprescindible, especialmente, cuando haya un riesgo de que los hechos detectados puedan constituir una infracción penal de las que genere responsabilidad penal para la empresa. Porque hay que tener en cuenta que el art. 31 quater del CP (LA LEY 3996/1995), establece, como **circunstancias atenuantes**, el que la persona jurídica haya realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades; b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos; c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito; d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

La investigación interna puede facilitar puede ayudar a la empresa a demostrar que el programa de cumplimiento normativo ha funcionado adecuadamente

De modo que esa **investigación interna** puede facilitar la realización de **algunas de esas actividades** que pueda favorecer la aplicación de circunstancias atenuantes o, incluso, que pueda ayudar a la empresa a demostrar que el programa de cumplimiento normativo ha funcionado adecuadamente, si bien lo que ha sucedido es que el autor del delito lo ha cometido *eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención* (art. 31 bis, núm. 2, 3.º, CP (LA LEY 3996/1995)).

### 2. La elaboración de protocolos de comunicación o denuncia

En España, a diferencia de otros países, no existe ni una tradición en este tipo de investigaciones internas ni tampoco las agencias o entidades reguladoras ni la Fiscalía imponen determinadas exigencias a dichas investigaciones internas, como es que se lleve a cabo a través de una firma de asesoría o un despacho de abogados independiente, cuyos honorarios los paga la propia empresa, pero que tienen que someter el resultado de la investigación, directamente, a la Fiscalía o al regulador, pero no a la empresa.

Pero no por ello deja de ser necesario que la empresa cuente con un **protocolo de investigaciones internas** al que pueda recurrir en estos casos.

Dicho protocolo debe de abordar y prever, al menos, los siguientes extremos:

### 1.º Quién debe de decidir la puesta en marcha de una investigación interna.

El protocolo habrá de determinar a quién corresponde, en el ámbito de la empresa, acordar la puesta en marcha de una investigación interna.

Lo más lógico es que tal atribución le corresponda, bien al consejo de administración, bien al consejero delegado, bien al órgano interno en quien aquél haya decidido delegar, a partir de las noticias de la posible comisión de una irregularidad, o de una vulneración grave de las previsiones del plan de delito que les haya hecho llegar el órgano responsable de cumplimiento normativo, o cualquier otro directivo que haya trasladado la información.

No creemos que sea conveniente, por las repercusiones internas que una investigación puede tener en muchos ámbitos, que la decisión se deje en manos del órgano responsable de cumplimiento normativo.

Una vez se ha acordado abrir una investigación interna, conviene determinar a qué empleados de la empresa se les va a comunicar (a todos, solo a una parte) y si esa decisión se va a hacer pública. En cualquier caso, los términos de esa comunicación deben ser lo más neutros posibles, que no prejuzguen nada en absoluto, para no perjudicar toda la investigación ulterior.

### 2.º Quién debe decidir a quién encomendarle la investigación y, en última instancia, a quién es recomendable encomendársela

El protocolo debe de prever quién va a ser la persona u órgano que deba de conducir la investigación interna

El protocolo debe de prever también a quién le corresponde, dentro de la empresa, quién va a ser la persona u órgano que deba de conducir la investigación interna. Parece lógico que esta decisión le corresponda, también, al mismo órgano que decida la puesta en marcha de la investigación interna (consejo de administración, consejero delegado u órgano en quien aquéllos hayan decidido delegar) y el protocolo puede, incluso, establecer a quién encomendársela o dar opción entre varias alternativas, en función del asunto particular de que se trate o del perfil de o

de los investigados.

¿Y quién es recomendable que conduzca esa investigación? En mi opinión, tres son las opciones posibles: (i) encomendársela a un órgano interno o a un profesional de la empresa; (ii) encomendársela a una empresa consultora o una firma de abogados externa; o (iii) encomendársela a un órgano interno, que esté auxiliado o asesorado por una firma de abogados o una empresa consultora externa.

En algunas jurisdicciones, como, por ejemplo, el Reino Unido, el regulador obliga a las empresas a que la investigación la lleve una firma consultora o de abogados externa. Así se establece, por ejemplo, en las líneas de actuación para las investigaciones sobre corrupción en ultramar de la *Serious Fraud Office* («SFO») británica, la agencia que investiga y persigue los casos de delitos de fraude, soborno y corrupción serios o complejos. En ellas se establece que la SFO discutirá con la empresa, una vez detectada una conducta irregular o delictiva, la necesidad de cualquier investigación interna ulterior, que preferiblemente se deberá de llevar a cabo con los asesores externos de la empresa, cuyos honorarios deberá de pagar la propia empresa. Incluso, la *Financial Conduct Authority*, el regulador británico de los servicios financieros, recomienda a las empresas no iniciar investigaciones propias sin antes haber discutido con él el ámbito de las mismas para no poner en peligro la investigación oficial posterior, sobre todo en el caso de comisión de conductas delictivas.

Obviamente, en España, por el momento, nada hay establecido legalmente al respecto y, por tanto, la decisión es soberana para la empresa.

Si conviene, sin embargo, señalar dos extremos: el primero, que entendemos que no debe de ser el órgano responsable de cumplimiento normativo, por el riesgo que puede haber de que sea juez y parte, quien conduzca la investigación interna ni, por supuesto, quien designe a la persona que la tenga que conducir; el segundo, que la indudable ventaja que tiene la externalización de la investigación en una firma de abogados es que van a quedar legalmente protegidas las comunicaciones entre el abogado y la empresa, su cliente, y, por tanto, protege al letrado (y a su cliente) con los privilegios del secreto profesional.

### 3.º Previsiones y cautelas que se deben adoptar, con carácter general, para hacer posible y viables las investigaciones internas.

Se deben establecer una serie de previsiones y cautelas para hacer posible una investigación interna

El protocolo deberá de establecer una serie de previsiones y cautelas para hacer posible, en su caso, y en función de las dimensiones y las características de la empresa, una investigación interna y darle utilidad, en un posible posterior procedimiento penal, a las evidencias obtenidas en la misma; en concreto, se debe de establecer:

**(i)** Las facultades, atribuciones o competencias que le corresponden al órgano investigador, o a la persona a la que se le ha encomendado la investigación, para que todos los miembros de la empresa tengan conocimiento y constancia de las mismas.

**(ii)** El límite temporal en el que la investigación debe de ser concluida, siendo recomendable que éste no se exceda más allá de los seis meses.

**(iii)** Allí donde proceda, se debe de establecer las necesarias previsiones en el sistema de organización del registro, archivo y conservación de los documentos, en cualquier soporte, de modo que permita su preservación, indemnidad y utilización en cualquier investigación interna que se inicie. Igualmente, se le debe de prestar atención a la preservación de la debida cadena de custodia en la conservación de evidencias informáticas (archivos, correos electrónicos, etc.).

**(iv)** Los acuerdos que se deben de suscribir con terceros, proveedores o clientes de la empresa, para que estos colaboren, en la medida en que sea posible y sin perjuicio de sus propios derechos, con las investigaciones internas de la empresa, así como las obligaciones necesarias para mantener la confidencialidad del propio hecho de la investigación y de la información que de ella puedan tener.

**(v)** Las obligaciones de colaboración con la investigación de los empleados y trabajadores de la empresa, y especialmente del departamento interno de tecnología, y la necesidad de que dichas obligaciones se formalicen también con los antiguos empleados de la empresa, antes de su salida de la misma, allí donde sea procedente y posible.

**(vi)** La determinación de cuáles son y cómo se van a preservar los derechos de terceros, para no perjudicar los fines de la investigación, especialmente en el ámbito de la protección de datos personales y del derecho de defensa, de modo que se establezcan claramente, en estos extremos, los límites de la investigación y la necesidad, en su caso, de las correspondientes advertencias previas a los empleados sobre la vigencia de sus derechos constitucionales, entre ellos, el de ser informados de los hechos que se les atribuyan, de su derecho a un asesoramiento o una asistencia letrada independiente, a no declarar contra sí mismos, a contradecir y contra argumentar los hechos que se le atribuyen, etc.

**(vii)** La definición, comunicación expresa y aceptación, por parte de los empleados, y si es que no existiera aún, de una política de utilización, seguimiento e inspección de las comunicaciones realizadas a través de los medios puestos a su disposición por la empresa. A estos efectos, hay que tener en cuenta la Sentencia núm. 170/2013, de 7 de octubre (LA LEY 145700/2013), de la Sala Primera del Tribunal Constitucional («TC») (B.O.E., núm. 267, de 7 de noviembre de 2013), en la que el TC entiende que, en virtud de lo dispuesto en el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores (LA LEY 16117/2015), el empresario, la empresa, puede ejercer el control sobre las herramientas informáticas, a los efectos de vigilar el cumplimiento de la prestación laboral, realizado a través del uso profesional de estos medios y fiscalizar si su uso se destina a fines personales o ajenos al contenido propio de la prestación laboral, como tampoco entiende el TC que se vulnere el derecho a la intimidad, porque, como ya se había pronunciado el propio TC, el derecho a la intimidad, aunque aplicable en la relación laboral e incluso en la información que el trabajador guarda en su ordenador personal, no es un derecho absoluto. De modo que, en el supuesto examinado, como quiera que en el Convenio Colectivo aplicable se estableciera una sanción para el caso de utilizar el ordenador personal para fines ajenos a los laborales, no se aprecia que el trabajador disponga de expectativa de intimidad en el uso del correo electrónico. De esta forma, el trabajador podía prever que la empresa accedería a su correo electrónico haciendo uso de la facultad de control que le confiere el Estatuto de los Trabajadores (LA LEY 16117/2015).

**(viii)** Igualmente, es muy importante establecer, dado que una investigación interna no es un expediente sancionador, en qué momento el procedimiento de investigación interna se debe de sustituir por un

expediente sancionador, respetando las reglas establecidas legalmente para éste, para no frustrar, precisamente, el resultado de ese posible expediente sancionador.

(ix) Finalmente, los recursos personales y materiales con los que debe o puede contar el órgano o persona que vaya a conducir la investigación.

#### 4.º El procedimiento de investigación.

Si el órgano investigador es interno, la primera decisión que se debe de adoptar por el investigador u órgano investigador es definir el ámbito y objeto de la investigación.

Además, debe de designar, en la medida de los recursos personales y materiales que la empresa haya puesto a su disposición, a las personas que vayan a asistirle en la investigación.

Hay que adoptar las medidas que sean imprescindibles para la preservación y conservación de los documentos internos que sean relevantes para la investigación

De forma inmediata, también debe de decidir y adoptar todas las medidas que, en concreto, sean imprescindibles para la preservación y conservación de los documentos internos que sean relevantes para la investigación y, como hemos indicado antes, prestándole una especial atención a preservar la cadena de custodia, en el ámbito de la conservación de evidencias informáticas (archivos, correos electrónicos, etc.) para que estas puedan tener utilidad, en su caso, como prueba de cargo.

Una vez adoptadas las anteriores decisiones, la investigación puede iniciar su curso con las entrevistas que procedan a denunciante y denunciado, al personal de la empresa que pueda aportar cualquier luz sobre cualquier extremo de los hechos comunicados o denunciados, a proveedores y/o clientes que, en su caso, puedan colaborar en el esclarecimiento de dichos hechos, a la recopilación y análisis de la documentación relevante, etc.

Es muy importante que los diferentes pasos que se vayan dando en la investigación se documenten debidamente y que el acceso a todos los documentos que la misma genere o que la misma recabe se custodien y protejan debidamente frente a posibles interferencias o intromisiones de terceros.

#### 5.º La conclusión de la investigación.

La investigación puede concluir con un archivo de la misma, sin más consecuencias, o puede concluir poniendo en evidencia hechos relevantes desde el punto de vista sancionador o, incluso, jurídico-penal. El investigador habrá de comunicar dicho resultado al órgano que lo designó, quien deberá de adoptar las decisiones que procedan y a las que dedicaremos el siguiente apartado.

Es más que recomendable que, antes de tomar ninguna decisión, el órgano de administración se asesore debidamente con sus abogados internos y, sobre todo, externos acerca de cuál ha de ser la decisión a adoptar. Porque, por ejemplo, en el ámbito penal, la obligación de denunciar la tienen todo «el que presenciare la perpetración de cualquier delito público» y, en todo caso, «bajo multa de 25 a 250 pesetas» (*sic*) (art. 259 Ley de Enjuiciamiento Criminal (LA LEY 1/1882)). Y nuestro CP solo castiga a quien, «pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual» (art. 450 CP (LA LEY 3996/1995)). En este tipo de casos de detecciones de delitos pasados, los miembros del consejo de administración ni están en el caso de «haber presenciado» la perpetración de un delito ni de «poder evitar» la comisión de un delito contra la vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual con su intervención. Luego, en contra de lo que se suele pensar, no hay obligación de, inmediatamente, poner los hechos en conocimiento de quien pudiera perseguirlos.