27/08/2023

Investigaciones internas, la tierra de nadie

Las investigaciones internas están marcando el presente y el futuro. Es urgente una norma que aporte seguridad, delimite la legalidad de las pruebas y garantice su traspaso leal al proceso penal

Las investigaciones internas se han convertido en un fenómeno jurídico de primer orden, que precede o acompaña ya a cualquier proceso penal importante. Paradójicamente, avanzan en medio de una especie de limbo jurídico, lleno de contradicciones y que demanda urgentemente una regulación clara.

Hace unos meses, el Magistrado Manuel Marchena lamentaba públicamente que la ley 2/2023 de Protección al Denunciante haya introducido una nueva figura de investigador de hechos delictivos, **el denominado responsable del sistema de los canales de denuncia**, que se suma a las del juez instructor, el fiscal y la policía, dispersando la unidad de la investigación que corresponde a la jurisdicción penal.

Desde mi admiración por su enorme talla de jurista, **tengo que discrepar**. Las investigaciones —y, por tanto, los investigadores— de los delitos que comprometen penalmente a las corporaciones hace tiempo que tomaron tierra en España, de la mano de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El art. 31 quater del Código Penal premia a las organizaciones acusadas que aporten espontáneamente a los tribunales pruebas nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades. El sistema estimula y espera de ellas esas pruebas.

Desde mi admiración por su enorme talla de jurista, tengo que discrepar. Las investigaciones —y, por tanto, los investigadores— de los delitos que comprometen penalmente a las corporaciones hace tiempo que tomaron tierra en España, de la mano de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El art. 31 quater del Código Penal premia a las organizaciones acusadas que aporten espontáneamente a los tribunales pruebas nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades. El sistema estimula y espera de ellas esas pruebas.

Claro que tiene que haber investigadores.

En realidad, la llegada a España de la responsabilidad penal corporativa transformó considerablemente la práctica del Derecho Penal, obligando a redefinir conceptos y fórmulas que, hasta entonces, parecían esculpidas en mármol. Pero este es el Derecho Penal del futuro, el que ha querido nuestro legislador, y una pieza esencial de él es la **colaboración público-privada en la investigación de los delitos**. Las investigaciones internas ahorran costes y esfuerzos ingentes al Estado y permiten a las organizaciones conocer los hechos de primera mano y preparar, informadamente, su estrategia de defensa y/o colaboración. **Las dos partes ganan, el sistema gana**.

Aunque naturalmente, no es tan simple. En medio, y en juego, están los derechos fundamentales de los empleados investigados. Las garantías frente a una acusación son conquistas de muchos siglos de civilización, que no pueden banalizarse, por pragmatismo o ahorro.

Las investigaciones se han convertido en una realidad omnipresente. En general, los investigadores se esfuerzan por conjugar la eficacia en la búsqueda de los hechos con la seguridad jurídica —incluida, por cierto, la suya propia—. En realidad, todo suena casi milagroso, porque **lo hacen en medio de un desierto normativo y entre vaivenes de la jurisprudencia** .

La primera cuestión ardua fue la validez de los accesos a los ordenadores de empleados sospechosos. Pese al rotundo reconocimiento de la jurisdicción social, en las últimas décadas, de las facultades de control del empresario, sin más requisito que advertir claramente que los equipos informáticos son un canal abierto y sin expectativas de privacidad, la sentencia 528/2014 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo —que reclamaba autorización judicial para la apertura de correos electrónicos del empleado, por entender que afectaba al secreto de las comunicaciones— supuso un frenazo en seco a lo que parecía una tendencia imparable y coherente con las severas obligaciones de control que la llegada del compliance había impuesto a las organizaciones. Aunque posteriormente el Supremo matizó aquella sentencia, **no ha llegado a recuperarse un criterio seguro y que devuelva la confianza**. Además, en 2017, el Tribunal de Estrasburgo dictó la denominada sentencia Barbulescu, fijando un conjunto de criterios para valorar la legalidad de estos accesos (el conocido como test Barbulescu) teóricamente impecables, pero cuya puesta en práctica deja demasiadas incertidumbres.

Algo parecido ocurre con las entrevistas a **empleados sospechosos**. Por su relación laboral y sumisión al programa de compliance, se supone que tienen obligación de colaborar para esclarecer cualquier cuestión relativa a su trabajo. Pero si el contenido de esas entrevistas puede ser traspasado a un futuro proceso penal, **es plausible que el empleado no sea obligado a decir/hacer nada que le autoincrimine**, ni a declarar contra su voluntad. La experiencia de las investigaciones norteamericanas de hace años (especialmente en los tiempos terribles del Memorándum Thompson), incluyeron coacciones a empleados, propiciadas desde la Fiscalía, que pondrían los pelos de punta a cualquier sensibilidad jurídica europea. En las organizaciones priman los criterios de prudencia, **pero la cuestión sigue huérfana de una delimitación legal clara y acorde con su enorme transcendencia**.

La sentencia 116/2017 dictada por el TS a propósito del denominado Caso Falciani fue un golpe más en la línea de flotación de este debate. Aceptando la validez de los datos y pruebas sustraídos por Hervé Falciani del banco suizo HSBC, que habían servido para condenar por delito fiscal a un empresario español, el Supremo estableció (ciertamente matizando que habrá que ponderar, siempre, las circunstancias de cada caso) que las pruebas conseguidas con infracción de derechos fundamentales, como lo eran las del Sr. Falciani, podrían ser utilizadas válidamente en juicio, si quien las obtiene no es una autoridad, policía o miembro del Ministerio Fiscal, **sino un particular que no haya estado actuando como agente camuflado del Estado, o intentando conseguir pruebas para él.**

Partiendo de esta doctrina, es inevitable cuestionarse si las pruebas procedentes de una investigación interna mal hecha —mal hecha, en definitiva, por particulares—, podrían ser tan válidas ante un tribunal como lo fueron las del Sr. Falciani en el caso de este empresario condenado. Las garantías constitucionales, **después de todo, podrían haber dejado de ser imprescindibles**.

Es una sentencia que destaca la soledad normativa que se respira en esa especie de tierra de nadie en que viven las investigaciones internas.

En otro sentido, y sobre este incierto panorama, la ley 2/2023 de Protección al Denunciante **añadió otro considerable destrozo**. Su art. 9.2.j) obliga a poner inmediatamente en conocimiento del fiscal cualquier hecho que llegue al canal de denuncias y que pueda ser constitutivo de delito. Esta norma se halla en absoluta contradicción con el artículo 118.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y con el derecho de cualquier ciudadano a no denunciarse ni autoincriminarse. ¿Por qué habría de hacerlo la persona jurídica, que tiene exactamente los mismos derechos que la persona física? ¿Por qué no utilizar la información recibida del canal, para completar su investigación, revisar sus controles, etcétera, y decidir su postura, como cualquier ciudadano?.

Son solo unos ejemplos de cuestiones esenciales y sin resolver que esperan su turno. Las investigaciones internas están marcando el presente y van a marcar el futuro. **Es urgente una norma que les dé seguridad, delimite la legalidad de las pruebas y garantice su traspaso leal al proceso penal.**

* **Diego Cabezuela Sancho** es director jurídico de Círculo Legal.

Autor: Diego Cabezuela

Fuente: elconfidencial.com

LINK DE LA NOTICIA