

II Foro Procesal y Penal

Investigación interna y derecho de defensa

Los expertos debaten sobre la presentación de pruebas si el 'compliance' no impide el delito y su obtención choca con derechos fundamentales

XAVIER GIL PECHARROMÁN

En la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid se ha celebrado el segundo seminario celebrado en el marco del convenio de colaboración entre la Universidad Complutense de Madrid (UCM) y Grant Thornton en relación con el Foro Procesal y Penal, en el que se debatió sobre *La investigación interna de delitos y derecho de defensa*.

Esta segunda sesión del Foro Procesal y Penal fue moderada por Julio Banacloche, catedrático de Derecho Procesal de la UCM y director del Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal de dicha Universidad, y por Fernando Lacasa, socio del departamento de Forensic Grant Thornton.

El debate se centró en tres cuestiones fundamentales: ¿hasta qué punto la atenuante en responsabilidad penal de la persona jurídica por investigar y aportar pruebas habilita a la empresa a realizar investigaciones? ¿Si la empresa utiliza medios externos para realizar la investigación, están sujetos a secreto profesional dichos investigadores? Y, ¿hasta qué punto el ejercicio del derecho de defensa por la compañía y su decisión de no colaborar con la justicia puede afectarla?

Limitaciones para la aportación

Miguel Bajo, catedrático de Derecho Penal de la UAM y socio director de Bajo & Trallero Abogados, explicó que en su opinión, la empresa no puede aportar prueba determinante de la atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas si afecta a la intimidad; si, por el contrario, no afecta a la intimidad sino que se trata de un hecho propio del trabajo, es decir, de un comportamiento propio de su labor como empleado, la empresa entonces sí puede aportar las pruebas.

Así, si la empresa quiere conseguir la existencia de pruebas que atenúen su responsabilidad penal y para ello investiga en los ordenadores de los empleados, la regulación legal existente limita esa investigación, toda vez que a los empleados no se les puede investigar su actividad personal en los ordenadores si no se les ha advertido previamente que los ordenadores de la empresa, aparte de por ellos mismos, van a ser utilizados por la propia empresa o si no se les ha informado previamente de ello o no se les ha pedido permiso o no lo permite el convenio colectivo correspondiente.

En su opinión, es probable que la persona jurídica tenga



GETTY

que renunciar a esa investigación en los ordenadores de los empleados para conseguir y aportar pruebas, por ejemplo, contra la imputación del delito contra el medio ambiente que atenúen su responsabilidad penal por afectar a los derechos fundamentales del trabajador en la medida en que no lo permita el convenio colectivo o que no se le haya informado previamente y no aparezca convenido en el contrato particular con el empleado. Sólo sería lícita esa investigación en el ordenador del empleado si lo permite el convenio colectivo o el contrato privado con el trabajador o se le ha informado previamente.

Bajo explicó también, que nos encontramos con una colisión entre dos derechos fundamentales -el derecho de defensa y el derecho a la intimidad- sobre la que tendrán que pronunciarse los tribunales. El Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en el sentido de que prevalece el derecho a la intimidad, el derecho de las personas individuales, en definitiva, el derecho del trabajador, siempre que la investigación que se realice en el ordenador del empleado afecte a su intimidad.

Si la investigación que se practica en el ordenador del empleado no afecta a su intimidad no hay tal colisión. En los casos en que la empresa contrata a un detective o investigador para demostrar que ha sido un directivo el que por su comportamiento negligente ha provocado el delito contra el medio ambiente -por seguir con el ejemplo anterior-, puede invocar el secreto profesional en el proceso penal.

Las leyes que regulan el comportamiento de los investigadores establecen que la investigación privada sólo puede abarcar aquello que revista comportamiento delictivo perseguible a instancia de parte, pero no aquello que revista los caracteres de delito perseguible de oficio. Por tanto, tratándose de un delito perseguible de oficio, el detective tiene la obligación de comunicarle a la policía y al juez todo lo que investigue y no puede invocar como excusa el secreto profesional.

Los informes no son prueba

En su intervención Adolfo Prego, exmagistrado de la Sala Penal del Tribunal Supremo y socio director de Adolfo Prego Abogados, se refirió a que el CP no establece como atenuación para la responsabilidad de las personas jurídicas supuestos de investigación, ni siquiera de investigación que tenga que ir acompañada de pruebas, ni tampoco de investigaciones por el hecho de

Sólo es lícita la investigación en el ordenador del empleado si lo permite el convenio, el contrato o se le ha informado antes

No se establecen como atenuación para la responsabilidad de las personas jurídicas supuestos de investigación

investigar cuando se aportan solamente datos pero no pruebas, por ejemplo, informes. Los informes no son pruebas sino comunicaciones de realidades que se suministran a quien está investigando, es decir, al Estado, que luego buscará las pruebas o los indicios que sean necesarios.

Una cosa es suministrar datos, informes y líneas de investigación que solo es una manera de colaborar y otra cosa es suministrar pruebas. Lo que establece el CP no es que se atenúe porque se investigue y además se aporten pruebas o porque se aporten pruebas sin investigar, o se investigue sin aportar pruebas; lo que el CP establece como circunstancia de atenuación es que se haya *colaborado* en la investigación *aportando pruebas*. Por tanto, lo único que atenúa es colaborar en la investigación del modo que prevé la Ley, esto es, aportando pruebas; cualquier otra colaboración en la investigación fuera de los supuestos de aportación de pruebas no es una circunstancia de atenuación. Por lo demás, atribuir al mero hecho de investigar un valor atenuatorio sería peligrosísimo porque se establecería una especie de policía paralela o de sumario paralelo, o de Estado paralelo o de justicia paralela interna de la propia empresa.

Finalmente, explicó que la empresa puede contratar al detective o investigador de dos maneras distintas: puede hacerlo privadamente, para que privadamente informe a la empresa, para que ésta privadamente sepa lo que quiere saber y, a partir de ahí, administre ella por su propia decisión si aporta o no aporta pruebas con efecto atenuatorio. En este caso, comoquiera que al detective o investigador se le contrata para dar información interna o endógena a la propia empresa, éste puede ampararse en el secreto profesional; y, otra cosa es que al detective se le encomiende una investigación con el encargo ya explícito de que con ello se quiere averiguar datos con la finalidad de aportarlos a la justicia, bien como datos o bien con los instrumentos probatorios que se descubran con la finalidad de obtener una atenuación.

Un artículo sumamente abierto

En su intervención, Carlos Zabala, *Of Counsel* de Clifford Chance, afirmó que el problema está en que el artículo 31 quater del CP es sumamente abierto y no llega a decir claramente a qué está orientado, sólo dice pruebas *nuevas* y *decisivas*. En su opinión, este precepto no puede referirse a pruebas decisivas para la absolución de la persona jurídica, pues lo normal es que cuando a alguien le imputan en un procedimiento penal aporte pruebas decisivas para acreditar su inocencia, sino que se está refiriendo es a pruebas decisivas para acreditar la culpabilidad de alguien.

Y explicó que esto es precisamente lo que está sucediendo desde el Derecho comparado y, en concreto, en la legislación norteamericana. Tal como está funcionando la fiscalía del distrito sur de Manhattan, lo que se está exigiendo es que la empresa pueda aportar pruebas que signifiquen la condena del individuo, es decir, de las personas físicas responsables del delito.

Esto genera el problema del que se está hablando en materia de investigaciones internas, a saber: la integridad de la investigación interna. No es que se contrate a alguien para tratar de defender a la persona jurídica, sino que se contrata a alguien para saber qué ha pasado, qué ha sucedido. Y esto nos lleva, precisamente, a lo que establece el artículo 2 de la LECrim, que se obtendrán pruebas a favor y en contra. Esto es lo que a alguien debió inspirar este artículo 31 quater b) del CP, que deberá reflejarse en una investigación interna que se realice “lo que favorezca y lo que perjudique”. Ahora bien, consideró Zabala, esto no es real.

Lo que se está exigiendo es que la empresa pueda aportar pruebas que signifiquen la condena del individuo

La empresa tendrá que acudir al juez, que es quien tiene esa potestad de injerencia en derechos fundamentales

Normalmente, si alguien se somete a un procedimiento penal trata de excluir su responsabilidad como puede. Por eso, cada vez que alguien habla de investigaciones internas, habla de la integridad de la investigación, de la transparencia, que son cuestiones que inspiran las nuevas normas jurídico-penales y que, precisamente, en esta materia parece que es hacia donde van.

Respecto a las investigaciones relativas a ordenadores, la tecnología también lo solucionará dentro de muy poco tiempo. Ya existen diferentes sistemas y diferentes equipos tecnológicos que distinguen absolutamente lo que estás realizando: si es personal o no. De hecho, los bancos americanos que más evolucionados tienen estos sistemas de *compliance*, precisamente porque están monitorizados por el Departamento de Justicia estadounidense, están entregando los equipos informáticos y los terminales móviles en propiedad al empleado para así evitar los problemas que ha habido con investigaciones internas que pueden afectar a la intimidad.

Potestad de injerencia en derechos fundamentales

Por su parte, Gonzalo Aranda, magistrado y letrado del Tribunal Constitucional, estimó que “respecto a las pruebas que se refieren a atenuantes, no hay una disociación entre el hecho constitutivo de la atenuante y la prueba de la atenuante sino que el hecho constitutivo de la atenuante es la propia prueba, lo que significa que hay una presunción de legalidad: hay que presumir que todas las pruebas orientadas a acreditar esta atenuante, en principio, son legítimas y lícitas”.

Señaló Aranda que la empresa puede intentar, indirectamente también, a través de una resolución judicial, aportar pruebas. Si una persona jurídica no puede aportarlas porque, por ejemplo, no tiene capacidad al afectar a un derecho fundamental, tendrá que acudir a quien tiene esa potestad de injerencia en derechos fundamentales -por ejemplo si la empresa cree que el trabajador en su correo privado tiene información relevante que atenuaría y que permitiría aportar una prueba, la empresa no la puede practicar, tiene que pedirle autorización al juez-.

También explicó que cuando sea necesaria alguna medida de compulsión jurídica para obtener la prueba por ejemplo, si no puede citar al empleado porque se niega a declarar ante nadie de la compañía, necesitará la colaboración judicial. “Se pudiera pensar que en estos casos no hay una posición relevante por parte del representante de la persona jurídica y, por lo tanto, sería causa de exclusión de la atenuante”, aseguró. Y en su opinión, sin embargo, hay que entender que lo que hay es un intento razonable y de suficiente entidad de colaborar que no se puede prestar por los propios medios de la persona jurídica y el hecho de que ésta acuda al auxilio de la jurisdicción no significa que deba ser un obstáculo para la aplicación de la circunstancia atenuante, aunque no se lleve, en sentido estricto, a partir de los *propios medios*.

En estos casos en que la aportación no la realiza la propia persona jurídica sino que hay que acudir a la autoridad judicial, pudiera plantearse la posibilidad de aplicar la atenuante de forma analógica. Sin embargo, continuó razonando Aranda, sin excluir del todo esta posibilidad, encuentra en este punto dos inconvenientes: por un lado, el propio artículo 31 quater del CP que establece un *numerus clausus* de atenuantes -sólo- y eso, en principio, es incompatible con acudir a la analogía y, por otro lado, lo previsto en el artículo 21.7ª del CP que se refiere a “cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”, excluyendo por tanto las atenuantes que están en otro artículo diferente, como es el caso.