



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Facultat de Dret
Facultad de Derecho

FACULTAD DE DERECHO

GRADO EN DERECHO

TRABAJO FIN DE MASTER

CURSO ACADÉMICO [2018-2019]

TÍTULO:

ACTORES Y ACTUACIONES EN LA PRECONSTITUCIÓN DE LA PRUEBA EN
EL PROCESO PENAL CONTRA LA PERSONA JURÍDICA

AUTORA:

MARI CARMEN ARANDA MARTÍNEZ

TUTORA ACADÉMICA:

DRA. D^a MERCEDES FERNÁNDEZ LÓPEZ

ÍNDICE	2
INTRODUCCIÓN	3
I. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL CONTRA LA PERSONA JURÍDICA	
1.1. Principios básicos de la prueba: oralidad, inmediación, contradicción y publicidad. Presunción de inocencia y prueba preconstituida.....	6
II. LA PRECONSTITUCIÓN DE LA PRUEBA FUERA DE LA INSTRUCCIÓN PENAL	
1.1 Compliance Officer, funciones y poderes.....	12
1.2 Medios de obtención de información que forman parte del programa de cumplimiento normativo. En especial, el canal de denuncias.....	21
1.3 Whistlerblower. Protección y defensa fuera y dentro del proceso penal.....	32
1.4 Limitaciones de las investigaciones internas y su importancia en el proceso penal.....	47
III. PRUEBA LÍCITA Y PRUEBA PROHIBIDA	
1.1 La prueba de cargo y el “debido control” como prueba de descargo.....	59
1.2 Problemática procesal. La prueba prohibida.....	64
IV. DIFERENCIAS ENTRE LAS INVESTIGACIONES INTERNAS DEL COMPLIANCE OFFICER Y DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN REALIZADAS POR LA AUTORIDAD POLICIAL, FISCAL O JUDICIAL ENCARGADA DE LA INVESTIGACIÓN	
	68
CONCLUSIONES	73
BIBLIOGRAFÍA	75

INTRODUCCIÓN

El convencimiento en la doctrina jurídica viaja cada vez más hacia un mismo sentido, a pesar de las voces discrepantes o de las distintas interpretaciones que suman valor a la institución de la responsabilidad penal de la persona jurídica. El cumplimiento del derecho como valor ético y como cultura de cumplimiento choca de frente con muchos otros pilares del mundo de la empresa, especialmente cuando los únicos objetivos en el horizonte de la organización se enmarcan dentro del ámbito económico ⁽¹⁾.

En referencia a la aparición en nuestro ordenamiento jurídico de los programas de cumplimiento normativo, cabe analizar que durante los últimos cien años se utiliza la fuerza coactiva del derecho, la ética y la cultura empresarial con objetivos también económicos, y así empezó la protección de los inversores en los años 70, por ejemplo, con la función desarrollada por la *Securities and Exchange Commission en EEUU*, el establecimiento de controles internos para prevenir la corrupción mediante la *Foreign Corrupt Practices Act*, también en *EEUU* en 1977, siendo en los años 90 los programas de cumplimiento normativo una herramienta fundamental para la lucha contra la corrupción que perseguía una mejor gestión de la transparencia en los mercados de valores. Hasta llegar a las *Guidelines for Sentencing Organizations* en 1991, que más ampliamente trata de establecer los criterios más efectivos en los programas de cumplimiento normativo en busca de promover una cultura de cumplimiento en las organizaciones y que posteriormente, con una orientación más punitiva, fue modificada por la *Ley Sarbanes Oxley Act en EEUU*, en 2004, con unas medidas de organización interna que debían contar con un código ético y un canal de denuncias anónimas. En Europa, fueron impulsados por la Comisión Europea, consagrados en convenciones internacionales como las de la OCDE y Naciones Unidas, además de la aprobación de una base legal cada vez más amplia ⁽²⁾.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en su artículo 26, enuncia que “Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención” ⁽³⁾.

(1) BACIGALUPO, E. *Compliance y Derecho Penal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011, pág 17-18.

(2) https://revistainternacionaltransparencia.org/wp-content/uploads/2017/12/carolina_diaz_romero.pdf

(3) http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ecu_anexo16.pdf

Dentro del Derecho Penal de empresa, se establece el marco de actuación del gobierno corporativo, el cual tiene mucho que ver con los actuales programas de cumplimiento normativo, y que establece como temas fundamentales a tratar, el control, la transparencia, la prevención y el abuso de poder ⁽⁴⁾.

Así, llega en el año 2010 a nuestro Código Penal (CP) la responsabilidad penal de la persona jurídica, desde la autorregulación estimulada o coaccionada que tiene como propósito que se adopten los mecanismos internos de control necesarios para evitar el delito en el seno de la organización empresarial, estableciendo de este modo un control estatal a la autorregulación mediante sanciones positivas o negativas ⁽⁵⁾.

A cambio, por su capacidad de prevenir, controlar y colaborar a evitar la actividad delictiva, la persona jurídica será beneficiaria de las circunstancias modificativas, atenuantes o eximentes, que establece el artículo 31bis 2 y 4 y 31bis quáter del Código Penal.

A pesar de haber pasado ocho años desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y la posterior Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, esta institución jurídica sigue siendo una de las grandes preocupaciones para la doctrina. Dentro de la mismas, y a la que se hace referencia en este trabajo, se encuadra la necesidad de una mayor concreción en referencia a la prueba tanto de cargo como de descargo, de modo que se le dote de una mayor seguridad jurídica.

La nueva composición de la prueba preconstituida, que se da con los programas de cumplimiento normativo, arrastra a todos los elementos que los conforman a prestar atención a los controles preprocesales, que deberán ser tenidos en cuenta no solo en la persona jurídica, sino también en los entes sin personalidad jurídica que están comprendidos en el artículo 129 del CP.

(4) NIETO MARTÍN, A. *Derecho Penal Económico y de la empresa*. Ediciones Olejnik. Santiago-Chile, 2018, pág 151-164.

(5) NIETO MARTÍN, A. *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Tirant Lo Blanch. 2015. “Las normas de cumplimiento normativo destinadas a evitar la responsabilidad penal de la empresa son un claro ejemplo de autorregulación estimulada o coaccionada, pero también en ocasiones de autorregulación regulada” (pág 36).

Deben establecerse también los límites que no deben sobrepasar ni los *Compliance Officer* u órganos de cumplimiento, ni las personas que integran la organización, para no caer en una mala praxis que perjudique la defensa de la persona jurídica en el proceso penal, en perjuicio de sus derechos fundamentales y garantías procesales ⁽⁶⁾.

Las instituciones jurídicas de la prueba prohibida y la presunción de inocencia, son manifiestamente importantes en este tipo de procesos penales, al existir claros conflictos de intereses entre la persona jurídica, el empresario y los intereses y derechos de los empleados.

A su vez, la protección y defensa del *Whistlerblower* ⁽⁷⁾ se postula como una de las mayores preocupaciones relativas a esta institución jurídica, pues junto con el canal de denuncias y las investigaciones internas, son elementos y pilares fundamentales para la lucha contra la corrupción, el blanqueo de capitales, fraudes fiscales, delitos contra el medio ambiente o insolvencias punibles, entre otros.

Cuestión principal por otro lado es dar a cada elemento del programa de cumplimiento normativo la importancia que tiene en el proceso penal y cómo debemos llevarlo al mismo para conseguir una buena defensa de la persona jurídica. Para ello, es fundamental no pensar en los aspectos procesales exclusivamente cuando llegemos al proceso, sino en un estadio anterior, desde la implementación hasta la fase de vigilancia, supervisión y control.

Por último, una de las últimas sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, sentencia 318/2018, de 28 de junio, en la actuó como ponente el Excelentísimo Magistrado D. Vicente Magro Servet, afirmaba que “una buena praxis corporativa en la empresa es la de implementar estos programas de cumplimiento normativo que garanticen que este tipo de hechos no se comentan, o dificulten las acciones continuadas de distracción de dinero, o abuso de funciones que un buen programa de cumplimiento normativo hubiera detectado de inmediato” ⁽⁸⁾. Manifiesta la intencionalidad de seguir en tiempos venideros defendiendo una “cultura de cumplimiento” no sólo a nivel penal, sino en todos los órdenes jurisdiccionales y sociales.

(6) ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31bis y 129 del Código Penal*. Tirant Lo Blanch, Valencia. 2013, págs 153-154.

(7) Se analizará esta figura en el apartado 1.3. *Whistlerblower*. Protección y defensa fuera y dentro del proceso penal, pág 32.

(8) STS 318/2018, de 28 de junio.

I. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL CONTRA LA PERSONA JURÍDICA.

1.1. PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA PRUEBA: ORALIDAD, INMEDIACIÓN, CONTRADICCIÓN Y PUBLICIDAD. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRUEBA PRECONSTITUIDA.

En torno a la interpretación del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española (CE), el Tribunal Constitucional (TC) desarrolla la doctrina que llega hasta nuestros días, en la cual expone las características de la actividad probatoria y la libre valoración de la prueba ⁽¹⁾ recogida en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, (en adelante LECrim), la cual recuerda que, “El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa, y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta ley” (STS de 24 de julio de 2001, STS de 13 de febrero de 1999, STS de 1 de febrero de 1999, entre otras...). La citada doctrina recoge el derecho del acusado a ser absuelto cuando no existan auténticas pruebas de cargo, que además sean introducidas en el proceso con el respeto a los derechos fundamentales y garantías procesales, en atención al artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Por ello, debe tratarse de pruebas lícitas, practicadas en el juicio oral, bajo los principios básicos de oralidad, intermediación, contradicción y publicidad ⁽²⁾, en el cual las pruebas aportadas por las partes adquieren un auténtico valor probatorio sobre las que tendrá que pronunciarse el Juez o Tribunal ⁽³⁾. Recoge también reiterada jurisprudencia ⁽⁴⁾ la obligación de la parte acusadora de facilitar prueba válida en derecho y de suficiente entidad que demuestre la realización del hecho punible por parte del acusado, siendo necesaria además que esta actividad probatoria sea suficiente para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia ⁽⁵⁾.

(1) GIMENO SENDRA V. *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Edisofer, S.L. Madrid, 2015, pág 480.

(2) GIMENO SENDRA V. *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Edisofer, S.L. Madrid, 2015. (SSTC 174/1985, de 17 de diciembre; 109/1986, de 24 de septiembre, 63/1993, de 1 de marzo; 209/2001, 22 de octubre; 56/2003, de 24 de marzo entre otras...), pág 480.

(3) ASECIO MELLADO, J.M. *Derecho procesal penal*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág 285.

(4) GIMENO SENDRA V. *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Edisofer, S.L. Madrid, 2015. (SSTC 209/1999, 303/1993, 138/1992 y SSTC de 25 de febrero de 2004, 28 de Noviembre de 2004, entre otras...), pág 481.

(5) GIMENO SENDRA V. *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Edisofer, S.L. Madrid, 2015. (SSTC 31/1981, 107/1983, 124/1983, 17/1984, 157/1995), pág 481.

En cuanto al demandado, que en este caso será la persona jurídica, tendrá que probar en su defensa los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes que le reconduzcan a la obtención de una sentencia absolutoria ⁽⁶⁾.

Expone GIMENO SENDRA que “por actos de prueba no cabe entender exclusivamente los que se ejecutan ante la inmediación del Tribunal y bajo la vigencia de los principios de contradicción y publicidad, aunque ésta ha de ser la regla general en un proceso acusatorio, sino que también excepcionalmente en la prueba sumarial anticipada y preconstituida”. Estos actos de prueba son distintos a los de investigación e instrucción que se realizan dentro de la fase de instrucción, ya que se consideran auténticos actos de prueba, que se caracterizan por tener carácter de irrepetibles ⁽⁷⁾.

Y con esta configuración de la prueba anticipada y la prueba preconstituida, se acepta en nuestro ordenamiento jurídico la excepción a la regla general de la práctica de la prueba en el juicio oral bajo la inmediación del Tribunal ⁽⁸⁾, siendo ésta ordenada dentro de la instrucción por el Juez instructor.

Si analizamos los programas de cumplimiento normativo puede apreciarse, que los mismos se configuran, implementan y empiezan a preconstituir prueba con anterioridad, no sólo al juicio oral, sino también a la fase de instrucción, y por lo tanto fuera del proceso penal. Desde que se inicia la implementación del programa de cumplimiento normativo hasta que es requerido por la autoridad competente en el proceso penal, puede transcurrir muy poco tiempo o mucho, incluso lo normal sería que tal programa nunca tuviera que pasar por un procedimiento penal. Se trata por tanto de una preconstitución de prueba de elaboración continuada en el tiempo ya que la actividad que desarrolla la persona jurídica o sus características están en constante cambio y, por ello, necesita ser adaptada de forma idónea y eficiente al plan de cumplimiento normativo para cumplir los requisitos exigidos por el artículo 31 bis 5 del Código Penal.

(6) GIMENO SENDRA, V. *Manual de Derecho Procesal*, 4ª Edición, Colex. Madrid, 2014, pág 428.

(7) GIMENO SENDRA.V. *Derecho procesal penal*. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona, 2015, págs 443-444.

(8) GIMENO SENDRA V. *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Edisofer, S.L. Madrid, 2015. (SSTC 80/1986, 37/1988, 103/1995, entre otras...), pág 481.

No obstante, ASECIO MELLADO ya advierte que la construcción jurisprudencial de la prueba preconstituida no permite una definición nítida. De hecho considera que en sentido estricto, “el término es complejo pues la prueba preconstituida ni es prueba como tal, al ser un acto de investigación que adquiere posteriormente valor probatorio, ni es preconstituida, pues no se ejecuta con anterioridad ni al margen del proceso, sino en el propio proceso en sus fases anteriores al juicio oral”. Por lo tanto, entendido así, el término adquiere mayor consistencia y entidad cuando la prueba preconstituida sí es considerada como una auténtica prueba y además es realizada con anterioridad y al margen del proceso penal, pudiendo hablar así de la existencia del sentido estricto de la misma ⁽⁹⁾.

En la misma línea que indica este autor sobre la prueba preconstituida, se puede concluir que los programas de cumplimiento normativo sí constituyen una prueba preconstituida en sentido estricto, que adquirirá pleno valor probatorio con su aportación al procedimiento (como cualquier otra prueba documental), en el juicio oral, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en la LECrim, pero que por la finalidad que persigue, se ejecuta siempre con anterioridad y al margen del proceso ⁽¹⁰⁾.

Por ello, esta prueba preconstituida, los programas de cumplimiento normativos, son distintos a los actos de prueba llamados también prueba preconstituida que se dan en la fases instructora, ya que no cumple con las características formales (temporales y personales) que describen esta última prueba preconstituida comúnmente aceptada hasta ahora por la doctrina ⁽¹¹⁾. Los programas de cumplimiento normativos, entendidos como prueba preconstituida en sentido estricto, se llevan a cabo fuera del proceso penal y no se realizan por el Juez instructor, ni participan en su práctica la policía judicial ni el Ministerio Fiscal. Así, dentro de su función de preconstituir prueba para la defensa de la persona jurídica, sí realizan una preactividad de aseguramiento de los elementos de una posible prueba indiciaria (hecho base o indicios, hecho presumido y nexo o relación causal) y de recogida de otro tipo de posibles pruebas, que podrán ser aportadas, tras la oportuna investigación en la fase de instrucción, al juicio oral, adquiriendo, ahí sí, valor probatorio.

(9) ASECIO MELLADO. J.M, *Derecho procesal penal*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág 292.

(10) ARANDA MARTINEZ, M.C. “Comentarios sobre la prueba en la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la problemática actual”. Alicante, 2017, págs 17-18, <http://hdl.handle.net/10045/67422>

(11) GIMENO SENDRA.V. *Derecho procesal penal*. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona, 2015, pág 450.

Queda claro con ello, que ni por la actividad que se realiza ni por quién la realiza, la implementación de un programa de cumplimiento normativo no tiene nada que ver con la prueba preconstituida que se practica en la fase instructora. Dentro de esta última, el Juez de Instrucción realiza la verdadera actividad de aseguramiento de la prueba, bien a través de la prueba anticipada, con medios de prueba como la testifical y las periciales, o con la práctica de la prueba preconstituida que básicamente será prueba documental⁽¹²⁾.

Teniendo estas consideraciones en cuenta, es fácil advertir que la prueba anticipada siempre formará parte de la fase instructora en el proceso penal, por lo tanto, nunca podrá considerarse una actuación que válidamente forme parte de un programa de cumplimiento normativo. Ni el *Compliance Officer*, como persona encargada de su implementación, supervisión y gestión, ni el órgano de administración que puede también adquirir dichas funciones según el artículo 31bis 3 del C.P y la circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado (FGE) ⁽¹³⁾, podrán, en ningún caso, practicar como medios de prueba una prueba testifical o pericial, ya que no tienen la consideración de investigadores públicos y harían un uso exorbitante de sus facultades. Ello no quiere decir que no puedan solicitar cuantos informes periciales consideren necesarios respetando los límites de sus funciones y facultades, también en cuanto a las posibles entrevistas que puedan hacer. Todo ello con independencia de que los programas de cumplimiento normativo no son la única prueba que puede aportar la persona jurídica para su defensa, ya que puede hacer uso también de los demás medios de prueba que facilita nuestra LECrim. En este sentido, sostiene NEIRA PENA que además del valor que puedan tener los programas de cumplimiento normativo como prueba documental, tanto las pruebas periciales como las testificales son también medios de prueba igualmente idóneos para acreditar la eficacia del modelo de cumplimiento normativo, siendo todos ellos medios de prueba válidos de acuerdo con los principios probatorios, garantías procesales y respeto a los derechos fundamentales ⁽¹⁴⁾.

(12) GIMENO SENDRA.V. *Derecho procesal penal*. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona, 2015, pág 444.

(13) Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, “La única especialidad que el Legislador dispensa a estas entidades consiste en eximir las del cumplimiento de la condición segunda del apartado anterior, de modo que las funciones del oficial de cumplimiento las desempeñe directamente el órgano de administración. Se mantiene, por lo tanto, la obligación de adoptar los modelos de organización y gestión, con los requisitos contemplados en el apartado 5” (pág 50).

(14) NEIRA PENA, A.M. *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Editorial Aranzadi, S.A.U. Pamplona, 2017, págs 283-286.

Es imprescindible entonces hacer una valoración de cada procedimiento y cada elemento del programa de cumplimiento desde una perspectiva preprocesal que permita, en su caso, que toda la prueba documental, así como la testifical y pericial que se utilice, quede recogida para su posterior aportación al juicio oral.

Ello no es óbice para que a través de las investigaciones internas que realice la persona jurídica para prevenir, detectar o reaccionar frente a un hecho delictivo, haya de hacerse cierta actividad investigadora, actividad que no se puede confundir con los actos de investigación que deben realizarse en la fase instructora del proceso penal.

El propio mandato del C.P (artículo 31bis 2), la jurisprudencia (SSTS 154/2016, de 29 de febrero, 221/2016, de 16 de Marzo, 516/2016, de 13 de Junio y 318/2018, de 28 de Junio), la última Circular de la Fiscalía General del Estado (Circular 1/20116) y el Derecho Comparado (EEUU, Francia, Portugal, Chile, entre otros.) ya establecen los programas de cumplimiento como una prueba preconstituida que se configura con anterioridad al juicio oral y que será utilizada como prueba documental para atenuar o eximir a la persona jurídica de la responsabilidad penal en la que pueda incurrir. En el ordenamiento jurídico español, es el artículo 31bis 5 ⁽¹⁵⁾ de nuestro Código Penal el que establece los primeros elementos y requisitos que deben cumplir los programas de cumplimiento junto con las directrices de la Fiscalía General del Estado y lo señalado hasta ahora por la jurisprudencia.

(15) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Art. 31bis 5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

- 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
- 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.
- 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
- 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
- 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
- 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

Además contamos, entre otras, con las normas UNE-ISO19600:2014, “Sistemas de Gestión de Compliance. Directrices”, UNE-ISO 31000:2010 “Gestión del Riesgo. Principios y Directrices”, UNE-ISO 37001:2017 “Sistemas de Gestión Antisoborno”, UNE-EN 31010:2011 “Gestión del Riesgo. Técnicas de apreciación del riesgo”, y UNE 19601 sobre “Sistemas de Gestión de Compliance Penal” aprobada en 2017 ⁽¹⁶⁾. Estas últimas tampoco pueden garantizar un riesgo cero pero si marcan los criterios, directrices y procedimientos seguidos por la práctica empresarial que se alinean con la legislación y la jurisprudencia para que ser más efectivas en la gestión del riesgo.

Como conclusión cabe decir que este nuevo concepto de prueba preconstituida cambia el panorama hasta ahora aceptado doctrinalmente, y cabría la distinción de ambos tipos de pruebas preconstituidas, por un lado la realizada en la citada fase instructora en el proceso penal, y por otro, aquella que podríamos llamar prueba preconstituida en sentido estricto que se realiza fuera de dicha fase y al margen del proceso. Ambas son excepciones a la práctica de la prueba en el juicio oral, pero que resultan aceptadas en el ámbito del proceso penal, siempre que cumplan con todas las garantías para su aportación al proceso.

(16) ARANDA MARTINEZ, M.C. “Comentarios sobre la prueba en la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la problemática actual”. Alicante, 2017:“Las dos primeras son normas elaboradas por la Organización Internacional de Normalización (ISO) que han sido adaptadas o transcritas a una norma europea (UNE-ISO), cuya función principal es la estandarización de las normas de productos y servicios para las empresas u otras organizaciones a nivel internacional. Por otro lado, están las normas europeas que son ratificadas y adoptadas como norma española (UNE-EN) que son elaboradas por el Comité Europeo de Normalización, y que, al igual que la anterior, buscan la unificación de criterios que sustituyan a los propios de cada país. Estas últimas son ratificadas por la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) (págs 15-16). <http://hdl.handle.net/10045/67422>

II. LA PRECONSTITUCIÓN DE LA PRUEBA FUERA DE LA INSTRUCCIÓN PENAL

1.1 COMPLIANCE OFFICER, FUNCIONES Y PODERES.

El *Compliance Officer* se ha convertido en estos últimos años en una de las figuras en el ámbito jurídico con mayor indefinición. Su llegada al ordenamiento jurídico español no ha quedado exenta de polémica e incompreensión en el mundo empresarial. Se sustancia teóricamente en una base jurídica escasa y que genera, a día de hoy, una gran inseguridad jurídica tanto para la persona o personas ⁽¹⁷⁾ que ostentan dicho cargo como para la propia persona jurídica.

Mucho se ha discutido sobre la necesidad de elaboración de un estatuto profesional propio del *Compliance Officer*, principalmente y como señala ENSENYAT DE CARLOS “para que se definan claramente cuáles son sus funciones y qué herramientas deben tener para ejercerlas de forma efectiva; y la necesidad de que se dote a este responsable de cumplimiento de las garantías de independencia, autoridad y recursos suficientes para que pueda cumplir su función y se cumpla el objetivo para el que se ha creado” ⁽¹⁸⁾ .

Pero lo que tenemos hasta este momento son pequeños avances realizados por asociaciones y expertos profesionales tratando de arrojar luz sobre la cobertura legal existente en nuestro ordenamiento jurídico que pueda ser aplicada a esta figura desde el ámbito laboral o como profesional independiente ⁽¹⁹⁾. Todas estas cuestiones acaban mermando la seguridad del *Compliance Officer* en sus actuaciones, decisiones, realización de informes e incluso en las recomendaciones o asesoramiento a los miembros de la propia persona jurídica, siendo las consecuencias que les puede reportar a todos ellos en muchos casos gravosas e indeterminadas.

(17) Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado. “dependiendo del tamaño de la persona jurídica, podrá estar constituido por una o por varias personas, con la suficiente formación y autoridad, por ello nada impide que pueda ser un órgano colegiado en las grandes empresas” (pág 47).

(18) ENSENYAT DE CARLOS, S. <https://confilegal.com/20180131-profesionales-del-cumplimiento-normativo-reclaman-un-estatuto-profesional-propio/>

(19) ESTATUTO GENERAL DE LA PROFESION DE COMPLIANCE OFFICER. ASOCIACIÓN CUMPLEN. 2015. <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/Estatuto-Profesional-del-Compliance-2.pdf> y ROJAS ROSCO, R. “Labour Compliance: Hacia el nuevo Estatuto Laboral del Compliance Officer”. El Derecho. 2016. <https://elderecho.com/labour-compliance-hacia-el-nuevo-estatuto-laboral-del-compliance-officer>

Ni en el análisis del precepto legal, artículo 31bis del CP ni en ningún otro precepto del ordenamiento español se define la figura del *Compliance Officer*. Incluso autores como DOPICO GÓMEZ-ALLER, LASCURAIN Y NIETO ⁽²⁰⁾ ponen en duda y manifiestan que es un error considerar que el *Compliance Officer* es el órgano al que se refiere el citado artículo en su apartado segundo. Tampoco se define cuáles son exactamente las funciones y poderes del oficial de cumplimiento, sin embargo, aparece el término “autonomía” que a su vez lleva implícito el término “independencia” e “imparcialidad” como condición *sine qua non* para la finalidad que persigue. Bajo esta interpretación podemos extraer tres parámetros que nos permiten encuadrar la naturaleza y el estatuto profesional del *Compliance Officer*, y que además son también advertidos en la Circular 1/2016 de la FGE.

El primer parámetro es que el *Compliance Officer* deberá ser “un órgano de la persona jurídica”, creado específicamente por la misma y designado por su órgano de administración para asumir las funciones que son inherentes a su cargo. Esta vinculación podrá ser laboral, pero podrá externalizarse algunas de las actividades que debe realizar, sobre todo en el caso de grandes empresas. En segundo lugar, deberá ejercer sus funciones “con poderes autónomos de iniciativa y de control”, evitando posibles conflictos de intereses con la actuación del órgano de administración u otros órganos directivos. Y el tercero, y último, desempeñará su cargo sin incurrir en “omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control”, ya que si se produce una omisión voluntaria de sus obligaciones, se podría calificar como una omisión grave, y por lo tanto, derivar una posible responsabilidad penal sobre el mismo, sin perjuicio de la responsabilidad laboral que pudiera conllevar por el incumplimiento contractual de sus obligaciones como *Compliance Officer*, incluyendo el despido disciplinario de los artículos 54 y 55 del ET ⁽²¹⁾.

A pesar de los intentos interpretativos para articular un supuesto estatuto profesional del *Compliance Officer*, sigue sin tener una configuración precisa que defina un perfil claro y sus características como profesional, supuesto que sí parece estar resuelto en una figura análoga, como es el Delegado de Protección de Datos (DPO).

(20) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. en FRAGO AMADA, J.A. *Actualidad Compliance 2018*. Editorial Aranzadi S.A.U. 1ª Edición. Pamplona. 2018, págs 217-219 y <https://almacenederecho.org/urgente-dos-organos-cumplimiento-las-empresas/>

(21) ROJAS ROSCO, R. “Labour Compliance: Hacia el nuevo Estatuto Laboral del Compliance Officer”. *El Derecho*. 2016. <https://elderecho.com/labour-compliance-hacia-el-nuevo-estatuto-laboral-del-compliance-officer>

La necesidad de que tenga un marco normativo establecido es clave para su independencia y seguridad laboral, al igual que para aportar una mayor seguridad jurídica a la propia persona jurídica, ya que el fin de sus actuaciones es la eliminación de riesgos penales. El desarrollo de esta actividad conlleva decisiones y actuaciones que, en su caso, podrían derivar algún tipo de responsabilidades civiles y/o penales.

Puestos en contexto sobre el panorama actual de esta figura, paso a explicar por qué y cómo llega a nuestro ordenamiento jurídico. Fue con el desarrollo del artículo 31 bis del Código Penal en el año 2010 ⁽²²⁾, donde cambió definitivamente la concepción del legislador español respecto a la responsabilidad penal de la persona jurídica (*societas delinquere non potest a societas delinquere potest*), y en el que se detalla, *obiter dicta*, los requisitos que debe cumplir la persona jurídica para dejar constancia de la existencia de un “debido control” que le permita atenuar o evitar su responsabilidad penal. En la siguiente reforma del Código Penal, del año 2015 ⁽²³⁾, sí se realiza un detalle más sistemático, aunque aún con demasiadas lagunas, sobre una cuestión tan básica e imprescindible como el encaje de la figura del Oficial de Cumplimiento o *Compliance Officer* como pieza clave en el diseño, implementación, gestión y supervisión del desarrollo del programa de cumplimiento o modelo de prevención. Si de la lectura literal del artículo 31 bis 2.1º del CP se extrae que el encargado del diseño e implementación del programa de cumplimiento es el órgano de administración, es necesario precisar que la Circular 1/2016 de la FGE, sí aconseja que sea el oficial de cumplimiento la persona que participe en el diseño e implementación, por lo que el órgano de administración podrá servirse de él para el cumplimiento de sus obligaciones ⁽²⁴⁾.

(22) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 31 bis. Apartado 4 d) “Haber establecido antes del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse en los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.”

(23) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 31 bis. Código Penal 2015. Apartados 2. (...) “2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;”, (...) “4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª.” y apartado 5. (...) “4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención”.

(24) Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado: “Deberá participar en la elaboración de los modelos de organización y gestión de riesgos y asegurar su buen funcionamiento, estableciendo sistemas apropiados de auditoría, vigilancia y control para verificar, al menos, la observancia de los requisitos que establece el apartado 5 del artículo pues un ejercicio insuficiente de sus funciones impedirá apreciar la exención, como establece la cuarta y última condición del apartado 2” (pág 47).

Ello nos lleva a concluir que, aunque la responsabilidad de diseñar e implementar el modelo de prevención sea competencia del órgano de administración de la persona jurídica, no quiere decir que éste no puede encargar, bajo su supervisión, el diseño e implementación al *Compliance Officer* ⁽²⁵⁾.

La figura del Oficial de Cumplimiento llega a nuestra cultura ética y jurídica como una analogía o reproducción de los sistemas establecidos en los países anglosajones que no estaba prevista en nuestro ordenamiento jurídico. El Oficial de Cumplimiento será el responsable del cumplimiento de las conductas éticas que se configuran como base de la Responsabilidad Social Corporativa, la Ética Empresarial o Corporativa y el Buen Gobierno Corporativo. Por otro lado, también será la persona o personas encargadas de configurar el sistema de autorregulación normativo de la persona jurídica, es decir, será el responsable del cumplimiento de las obligaciones legales que puedan dar lugar a un riesgo para aquella ⁽²⁶⁾. Así, con la suma de ambas, el Oficial de Cumplimiento representa el compromiso con el establecimiento de una “cultura de cumplimiento” dentro de cada organización.

Pasando a analizar de entre las dos cuestiones anteriores (cultura ética y cultura jurídica), la que ahora nos ocupa respecto al Oficial de Cumplimiento, que sería la segunda de ellas, hay que hacer un pequeño desarrollo de aquella función o finalidad supervisora que en general le ha sido encomendada ⁽²⁷⁾, ya que el texto legal no ofrece un contenido expreso de la misma. También es fundamental determinar qué poderes tiene conferidos para realizar dicha finalidad, y todo ello con la ayuda de la breve información del CP y de la Circular 1/2016 FGE.

(25) GARCIA GARCIA V. “Funciones específicas que se le deben asignar al compliance officer penal”. *El Derecho*. 2015. <https://elderecho.com/funciones-especificas-que-se-le-deben-asignar-al-compliance-officer-penal#>

(26) CUENCA MÁRQUEZ, J. y CABECERANS CABECERANS, J. “Compliance Officer y los límites constitucionales de sus investigaciones”. *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 2/2015. Editorial Aranzadi, S.A.U. 2015

(27) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Art.31bis 2. (...) 2ª “la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado”, y 4ª (...) “no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2ª”.

En referencia a los objetivos que debe cumplir el programa de cumplimiento normativo hay que tener en cuentas los tres pilares fundamentales del mismo, la prevención, la detección y la reacción. Sobre estos pilares se desarrollará la supervisión del *Compliance Officer* como función o finalidad, que de forma más concreta se centra en dos aspectos: por un lado, aquella que se realiza en la fase de diseño e implementación, donde debe asegurarse que el programa de cumplimiento es el solicitado, presentado y aprobado por el órgano de administración y que cumple con los requisitos establecidos por el propio CP (artículo 31 bis 5). Cabe apuntar aquí que “siempre corresponderá al órgano de administración establecer la política de control y gestión de riesgos de la sociedad y su supervisión, que en las sociedades cotizadas tiene la condición de facultad indelegable [art. 529 ter b) Ley de Sociedades de Capital (LSC)]” ⁽²⁸⁾. Por otro lado, el *Compliance Officer* debe realizar una labor de supervisión diaria del propio funcionamiento del programa de cumplimiento, con tareas de gestión del modelo en su conjunto, gestión del riesgo, con la elaboración y verificación del mapa de riesgos y la valoración del mismo, labor de vigilancia y control del personal de la organización, con facultades de asesoramiento y recomendaciones, información y formación sobre el modelo de prevención al personal de la empresa, creación de un código ético con un sistema disciplinario que sancione los incumplimientos del programa, gestión del canal de denuncias e investigaciones internas así como revisión y modificación del programa de cumplimiento si fuera necesario tras encontrar deficiencias o incumplimientos que puedan ser corregidos para conseguir un sistema de prevención de riesgos más eficaz ⁽²⁹⁾.

De todas las actuaciones citadas en los párrafos anteriores, debe quedar constancia documental, clasificada y archivada, mediante informe periódicos sobre el estado de riesgo y sobre las incidencias que vayan surgiendo, pero también la realización de informes específicos sobre actuaciones concretas, además de la participación del *Compliance Officer* en los Comités y órganos de Control de la organización para que pueda informar a la alta dirección, ya que la misma es la responsable final ⁽³⁰⁾.

(28) Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, pág 49.

(29) Al tratarse de una figura que no tiene una definición expresa y específica en nuestro ordenamiento jurídico para hacer referencias a su labor de supervisión cabe extraer sus funciones tanto de lo expresado en el CP, la Circular 1/2016 de la FGE así como de los antecedentes en Auditoria de Sistemas de Gestión de Riesgo para la implementación de las normas UNE. De forma más específica, en este caso, la norma UNE 19601 de Sistemas de Gestión de Compliance Penal.

(30) ENSEÑAT DE CARLOS, S. *Manual del Compliance Officer. Guía práctica para los responsables de Compliance de habla hispana*. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona, 2016, págs 135-138.

Esta información tiene un grado muy alto de confidencialidad en beneficio de la propia persona jurídica, ya que es, a la vez, la información más deseada para la configuración de las diligencias de investigación en la fase de instrucción del proceso penal.

El hecho de que el programa de cumplimiento tenga que contemplar un sistema disciplinario frente a su incumplimiento, no significa que el *Compliance Officer* tenga atribuida la facultad sancionadora, ya que esta no es de su competencia. Ello no es óbice para que pueda proponer sanciones al órgano de administración, con el fin de que exista un cumplimiento de programa generalizado.

En cuanto a las potestades o poderes que tiene atribuidos, tienen que quedar especificados de forma clara y ser asumidos expresamente, con conocimiento de todas las partes que forman la organización, pues una actuación exorbitante de los mismos o una conducta omisiva pueden acarrear consecuencias penales tanto para la persona física, (que se podría situar en el mismo plano de garante en referencia con el órgano de administración, socios y directivos)⁽³¹⁾ como para la persona jurídica, a la cual puede que no se le aplique la exención o atenuación por su posible responsabilidad penal⁽³²⁾.

(31). Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado: “Es preciso realizar, por último, una referencia a la posición del oficial de cumplimiento en relación con su responsabilidad penal y la de la persona jurídica. Por un lado, el oficial de cumplimiento puede con su actuación delictiva transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica a través de la letra a) puesto que, como se ha dicho, está incluido entre las personas que ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. Por otro lado, puede ser una de las personas de la letra a) que al omitir gravemente el control del subordinado permite la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica. En este supuesto, la omisión puede llevarle a ser él mismo penalmente responsable del delito cometido por el subordinado. Finalmente, si el oficial de cumplimiento omite sus obligaciones de control, la persona jurídica en ningún caso quedará exenta de responsabilidad penal (condición 4ª del art. 31 bis 2). De conformidad con este planteamiento, la exposición personal al riesgo penal del oficial de cumplimiento no es superior a la de otros directivos de la persona jurídica. Comparativamente, su mayor riesgo penal sólo puede tener su origen en que, por su posición y funciones, puede acceder más frecuentemente al conocimiento de la comisión de hechos delictivos, especialmente dada su responsabilidad en relación con la gestión del canal de denuncias y siempre que la denuncia se refiera a hechos que se están cometiendo y que, por tanto, el oficial de cumplimiento pueda impedir con su actuación.” (págs 49-50).

(32) Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado: “partiendo de que el art. 31 bis establece un sistema de responsabilidad indirecta o vicarial conforme al cual el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica descansa en un hecho ajeno, y no en un hecho propio, la comisión del delito por las correspondientes personas físicas en las condiciones que exige el precepto determinará la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica. Ello comporta que con el delito de la persona física nace también el delito de la persona jurídica la cual, no obstante, quedará exenta de pena si resulta acreditado que poseía un adecuado modelo de organización y gestión”. Este planteamiento no es más que la extensión que ha facilitado la propia FGE, en cuanto a que se trate de una responsabilidad vicarial la de la persona jurídica, pero como veremos, queda aclarado jurisprudencialmente que no es así puesto que el Tribunal Supremo considera que la responsabilidad de la persona jurídica es por el hecho propio, es decir, autorresponsabilidad, (pág 56).

Estos poderes no son absolutos ni ilimitados, sino que deben de ajustarse al desarrollo de sus actuaciones, de forma proporcional, con respeto a los derechos fundamentales que puedan hallarse en conflicto, tanto del personal directivo y representantes legales como del resto de personas subordinadas a la persona jurídica, vinculados laboralmente o que formen parte de su estructura mercantil. Sin olvidar, en ningún caso, que la jurídica también tiene atribuidos los mismos derechos fundamentales y garantías procesales que puedan tener las personas físicas ⁽³³⁾, salvo aquellos que sean de imposible aplicación por tratarse de una “ficción jurídica” ⁽³⁴⁾. Ambas cuestiones (las funciones y los poderes que tiene atribuidos) son los parámetros que debemos analizarse para entender las consecuencias de sus actuaciones en relación con el material fáctico y probatorio obtenido en la labor de supervisión y control del programa de cumplimiento para su uso en el proceso penal ⁽³⁵⁾.

El hecho de que no se mencione expresamente al *Compliance Officer* en el Código Penal, ya advierte de que se trata de una figura de construcción imprecisa en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que hay que configurar su perfil más exacto sin contar con demasiado sustrato jurídico. El abogado interno (*abogado in house*), auditores internos o responsables de recursos humanos de la persona jurídica, entre otros sujetos, son algunos de los llamados actualmente a asumir el papel de *Compliance Officer*, en el ámbito interno de la empresa, sin perjuicio de la externalización de algunas de las funciones que pueda considerar adecuadas la propia organización. No obstante, no existe una solución pacífica y segura que encuentre un consenso generalizado en el sector profesional ni en el ámbito judicial, por ello, se perfila como una de las tareas más complicadas a resolver tanto por el Poder ejecutivo, como el legislativo, y el judicial.

(33) La STS 514/2015, 2 de septiembre, “... ya se optara por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”, STS 154/2016, 29 de febrero : “... de manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados (...), como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc (...) ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones” y 221/2016, de 16 de marzo. Esta última recoge los dos pronunciamientos anteriores.

(34) VELASCO NUÑEZ, E. *Responsabilidad penal y procesal de la persona jurídica*. Lefebvre-El Derecho, S.A. Madrid, 2015, “no puede ser detenida, ni sometidas a penas de privación de libertad, o por la que no goza, por ejemplo, del derecho a ser visitada por el médico forense” (pág 303).

(35) COLOMER HERNÁNDEZ, I. *Cesión de Datos Personales y evidencias entre procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores y tributarios*. Editorial Aranzadi S.A.U. Navarra. 2018, págs 386-389.

Siendo el *Compliance Officer* el principal compositor de la preconstitución de la prueba que puede exonerar o atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica, no se deben obviar todas las dificultades e indeterminaciones a las que está expuesto ⁽³⁶⁾, las mismas que, sin lugar a duda, habrá que resolverse para dotarle de mayor seguridad jurídica.

Sin entrar en profundidad en el tema de la responsabilidad del *Compliance Officer*, es preciso citar que la conducta omisiva del mismo al no facilitar la información a la persona que puede impedir la actividad delictiva dentro de lo que son sus tareas de supervisión, vigilancia y control, puede ser calificada como una conducta de cooperación, de complicidad o de cooperación necesaria en el hecho delictivo. Ello permite advertir con facilidad que el riesgo más alto de las funciones del *Compliance Officer*, se encuentra en la gestión directa de indicios de infracciones y delitos mediante la recepción de la denuncia y la iniciación de la investigación interna procedente. En este ámbito de riesgo, DOPICO GÓMEZ-ALLER, enumera diferentes tipos de omisiones que podrían suponer la comisión de un delito como participe por omisión. Por un lado, las omisiones relativas al deber de implementar y desarrollar políticas y procedimientos de prevención del delito. En este caso, solo se castigaría si concurren los requisitos para considerarlo como una omisión dolosa, sabiendo el omitente que está favoreciendo el delito, y para ello es necesario un grado de conocimiento concreto. En el caso de que la implementación del Compliance deviniera ineficaz a sabiendas, los llamados *Paper Compliance* o “*Compliance* de corta y pega”, simplemente con la intención de aparentar cumplir con la legalidad, no se consideraría que existe una base fáctica suficiente para la comisión por omisión ⁽³⁷⁾.

En segundo lugar, la omisión relativa a la formación interna de trabajadores y directivos. En estos casos, difícilmente se puede llegar a la conclusión de que se comete el delito doloso por falta de formación, por lo que se convierte en una participación dolosa prácticamente improbable ⁽³⁸⁾.

(36) DEL MORAL GARCIA, A “Las personas jurídicas no tienen huesos, no pueden dar con sus huesos en la cárcel”. Un argumento simple que, aunque conocido por todos, al ser verbalizado por un magistrado del Tribunal Supremo consigue que apreciemos las dificultades a las que se enfrentan los profesionales del *Compliance* y hasta los propios jueces.<http://www.worldcomplianceassociation.com/2057/noticia-antonio-del-moral-una-vision-simplista-que-acierta-de-llevo-en-el-sentido-del-compliance-espana.html>

(37) y (38) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. en FRAGO AMADA, J.A. *Actualidad Compliance 2018*. Editorial Aranzadi S.A.U. 1ª Edición. Pamplona. 2018, págs 221-232.

Por último, cuando la información reportada a los superiores es insuficiente o cuando una vez facilitada ésta a los órganos superiores ellos siguen permitiendo el delito, concluye el autor citado que, atendiendo a la legislación penal vigente, “como la empresa no es destinataria de un deber de denuncia *stricto sensu*, no puede delegarlo en nadie”, más aun cuando el *Compliance Officer* no es una persona con obligaciones jurídico-públicas, por lo que la omisión de la denuncia a las autoridades carecería de relevancia penal específica. A *sensu contrario* sí podría responder como cómplice o cooperador necesario en el delito de otros al ocultar la información a los *apicales* ⁽³⁹⁾, ya que sí tiene el deber de reportar esta información, y que sean estos últimos los que procedan a facilitar la información según proceda en cuanto a lo establecido en el artículo 31bis del CP, teniendo aquí vital importancia la configuración de los órganos de administración de la persona jurídica y el registro del reporte realizado sobre el supuesto indicio del delito ⁽⁴⁰⁾.

La correcta elección de la persona que va a realizar dichas funciones pone de manifiesto la diligencia debida que se le exige al órgano de administración de la persona jurídica, siendo este último el que debe elegirle y proporcionarle todo su apoyo con el fin fundamental de no enviar mensajes contradictorios a los empleados, pero también a los *Stakeholders* («cualquier grupo o individuo que puede afectar o ser afectado por los logros de los objetivos de la empresa» R.E Freeman, 1984) ⁽⁴¹⁾.

(39) En el ordenamiento jurídico italiano el término *apicale* es utilizado en el art.6 (Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente) del d. leg. 23 de 2001 para hacer referencia al personal directivo de la entidad u organización “primeros puestos”. En España es utilizado en el mismo sentido para hacer referencia al personal que se encuentra en el extremo superior de una entidad. Definición de la RAE: “Pertenciente o relativo a un ápice o punta, o localizado en ellos”.

(40) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. en FRAGO AMADA, J.A. Actualidad Compliance 2018. Editorial Aranzadi S.A.U. 1ª Edición. Pamplona. 2018, págs 225-232.

(41) El significado de "parte interesada" o en inglés "stakeholder". Stakeholder, es un término inglés utilizado por primera vez por R. E. Freeman en su obra: “Strategic Management: a stakeholder approach”, (Pitman,1984), https://books.google.es/books?id=NpmA_qEiOpkC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbp_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=true

1.2 MEDIOS DE OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN QUE FORMAN PARTE DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO. EN ESPECIAL, EL CANAL DE DENUNCIAS.

La finalidad de un programa de cumplimiento normativo a la que vamos a llamar “función interna” no es otra que la de establecer los mecanismos de control internos adecuados mediante los cuales se puedan prevenir, detectar y reaccionar frente aquellos hechos o conductas delictivas que puedan darse en la persona jurídica. Pero esta no es la única finalidad que se puede deducir de los programas de cumplimiento normativo, también es la obtención de prueba de descargo de la persona jurídica, como hemos citado anteriormente, y a la que denominaremos “función externa”.

Por tanto, la implementación de los mismos tiene trascendencia antes de su enjuiciamiento, durante el mismo, pero también antes de que un juez o tribunal dicte sentencia y tras una sentencia condenatoria⁽⁴²⁾. Siendo así, adquiere mucha relevancia el hecho de establecer mecanismos adecuados para que no solo cumplan la primera finalidad citada (mecanismo de prevención, detención y control), sino también la segunda (prueba de descargo), para que en el caso de que exista una imputación de la persona jurídica, esta prueba pueda resultar lo más efectiva posible en el proceso penal para su defensa. Ello pasa por no dejar nunca a su suerte los controles preprocesales que deben establecerse en la propia implementación para que los medios de obtención de la prueba sean lícitos y no acaben invalidándola.

Cuando hablamos de los programas de cumplimiento o *Compliance* como elemento de prueba, nos referimos también a todos aquellos elementos que los integran y que permiten su implementación y eficacia. Aquellos que, en su conjunto, nos dan la posibilidad de cumplir las dos finalidades anteriormente citadas. Para ello han de reunir determinadas condiciones en cumplimiento de lo establecido en el artículo 31 bis 5 del Código Penal, la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, así como la jurisprudencia existente hasta ahora, el Derecho Comparado y la propia práctica empresarial que establecen ciertos criterios de elaboración del *Compliance*.

(42) GIMENO BEVIÁ. J. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. Editorial Aranzadi S.A, Pamplona, 2016, págs 248-249.

Estos criterios, tal y como enumera GIMENO BEVIÁ, se pueden sintetizar en el cumplimiento de los siguientes requisitos: el análisis de la persona jurídica, la evaluación de los riesgos penales, el establecimiento de un código de conducta, medidas para la implementación (liderazgo del órgano de cumplimiento, difusión a través de la formación, creación de un canal de denuncias y el establecimiento de sanciones e incentivos), y por último el seguimiento y evaluación del propio programa de cumplimiento⁽⁴³⁾. La elaboración material de estos requisitos o criterios que dan forma a los programas de cumplimiento pasan por la configuración y elaboración de documentos, archivos, comunicaciones, informaciones y actuaciones de investigación que formarán la prueba de descargo de la persona jurídica. En ello radica su importancia como medio probatorio, que podemos analizar desde un doble punto de vista. Por un lado, aquellos que nos van a permitir introducir los programas de cumplimiento normativo en el proceso penal⁽⁴⁴⁾ y por otro lado, cuáles son aquellos medios probatorios que forman parte del propio programa de cumplimiento y que van a conformar también prueba de forma independiente, con entidad propia, respecto del conjunto del programa de cumplimiento. Ambos nos deben permitir probar la validez del programa de cumplimiento para cumplir sus funciones interna y externa.

En primer lugar, los elementos de prueba que nos van a permitir introducir los programas de cumplimiento normativo en el proceso penal, es básicamente la prueba documental, que se puede recoger en la elaboración de los distintos requisitos que debe cumplir, y que a título de ejemplo podemos citar: la configuración de los mapas de riesgos incluyendo su análisis y evaluación, desarrollo del código ético, archivos de controles efectuados, documentación de la formación e información facilitada a los trabajadores, diseño del canal de denuncias, registros de la actividad realizada por el órgano de cumplimiento, trazabilidad y resultado de las investigaciones internas, entre otras.

(43) GIMENO BEVIÁ, J. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. Editorial Aranzadi S.A, Pamplona, 2016, “requisitos -adoptados por la influencia del legislador italiano y la práctica forense norteamericana-” (págs 258-275).

(44) NEIRA PENA, A.M. *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Editorial Aranzadi, S.A.U, Pamplona, 2017, “Una vez que se ha concluido que tales programas de prevención delictiva son relevantes como objeto de prueba, se hace preciso determinar los medios probatorios idóneos para acreditar, no solo su existencia, sino también su efectiva implementación en el seno de la organización, así como su eficacia preventiva en relación con el delito enjuiciado” (pág 283).

En su conjunto, van a determinar si es válida y adecuada la implementación del programa de cumplimiento, además de las pruebas periciales y testificales que puedan aportar información sobre la existencia de una efectiva “cultura de cumplimiento” en toda su estructura y la persecución de los hechos delictivos. En segundo lugar, tenemos aquellos medios probatorios que forman parte del propio programa, al igual que los anteriores y además pueden conformar prueba de forma independiente, tales como las declaraciones de quien puede resultar coimputado, las pruebas periciales o las testificales, que son elementos de prueba que después podrán alcanzar el valor de prueba preconstituida cuando se inicie el proceso penal. No olvidemos que el *Compliance*, en el fondo, es un conjunto de pruebas con identidad propia que conectadas y estructuradas entre sí, son la prueba requerida por nuestro ordenamiento jurídico, y en su conjunto, todas ellas deben ser válidas para conseguir el propósito perseguido.

Entre los elementos o requisitos que deben cumplirse y establecerse en el programa de cumplimiento, se encuentra el canal de denuncias que, a mi juicio, puede ser uno de los más controvertidos. Es necesaria la denuncia que advierta de las irregularidades y del ilícito, por lo que el canal de denuncias es el epicentro de la documentación de las mismas y por ello se convierte en el mecanismo que recoge tanto documentos como declaraciones o manifestaciones susceptibles, todas ellas, de la consiguiente investigación interna. Su configuración dentro del mismo programa de cumplimiento y la complejidad que puede tener una correcta utilización del mismo pone de manifiesto el por qué en la actualidad es uno de los elementos más analizados, estudiados y con mayor controversia en referencia a la preconstitución de la prueba. Su importancia radica en que esté configurado de tal forma que la preconstitución de prueba que pueda conseguirse a través de su utilización no vulnere los derechos individuales de ninguna de las partes intervinientes, y que por tanto, se encuentre fuera de toda duda su validez, no solo en las investigaciones internas posteriores que pueda realizar la propia persona jurídica, sino también en el proceso penal contra la persona jurídica.

Se podrá establecer procedimientos internos de denuncias tanto en entidades públicas, aunque estas estén exentas de responsabilidad penal, como en personas jurídicas privadas. En estas últimas se podrá exigir por parte del Estado con base en la Recomendación de la Comisión Europea de 6 de Mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas, y medianas empresas. Ello no impide que también se puedan

establecer cauces de denuncia externos, siempre que cumplan con los requisitos exigidos, a nivel nacional y supranacional, de independencia, integridad y confidencialidad.

En general, existe la tendencia a realizar la gestión del canal de denuncias de forma externa, principalmente por recoger la información con un mayor grado de independencia, tal y como aconseja la FGE, y por eliminar otras debilidades existen en la gestión interna sobre la certidumbre del anonimato y la falta de especialización a la hora de detectar delitos o conductas fraudulentas ⁽⁴⁵⁾.

Según la propuesta de Directiva relativa a la protección de las personas que denuncien infracciones del Derecho de la Unión, en su artículo 7, enumera que como mínimo los cauces de denuncia previsto podrán establecerse a través de denuncia escrita en formato electrónico o papel; denuncia oral vía telefónica (grabada o no grabada); reunión física con personal específico de la autoridad competente ⁽⁴⁶⁾. Por lo tanto se podrá hacer, entre otros, mediante correo electrónico o postal, fax, líneas telefónicas o buzón de voz, así como entrevistas personales, banner en la página web oficial de la compañía o incluir una aplicación en su intranet. La habilitación y gestión del canal de denuncias es una de las medidas más eficaces para la prevención y detección de las infracciones y los delitos, facilitando a los trabajadores, entre otros, poder trasladar la información de forma confidencial, ⁽⁴⁷⁾ aunque como veremos más adelante también se puede hacer de forma anónima. En un primer momento, la doctrina se encontraba dividida respecto a ello, debate que resolvió de forma transitoria el Informe 0128/2007, de la Agencia Española de Protección Datos (AEPD), el mismo recomendaba evitar las denuncias anónimas en la empresa ⁽⁴⁸⁾.

(45) ARMENTIA MORILLAS, P en SAIZ PEÑA, C.A. *Compliance cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*. Editorial Aranzadi S.A, Pamplona. 2015, págs 627-628.

(46) Propuesta de Directiva relativa a la protección de las personas que denuncien infracciones del Derecho de la Unión, de 23 de Abril de 2018.

(47) VELÁZQUEZ VIOQUE, D. “Responsabilidad penal de las empresas. ¿Cómo probar el debido control?”. Diario La Ley, nº 7794, Sección Tribuna, 9 de Febrero 2012.

(48) Informe Jurídico 128-2007 de la Agencia Española de Protección de Datos. Creación de sistemas de denuncias internas en las empresas (mecanismos de “whistleblowing” <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/2007-0128.pdf> “A nuestro juicio, debería partirse del establecimiento de procedimientos que garanticen el tratamiento confidencial de las denuncias presentadas a través de los sistemas de “whistleblowing”, de forma que se evite la existencia de denuncias anónimas, garantizándose así la exactitud e integridad de la información contenida en dichos sistemas”.

El antecedente u origen de los canales de denuncia internos lo podemos encontrar en la Ley norteamericana Sarbanes Oxley (SOX) del año 2002, que exigía su habilitación de los mismos en determinadas entidades ⁽⁴⁹⁾. La Sección 806 de la SOX establece la protección de los empleados de la empresa que proporcionen pruebas de fraude frente a todas aquellas represalias que la compañía pueda tomar contra ellos ⁽⁵⁰⁾.

En el ámbito de la Unión Europea, con la Recomendación de la Comisión Europea de 15 de febrero de 2005, se inician las primeras sugerencias a las sociedades cotizadas del establecimiento de un sistema de denuncias de actividades irregulares. En febrero de 2006, el grupo de trabajo del artículo 29 de la Directiva Comunitaria 95/46/CE de Protección de Datos emite dictamen sobre la aplicación de las normas de la UE relativas a la protección de datos a programas internos de denuncias de irregularidades en diferentes campos. Se postula entonces el canal de denuncias como un canal específico que debe complementar el sistema regular de formación y comunicación y asegura que debe aplicarse de conformidad con las normas sobre protección de datos de la UE ⁽⁵¹⁾.

En el mismo año 2006, el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas expresamente recomienda a las sociedades cotizadas la obligación de establecer canales internos para que los empleados puedan denunciar irregularidades ⁽⁵²⁾. Este código ha sufrido su última modificación el 24 de febrero de 2015, pero la recomendación se mantiene ⁽⁵³⁾.

(49) COLOM PLANAS, J.L., “Análisis jurídico de los whistleblowers y canales éticos o de delación”. <https://www.controlcapital.net/noticia/3457/firmas/analisis-juridico-de-los-whistleblowers-y-canales-eticos-o-de-delacion.html>. “La SOX exige que las empresas públicas de los EE.UU. y sus filiales en la UE, así como las empresas no estadounidenses que cotizan en bolsa en los EE.UU., establezcan, en su comité de auditoría, "procedimientos para la recepción, conservación y tramitación de las denuncias recibidas por el emisor relativas a la contabilidad, las auditorías internas o las cuestiones de auditoría; así como para la delación confidencial o anónima por parte de los empleados del emisor de situaciones relativas a cuestiones de contabilidad o auditoría cuestionables".

(50) y (51) PUJOL, J., *El funcionamiento práctico del canal de Compliance “whistleblowing”*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2017, págs 30 y 32.

(52) MORALES MARTÍN, T. “Canal de denuncias interno (Whistleblowing), ¿anónimo o no?. Esa es la cuestión”. <http://www.legaltoday.com/blogs/nuevas-tecnologias/blog-prodat/canal-de-denuncias-interno-whistleblowing-anonimos-o-no-esa-es-la-cuestion>.

(53) <https://observatoriorsc.org/codigo-conthe/>

Más adelante, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo y el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo, establecen la obligación de analizar los riesgos principales e implícitamente el canal de denuncias se postula como uno de los elementos principales para el análisis e identificación de los posibles riesgos.

Así, podemos decir que la Ley 10/2010 reguló expresamente la exigencia de establecer canales de denuncia (*whistleblowing*), aunque sólo habla de obligaciones de información y de comunicación, limitando tal exigencia a los sujetos obligados por ella. Con la publicación en el Boletín Oficial del Estado (B.O.E), el pasado 4 de septiembre, del Real Decreto-ley 11/2018, por el que se transpone la IV Directiva de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, se introduce reformas que afectan a los sujetos obligados, modificando también la Ley 39/2015, de 1 de Octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Una de las novedades incluidas en el RDL es la obligatoriedad de implementación de canales de denuncia tanto públicos como en el ámbito de aplicación de los sujetos obligados, con el objetivo de potenciar las denuncias de hechos irregulares o delictivos de particulares, incluyendo las de carácter anónimo. Para ello se incluyó el artículo 26 bis ⁽⁵⁴⁾, que recoge las características y procedimientos de comunicación de los canales de denuncias.

(54) Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Artículo 26 bis. Procedimientos internos de comunicación de potenciales incumplimientos.

1. Los sujetos obligados establecerán procedimientos internos para que sus empleados, directivos o agentes puedan comunicar, incluso anónimamente, información relevante sobre posibles incumplimientos de esta ley, su normativa de desarrollo o las políticas y procedimientos implantados para darles cumplimiento, cometidos en el seno del sujeto obligado.

Estos procedimientos podrán integrarse en los sistemas que hubiera podido establecer el sujeto obligado para la comunicación de informaciones relativas a la comisión de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la restante normativa general o sectorial que les fuere aplicable.

2. Será de aplicación a estos sistemas y procedimientos lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal para los sistemas de información de denuncias internas.

A estos efectos, se considerarán como órganos de control interno y cumplimiento exclusivamente los regulados en el artículo 26 ter.

3. Los sujetos obligados adoptarán medidas para garantizar que los empleados, directivos o agentes que informen de las infracciones cometidas en la entidad sean protegidos frente a represalias, discriminaciones y cualquier otro tipo de trato injusto.

4. La obligación de establecimiento del procedimiento de comunicación descrito en los apartados anteriores, no sustituye la necesaria existencia de mecanismos específicos e independientes de comunicación interna de operaciones sospechosas de estar vinculadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo por parte de empleados a las que se refiere el artículo 18.

5. Reglamentariamente podrán determinarse los sujetos obligados exceptuados del cumplimiento de la obligación prevista en este artículo.

La correcta implementación del canal de denuncias y, por consiguiente, el correcto funcionamiento del programa de cumplimiento, pasa por el respeto más absoluto al marco normativo del Derecho del Trabajo y la protección de datos que a través del mismo quedan recogidos ⁽⁵⁵⁾.

Dentro del marco normativo del Derecho del trabajo es imprescindible citar los artículos 18 ⁽⁵⁶⁾ y 20.3 ⁽⁵⁷⁾ del Estatuto de los Trabajadores (ET). El primero, sobre la inviolabilidad de la persona del trabajador, establece las bases para poder realizar cualquier tipo de registro en el ámbito personal de los trabajadores. El segundo establece las medidas que puede adoptar el empresario bajo su propio ámbito de dirección y control de la actividad laboral. En ambos es necesario el respeto al derecho de la dignidad e intimidad del trabajador como derechos fundamentales, siguiendo los ya existentes pronunciamientos jurisprudenciales que han aceptado actuaciones empresariales de control de la actividad laboral que afectan a distintos derechos fundamentales ⁽⁵⁸⁾.

Forma parte de las funciones del *Compliance Officer* informar y formar a aquellos sujetos que en cualquier momento decidan hacer uso del canal de denuncias, y especialmente a los que forman parte más directa de la persona jurídica, es decir, con los que existe una relación laboral.

Una de las cuestiones más planteadas, con respecto al canal de denuncias es si las denuncias deben ser anónimas, confidenciales o ambas.

(55) NIETO MARTÍN, A. “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”. Diario La Ley, nº 8120, Sección Doctrina, 5 de julio de 2013.

(56) Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Artículo 18 “Solo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible”.

(57) Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Estatuto. Artículo 20.3 “3. 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, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad”.

(58) STC 241/2012, de 17 de diciembre, STC 170/2013, de 7 de octubre, STC 39/2016, de 3 de marzo.

En el ámbito penal se exige la identificación del delator, pero se aceptan las denuncias anónimas, así se desprende de la Instrucción 3/1993 de 16 de marzo, de la FGE y STS de 11 de Abril de 2013, aunque la LECrim exige como requisito la identificación de los denunciadores (art. 266 y art. 267), considera admisible la denuncia anónima con cierta cautela de veracidad, prudencia y seriedad ⁽⁵⁹⁾. En cuanto a la protección de datos, muy recientemente, ha entrado en vigor el 25 de mayo de 2018 la aplicación del Reglamento 2016/679, de 27 de Abril de 2016, que da paso a la ya aprobada Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Esta reciente ley en su artículo 24.1 indica 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 tercero que contraten con ella, de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la normativa general o sectorial que le fuera aplicable”. Y como no podía ser de otra manera, establece que “Los empleados y terceros deberán ser informados acerca de la existencia de estos sistemas de información”. En el caso de los empleados, también deberán de ser informados y consultados sus representantes tal y como se desprende del artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores ⁽⁶⁰⁾.

Constituye un avance considerable en aras a una correcta creación del canal de denuncias el hecho de que tanto en el ámbito penal como en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales se haya llegado a un criterio unificado de aceptar, por tanto, las denuncias anónimas. En ambos no se cita expresamente, pero se genera la necesidad de la creación del canal de denuncias para poder cumplir con los requisitos exigidos.

(59) Instrucción 3/1993 de 16 de marzo, Ministerio Fiscal y la Defensa de los Derechos Ciudadanos a la tutela judicial efectiva y a un proceso público sin dilaciones indebidas, Su deber de velar por el secreto del sumario. La denuncia anónima: Su virtualidad como *Notitia Criminis*: “No cabe duda que, con independencia de la idoneidad formal de la denuncia como tal, ésta podrá ser reputada instrumento transmisor válido de una noticia criminal” (págs. 1079-1081).

(60) Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Artículo 64. 1. “El comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma, en los términos previstos en este artículo”. Artículo 64.5. “El comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado sobre la situación y estructura del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como a ser informado trimestralmente sobre la evolución probable del mismo, incluyendo la consulta cuando se prevean cambios al respecto. Asimismo, tendrá derecho a ser informado y consultado sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa. Igualmente tendrá derecho a ser informado y consultado sobre la adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo”.

En el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica se empieza a introducir la necesidad de los canales de denuncia tras las exigencias del artículo 31 bis del Código Penal con la modificación de la LO 5/2010, de 22 de junio ⁽⁶¹⁾. Posteriormente con la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo que fue la última modificación sobre esta materia en el Código Penal ⁽⁶²⁾. Finalmente es la propia Circular 1/2016 de la FGE, la que les da máxima importancia dentro de los programas de cumplimiento, denominándoles “elemento clave de los programas de cumplimiento” ⁽⁶³⁾, y con ello, no olvida mencionar la protección que debe tener el denunciante, los datos que a través del canal de denuncias se conocen y los derechos laborales que se puedan ver afectados.

La gestión de estos canales pueden realizarse de forma interna, por la propia empresa o de forma externa, tal y como aconseja la Circular 1/2016 de la FGE ⁽⁶⁴⁾. Aunque su gestión sea externa, no dejan de ser un canal de denuncias internas que va a proporcionar una gran cantidad de información, convirtiéndose en una herramienta de control de la información recibida por la persona o personas (puede ser un órgano colegiado), designada para ello.

(61) Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Art. 31bis 4 “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”.

(62) Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Art. 31 bis 2: “1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; y Art. 31 bis 5 “3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención”.

(63) Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado: “La existencia de unos canales de denuncia de incumplimientos internos o de actividades ilícitas de la empresa es uno de los elementos clave de los modelos de prevención. Ahora bien, para que la obligación impuesta pueda ser exigida a los empleados resulta imprescindible que la entidad cuente con una regulación protectora específica del denunciante (*whistleblower*), que permita informar sobre incumplimientos varios, facilitando la confidencialidad mediante sistemas que la garanticen en las comunicaciones (llamadas telefónicas, correos electrónicos...) sin riesgo a sufrir represalias” (págs 44-45).

(64) Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado: “Muchas de ellas incluso resultarán tanto más eficaces cuanto mayor sea su nivel de externalización, como ocurre por ejemplo con la formación de directivos y empleados o con los canales de denuncias, más utilizados y efectivos cuando son gestionados por una empresa externa, que puede garantizar mayores niveles de independencia y confidencialidad” (pág 48).

Tras el enunciado del propio Código Penal en su artículo 31 bis apartados 2.2º y 5.4º con la entrada en vigor de la modificación de la Ley 1/2015, de 30 de marzo, queda claro que el responsable del canal de denuncias es el *Compliance Officer* dentro de la propia persona jurídica. A este órgano el CP también le atribuye “la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado” y además cita que le “ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica”. Le impone a su vez la obligación de recibir e informar, al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observar el modelo de prevención, sobre todas aquellas denuncias que se realicen de hechos, actos u omisiones que puedan dar lugar a una infracción o ilícito penal. Por lo tanto, el *Compliance Officer* será el encargado de recibir las denuncias, custodiar los documentos, realizar la investigación interna y, en su caso, proponer la sanción pertinente. Si no es suficiente con la sanción en el ámbito interno de la persona jurídica, siendo la denuncia de una entidad suficientemente grave, tendrá que ser comunicada al órgano de administración, para que se decida sobre la comunicación o no a la autoridad judicial competente, valorando la situación en la que puede quedar la persona jurídica. Pero todas estas funciones también pueden, según el tamaño o la estructura de la empresa, configurarse dentro de un equipo multidisciplinar conforme a un comité de denuncias internas, un responsable de instrucción y un instructor⁽⁶⁵⁾. Para todo ello, es necesario que goce de independencia e imparcialidad, que este alejado de las opiniones de los trabajadores (ser impermeable) y de la influencia de sus superiores. Es muy importante que ostente un puesto con capacidad de liderazgo, en un nivel alto dentro de la organización, capacidad de decisión y dotación económica suficiente⁽⁶⁶⁾.

(65) ARMENTIA MORILLAS, P en SAIZ PEÑA, C.A. *Compliance cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*. Editorial Aranzadi S.A, Pamplona. 2015. “1. Comité de denuncias internas, su cometido principal es hacer cumplir el procedimiento de denuncias, garantizar su confidencialidad en todo el proceso, así como garantizar una correcta pero eficaz gestión del sistema interno de denuncias .2. Responsable de Instrucción, figura encargada de gestionar la fase de instrucción/inspección de los hechos de la denuncia. 3. Instructor, designado por el responsable de instrucción y que se encuentra bajo su responsabilidad, que tiene asignadas funciones como la investigación de los hechos y recopilar evidencias, elaboración de informe,...” (págs 620-622).

(66) ROBLES PLANAS, R en SILVA SANCHÉZ, J.M. y MONTANER FERNANDEZ, R. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Editorial Atelier, Barcelona, 2013, págs 319-321.

Además del respeto al marco normativo anteriormente citado (Derecho Laboral y Protección de Datos) también es necesario conocer las normas procesales que pueden afectar a la creación de los canales de denuncias y al tratamiento de la información que llegue a los mismos, para que las denuncias recibidas gocen de plena validez en las investigaciones internas y, en su caso, en las investigaciones de la fase de instrucción.

Como hemos dicho antes, el canal de denuncias es una fuente de información que propiciará el comienzo de cuantas investigaciones internas sean necesarias con el fin de proteger la eficacia e idoneidad del programa de cumplimiento penal o, en su caso, poner de manifiesto las irregularidades existentes con el fin de corregirlas de forma interna o para colaborar con la justicia, según la situación en la que se encuentre la persona jurídica. Si no se ha iniciado ningún proceso penal contra ella y la información que llega a través del canal de denuncias es susceptible de investigación, se dejará constancia de todas las actuaciones realizadas y podrá servir para corregir procedimientos o actuaciones que pudieran dar lugar a un ilícito penal (art. 31 bis); si, por el contrario, la persona jurídica está inmersa ya en un proceso penal, podrá valerse de las mismas para colaborar con la justicia y atenuar la pena que pudiera recaer sobre ella (art. 31quater) ⁽⁶⁷⁾. Por ello, el canal de denuncias pone en evidencia la eficiencia e idoneidad del *Compliance* como medio de control de irregularidades o hechos delictivos, que dará conocimiento del nivel de implementación en la persona jurídica de una “cultura de cumplimiento real”, sin olvidar su importancia procesal como elemento de prueba individual, así como su naturaleza como parte integrante de un programa de cumplimiento normativo.

(67) GARCÍA-MORENO, B. en NIETO MARTÍN. A. *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Tirant Lo Blanch. 2015 “La información recopilada a través de él será por ello un elemento clave en las evaluaciones y actuaciones periódicas a las que se debe someter el programa de cumplimiento pues permitirá comprobar el análisis de riesgos se realizó adecuadamente y si las estrategias y protocolos están funcionando según lo previsto” y “Pero, además, la información recibida a través del canal puede ser fundamental para la estrategia de defensa de la organización si finalmente se incoara un proceso penal contra ella. Contar con información de los hechos antes de que ésta llegue a manos del Fiscal o del Juez y poder gestionarla a su conveniencia coloca a la entidad en una posición muy ventajosa.” (págs. 206-208).

1.3 WHISTLERBLOWER. PROTECCIÓN Y DEFENSA FUERA Y DENTRO DEL PROCESO PENAL

El *whistleblower* o delator es la persona que revela información negativa o denuncia un acto, hecho u omisión, sobre una persona jurídica a la que está o ha estado vinculada. En un primer momento, esta denuncia o información negativa puede ser de contenido ético, por vulneración de cualquier norma interna de la organización que afecta al normal desarrollo de su cultura ética empresarial, o ser de mayor trascendencia, pudiéndose tratar de algún tipo de indicio que pueda referirse a un ilícito extrapenal (infracción en materia laboral, administrativa, en materia de protección de datos, etc...) o un ilícito penal.

El rol de los *whistleblowers* empieza a adquirir mayor relevancia, incluso empieza a apreciarse con menor rechazo social, cuando se introducen en nuestro sistema jurídico la responsabilidad penal de la persona jurídica y los programas de cumplimiento normativo. En ellos, se hacen imprescindibles la creación del canal de denuncias y, por tanto, la participación voluntaria del “chivato”, “soplón”, “delator” (como se conoce en nuestra cultura latina) o “whistleblowers” (en la cultura anglosajona).

La información obtenida tanto en el ámbito público como privado es fundamental para la prevención y detección de irregularidades o hechos delictivos, pero para la obtención de dicha información es necesario que el delator se sienta motivado a facilitarla bien porque tiene suficiente protección y no va a haber represalias contra su actuación o porque va a obtener algún tipo de recompensa o incentivo por ello, bien de carácter económico o bien de otro tipo ⁽⁶⁸⁾.

La persona que realiza la denuncia puede tener una mayor o menor proximidad o vinculación con la empresa. Esa relación puede ser de tres tipos. Por un lado, estarían los clientes o beneficiarios de productos y servicios, que son aquellos que se posicionan en la situación más cómoda. Son aquellos que en ningún caso van a verse perjudicados por la denuncia, debido a que la influencia que pueda tener la persona jurídica sobre ellos es de menor importancia.

(68) GIMENO BEVIÁ, J. “De falciani a birkenfeld: la evolución del delator en un cazarrecompensas. Aspectos procesales e incidencia frente a las personas jurídicas (whistleblower vs bounty hunter)”. Diario La Ley, Nº 9139, Sección Tribuna, 14 de Febrero de 2018.

En segundo lugar, estarían los denominados *Stakeholders* (proveedores, subcontratistas, asociados, etc...), que tienen una vinculación más directa y pueden sufrir un grado de perjuicio mayor. Por último, están los que se encuentran en una clara posición de vulnerabilidad y de mayor vinculación, como son los empleados y el personal directivo ⁽⁶⁹⁾. La problemática del delator depende del grupo en el que se encuentre, atendiendo al grado de legitimación activa que ostente, su vinculación con la persona jurídica y su posición de vulnerabilidad.

La legitimación activa se entiende si existe un interés legítimo individual, pero al mismo tiempo también puede ser que por el tipo de delito que se trate, se proteja el interés general, por lo que se puede concluir que podríamos considerar legitimado a cualquier ciudadano. Los delitos que puede realizar la persona jurídica afectan al interés particular de la misma, pero también al interés general. De hecho, se le exige una “cultura de cumplimiento” porque se le considera un sujeto integrado en la sociedad capaz de influir en ella con su comportamiento, y de ahí, la necesidad de autorregulación que pueda evitar las estructuras delictivas en su seno.

La vinculación con la persona jurídica no será las mismas si la relación es como consumidor o cliente, es decir, civil, o si, por el contrario, la vinculación es mercantil o laboral. Un consumidor o cliente sólo se ve vinculado a la misma con base en la legislación civil ⁽⁷⁰⁾, y la información que posee sobre la persona jurídica es externa y limitada. Por ello, las denuncias que va a realizar principalmente serán sobre las irregularidades de los productos, servicios o sobre la atención recibida. Sin embargo, en el caso de relaciones mercantiles o laborales, la información será interna, bien porque tienen una vinculación mercantil a través de contratos de colaboración, de prestación de servicios, asesoramiento o cualquier otra relación mercantil -administrador, socio, etc...- que en estos últimos casos incluso van a suponer ya responsabilidades y obligaciones respecto a la persona jurídica atribuidas no solo por la legislación mercantil ⁽⁷¹⁾, sino también por el artículo 31bis 1 a) y b) del CP.

(69) AQUILERA GORDILLO.R. *Compliance Penal en España*. Editorial Aranzadi. Pamplona. 2018, págs 297-299.

(70) Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Entre otras...

(71) Real decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. Entre otras...

Finalmente, cuando la vinculación existente sea laboral, el trabajador forma parte de la propia organización y es subordinado de los directivos, órgano de administración o departamento en el que se integre (artículo 31 bis 1 b) del CP.).

La concepción más ampliamente aceptada de los canales de denuncia es la que los entiende como herramientas de uso voluntario, siendo la que mejor se identifica con un modelo de cumplimiento “basado en la ética, el diálogo y la transparencia” ⁽⁷²⁾. La obligación de denunciar en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra recogida en el artículo 259 LECrim ⁽⁷³⁾, como obligación genérica, que viene respaldada por una sanción económica en caso de incumplimiento, que resulta claramente insuficiente. Por otro lado, en cuanto a la obligación específica, que se encuentra recogida en el artículo 262 de la LECrim ⁽⁷⁴⁾, cabe analizar si la misma sería aplicable a la figura del *Compliance Officer*: “los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público (...) si se tratase de un delito flagrante”, en este caso, por las razones anteriormente expuestas, cabe concluir que la persona o personas que realicen las funciones de *Compliance Officer* sí debe comunicarlo al órgano de administración y dejar constancia de tales hechos, pero en aplicación de la legislación y normativa vigente no tiene obligación específica de formular denuncia.

(72) GARCÍA-MORENO, B. en NIETO MARTÍN. A. *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Tirant Lo Blanch. 2015, pág 220.

(73) Artículo 259 “El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal, o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas.”.

(74) Artículo 262 “ Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio si se tratase de un delito flagrante. Los que no cumplieren esta obligación incurrirán en la multa señalada en el artículo 259, que se impondrá disciplinariamente. Si la omisión en dar parte fuere de un Profesor en Medicina, Cirugía o Farmacia y tuviese relación con el ejercicio de sus actividades profesionales, la multa no podrá ser inferior a 125 pesetas ni superior a 250. Si el que hubiese incurrido en la omisión fuere empleado público, se pondrá además en conocimiento de su superior inmediato para los efectos a que hubiere lugar en el orden administrativo. Lo dispuesto en este artículo se entiende cuando la omisión no produjere responsabilidad con arreglo a las Leyes”.

También cabría la mención del artículo 264 de la LECrim, en el que se indica que: “el que por cualquier medio diferente de los mencionados tuviere conocimiento de la perpetración de algún delito de los que deben perseguirse de oficio, deberá denunciarlo al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente o al Juez de instrucción o municipal, o funcionario de policía, sin que se entienda obligado por esto a probar los hechos denunciados ni a formalizar querrela. El denunciador no contraerá en ningún caso otra responsabilidad que la correspondiente a los delitos que hubiese cometido por medio de la denuncia, o con su ocasión”. Sin embargo ante el incumplimiento de este deber no se supone ningún tipo de sanción.

Si seguimos analizando la obligatoriedad de formular denuncia con carácter general, en nuestro CP encontramos el artículo 450, que 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”. Si necesitamos fundamentar la obligatoriedad para el uso de los canales de denuncias en este solo precepto penal resulta claramente insuficiente ⁽⁷⁵⁾. El establecimiento de un carácter general penal de deber de denunciar, en cierto modo, convertiría a los sujetos destinatarios de la norma en garantes del hecho u omisión delictiva, sin embargo, queda claro que en nuestro Derecho Penal sí se contempla la figura del delator o informante en los casos recogidos en los artículos 579 y 376 (organizaciones criminales, vinculadas al terrorismo y tráfico de drogas), pero no la establece para otro tipo de delitos para los que sí está prevista la atenuación genérica por confesión anterior al descubrimiento del delito recogida en el artículo 21.4ª y por disminución de los efectos de los que podría beneficiarse si denuncia (artículo 21.5). Para otros tipos penales, sin ánimo de ser demasiado exhaustivos, como los artículos 177 bis 11ª, artículo 225 bis, artículo 426, artículo 462, artículo 480 CP, sí se contempla la exención de responsabilidad penal por haber facilitado información o haber colaborado para evitar el delito, en resumen, lo que se denomina el “Derecho Penal Premial” ⁽⁷⁶⁾.

(75) GARCÍA-MORENO, B. en NIETO MARTÍN. A. *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Tirant Lo Blanch. 2015 “Además, cuando estuviéramos ante delitos contra bienes jurídicos distintos a los mencionados en el art. 450, o se tratara de situaciones no tipificadas penalmente, o de infracciones ya consumadas, la posibilidad de esgrimir este precepto desaparece. Por todo ello, el argumento del “deber penal de actuación” resulta muy limitado a la hora de fundamentar la obligatoriedad del uso del canal” (pág 223).

(76) ORTIZ PRADILLO J.C. “El difícil encaje del delator en el proceso penal español”. Diario La Ley Nº 8560, Sección Doctrina, 12 de junio de 2015.

Con el fin de favorecer la denuncia de la tentativa delictiva o de la consumación del delito, el artículo 464 CP castiga a los autores de un delito de obstrucción a la justicia, es decir, a aquellos que en su caso, impidieran o tomaran represalias contra sus empleados delatores. La peculiaridad de este caso es que no tiene en cuenta aquellos que después de evacuar su testimonio o denuncia sólo reciben represalias laborales, por lo que la conducta del represaliante hay que reconducirla a las figuras a las que la doctrina y la jurisprudencia tratan de reconducir los casos de acoso laboral, como el artículo 172 del CP, que prevé el delito de coacciones o el artículo 173 del CP que establece el delito contra la integridad moral ⁽⁷⁷⁾.

Por último, como ya es conocido, contamos con la exención y atenuación punitiva recogidas ambas en el artículo 31 bis 2 y 31 quáter del CP, en los casos en los que se confiese el delito o infracción a las autoridades o se colabore con ellas en el esclarecimiento de los hechos delictivos.

En general, tanto para la persona física como para la persona jurídica, es evidente que es una regulación insuficiente y no muy atractiva para que los delatores faciliten información de forma voluntaria. En cuanto a los delitos que pueda realizar la persona jurídica, existe cada vez más interés en acabar con las estructuras delictivas dentro de ella, pero no existen mecanismos suficientemente coercitivos que impulsen claramente la colaboración tanto de la propia persona jurídica como de las personas físicas que la integran o rodean. Muestra de ello es que ni siquiera el establecer un programa de cumplimiento es obligatorio, sino que la legislación se limita a premiar con la exención o atenuación de la responsabilidad la colaboración de la persona jurídica.

Si bajamos un escalón y salimos de la aplicación del Derecho Penal, última *ratio*, también encontramos la posibilidad de incluir la obligación de denuncia o delación en algunos códigos de conductas o códigos éticos, fundamentada básicamente en figuras jurídicas generales del ordenamiento jurídico y, por *ende*, dentro del Derecho del Trabajo.

(77) RAGUÉS I VALLÉS, R. “¿Héroes o traidores?. La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal”. InDret, revista para el análisis del Derecho. Barcelona 2006.

Respecto a esta disciplina jurídica, hay que hacer referencia a los artículos 5 y 20 del Estatuto de los Trabajadores (ET) para referirnos al deber de buena fe recíproco entre empleado y empresario, así como su derivación en caso de incumplimiento al artículo 54.2 d) ET como causa de despido disciplinario por trasgresión de la buena fe y/o abuso de confianza en el desempeño de sus funciones ⁽⁷⁸⁾. Desde la jurisprudencia se ha señalado en qué consiste concretamente en el orden laboral el sentido estricto de buena fe, y al mismo se le atribuye la finalidad de que en el intercambio contractual “no se efectúe de una manera ilícita o abusiva con lesión o riesgo para los intereses de la otra parte, sino ajustándose a las reglas de lealtad, probidad y mutua confianza” (STS 19 de julio de 2010) ⁽⁷⁹⁾.

Con todo ello, tendremos que atender a lo establecido en el contrato laboral con el trabajador, que dependiendo del puesto que ocupe se le podría exigir un deber de denuncia específico (más restrictivo legalmente y en el que el empresario tiene menos margen de control, ejemplo auditores) o genérico. Pero en ambos casos, hay que considerar la aplicación de las facultades que tiene atribuidas el órgano de administración para el desarrollo de una política de control y gestión de riesgos de la sociedad, la cual tendrá que establecer, y la fuerza vinculante del Código de Conducta que tenga la persona jurídica.

(78) Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Artículo 5. Deberes laborales. Los trabajadores tienen como deberes básicos: a) Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia. b) Observar las medidas de prevención de riesgos laborales que se adopten. c) Cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas. d) No concurrir con la actividad de la empresa, en los términos fijados en esta ley. e) Contribuir a la mejora de la productividad. f) Cuantos se deriven, en su caso, de los respectivos contratos de trabajo.

Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral. 1. El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue. 2. En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe. 3. 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, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.

(79) GOERLICH PESET, J.M. *Derecho del Trabajo*. 6ª Edición Tirant lo Blanch, Valencia 2018, págs 294-295.

El Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (CBGSC) del año 2006 incluye la recomendación 50.1. d), que expresamente dispone que las empresas deben "Establecer y supervisar un mecanismo que permita a los empleados comunicar de forma confidencial y, si se considera apropiado, anónima las irregularidades de potencial trascendencia, especialmente financieras y contables, que adviertan en el seno de la empresa" y en la 49 d) "que la política de control y gestión de riesgos identifique al menor los sistemas de información y control interno que se utilizaran para controlar y gestionar los citados riesgos...". En la posterior actualización de este CBGSC se mantienen estas recomendaciones (Recomendación 42.1.c) ⁽⁸⁰⁾. En cuanto a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, incluye importantes cambios en los Títulos V y VI para todas las sociedades en general, y en concreto en el Título XIV para las sociedades cotizadas, en aras a una mayor transparencia e información en las sociedades.

Desde los puntos de vista expuestos, en materia laboral y mercantil es necesario que las actuaciones que se realicen en las empresas dentro de un sistema disciplinario interno sean proporcionales, ya que si carecen de dicha proporcionalidad favorecerá que la persona dispuesta a denunciar evite pasar por el trámite interno de la persona jurídica y directamente denuncie ante la autoridad competente, privando así de capacidad de actuación a la organización.

Hay que tener en consideración en este ámbito, también para establecer la voluntariedad o no de la denuncia, el papel fundamental de los poderes del empresario y los límites del mismo. ¿Hasta qué punto las exigencias del artículo 31bis puede forzar la extralimitación de esos poderes?. Para poder contestar a esta pregunta hay que considerar los distintos poderes que son atribuidos al empresario, el poder de dirección, el deber de obediencia del empleado (*ius resistentiae*), la vigilancia y control de la actividad laboral y el poder disciplinario. Y por otro lado, entrar a valorar las obligaciones que le impone el orden mercantil. En definitiva, todas aquellas facultades, obligaciones y derechos que tiene en calidad de empresario para exigir y establecer una "cultura de cumplimiento".

(80) <https://www.cnmv.es/portal/Publicaciones/CodigosGovCorp.aspx>

No cabe entender dentro de nuestro ordenamiento jurídico una extralimitación que ponga en peligro los derechos laborales y fundamentales que asisten a los empleados, y que por otro lado ponga en riesgo de incurrir en algún tipo de responsabilidad penal al propio empresario. Por ello, las exigencias y sugerencias del C.P deben de ser tenidas en cuenta de forma global en consonancia con todos los órdenes jurisdiccionales, como si de una norma penal en blanco se tratara.

Careciendo nuestra regulación aplicable de concepto sólidos por los cuales se cree un sistema uniforme, práctico, concreto y sistemático, en cuanto a la denuncia, desde todos los ámbitos jurisdiccionales hay que fundamentar el sistema de denuncias en los antecedentes existentes actuales que, salvo en algunos casos, lo deja prácticamente a la voluntariedad del sujetos delator. No estaría de más la existencia de una regulación uniforme que reforzara el deber de denuncia y estableciera sanciones más severas en caso de su incumplimiento que diera mayor cobertura a la figura del *Whistlerblower* en todos los órdenes jurisdiccionales.

En la actualidad, en el ámbito de las Administraciones Públicas, existen diferentes sistemas de denuncias habilitados, pero con distintas peculiaridades o características, como por ejemplo en las infracciones y delitos vinculados a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o la denuncia pública en el ámbito tributario ante la Agencia Estatal de la Administración Tributaria ⁽⁸¹⁾. En Cataluña existe una Oficina Antifraude con un canal de denuncias a disposición del ciudadano. En Barcelona, el Buzón Ético y de Buen Gobierno, por el que se puede denunciar irregularidades a la Oficina para la Transparencia y las Buenas Prácticas y, en el ámbito europeo, la Oficina Antifraude (OLAF) para denunciar el fraude contra el presupuesto comunitario ⁽⁸²⁾.

Además de la protección del ámbito público, se establece la regulación en el ámbito privado, para la persona jurídica, convirtiendo así los canales de denuncia y la actuación del *Whistlerblower* en un instrumento idóneo para la salvaguarda de los intereses de ambos.

(81) Inspección de Trabajo y Seguridad Social y Agencia Estatal de la Administración Tributaria http://www.empleo.gob.es/itss/web/Atencion_al_Ciudadano/Como_denunciar_ITSS.html <http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/ZZ06/informacion.shtm>

(82) https://ec.europa.eu/anti-fraud/home_en

Y así dejan constancia, de su necesidad a título de ejemplo, diferentes informes, como el denominado “El grave problema de la corrupción en España”, realizado por el cuerpo de Inspectores de Hacienda del Estado y donde se proponen hasta 34 medidas para luchar contra la misma e incluso se establece la propuesta de recompensar la delación ⁽⁸³⁾. La recompensa como solución totalmente opuesta a un sistema más coercitivo en la obligación de denunciar, tiene su antecedente en EEUU en la *False Claims Act Federal*, de 1986, que protegía a empleados denunciadores de contrataciones fraudulentas con la Administración pública a cambio de una cantidad económica. Entre los peligros que puede darse en este tipo de prácticas en un país como España es que, como ya hemos mencionado, tienen una connotación peyorativa y como afirma GIMENO BEVIÁ, “la recompensas al delator de carácter económico pueden conllevar efectos perversos” y además hay que tener en cuenta la validez de la información, por lo que “el requisito fundamental que debe cumplir el delator consiste en erigirse en una “fuente original” ⁽⁸⁴⁾.

Además de los beneficios en el orden penal, a modo de recompensa no económica, por la denuncia ante el órgano público competente ya citados, también hay que considerar otro tipo de denuncias de ilícitos penales que también son recompensadas, como las medidas de fomento contra la violencia de género y contra el tráfico ilícito de seres humanos que son aplicadas al margen de que se trate de una persona jurídica ⁽⁸⁵⁾.

(83) XXIV Congreso anual de Inspectores de Hacienda Bilbao, 16 y 17 de octubre de 2014. <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/TFM/Redacción%20del%20TFM%20y%20artículos/Canal%20de%20denuncias/informe-corrupcion-inspectores-hacienda.pdf>.

Propuesta 4. Reforzar la denuncia pública, regulándose canales de información que garanticen la necesaria confidencialidad a los ciudadanos, o empleados de empresas o instituciones, que, disponiendo de información relevante para la lucha contra el fraude y la corrupción, quieran transmitirla a las instituciones y órganos encargados de investigarla. Propuesta 5. Regular el pago a confidentes para supuestos de denuncia de delitos, y no solamente en los casos de contrabando Creemos que una medida eficaz, no sólo contra el contrabando sino contra cualquier tipo de delito fiscal sería el que la AEAT dispusiera de fondos para pagar informaciones confidenciales de cuyo conocimiento se deriven el afloramiento o recuperación de cuotas defraudadas, similar al que ya se dispone para el pago de operaciones relacionadas con la persecución del contrabando, autorizado por la Disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando y que actualmente se gestiona por el Departamento de Aduanas e I.EE, conforme a un estricto procedimiento controlado trimestralmente por la Intervención General del Estado.

(84) GIMENO BEVIÁ, J. “De falciani a birkenfeld: la evolución del delator en un cazarrecompensas. Aspectos procesales e incidencia frente a las personas jurídicas (whistleblower vs bounty hunter)”. Diario La Ley, Nº 9139, Sección Tribuna, 14 de Febrero de 2018.

(85) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social “Artículo 31 bis Residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género. 2. Si al denunciarse una situación de violencia de género contra una mujer extranjera se pusiera de manifiesto su situación irregular, no se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción del artículo 53.1.a), y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se hubiera incoado por la comisión de dicha infracción con anterioridad a la denuncia o, en su caso, la ejecución de las órdenes de expulsión o de devolución eventualmente acordadas”.

En el ámbito del Derecho Administrativo cabe destacar los Programas de Clemencia que se encuentran en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, artículos 65 y 66, que exoneran o reducirán el pago de la multa de aquellas empresas que hayan tenido participación en un cártel y denuncien en primer lugar cumpliendo con los requisitos exigidos en dichos artículos ⁽⁸⁶⁾.

En materia de protección del denunciante, el Informe de 3 de febrero de 2014 de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la Corrupción en la Unión Europea, solicita “Mecanismos de denuncia adecuados que codifiquen procesos dentro de las administraciones públicas y abran canales oficiales para comunicar lo que se perciba como irregularidades o, incluso, actos ilegales para que pueden contribuir a resolver los problemas de detección inherentes a la corrupción (y también en otros sectores)” ⁽⁸⁷⁾.

A ello ha respondido rápidamente en el ámbito autonómico la Comunidad de Castilla y León con la Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y, se establecen las garantías de los informantes para regular la respuesta que debe dar la Administración respecto de las denuncias obtenidas por sus propios empleados sobre irregularidades realizadas por altos cargos o personal de las que pudiera derivarse un posible delito contra la Administración Pública ⁽⁸⁸⁾.

(86) Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. “Artículo 65. Exención del pago de la multa. “1. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, la Comisión Nacional de la Competencia eximirá a una empresa o a una persona física del pago de la multa que hubiera podido imponerle cuando: a) Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección en los términos establecidos en el artículo 40 en relación con un cártel, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma, o b) Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, le permitan comprobar una infracción del artículo 1 en relación con un cártel, siempre y cuando, en el momento de aportarse los elementos, la Comisión Nacional de la Competencia no disponga de elementos de prueba suficiente para establecer la existencia de la infracción y no se haya concedido una exención a una empresa o persona física en virtud de lo establecido en la letra a).”

(87)https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:058aecf0-d9b7-11e3-8cd4-01aa75ed71a1.0004.04/DOC_2&format=PDF

(88)<http://bocyl.jcyl.es/boletin.do?fechaBoletin=21/11/2016>

En cuanto a la protección del denunciante, la citada ley precisa en su artículo tercero las garantías que asisten al personal que haya denunciado, al igual que castiga la presentación de denuncias falsas como falta grave ⁽⁸⁹⁾. Por otro lado, asociaciones con carácter supranacional como *Transparency Internacional* apoyan también el establecimiento de medidas de protección al denunciante al amparo del artículo 33 de la Convención de las Naciones Unidas (CNU) contra la corrupción que tras su Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003, recomienda la necesidad de dar una protección eficaz a las personas que denuncien hechos de corrupción ⁽⁹⁰⁾. En este mismo texto, el artículo 26 enuncia que “Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención” y, seguidamente, en su artículo 32 sugiere la lucha contra los actos de represalias para proteger a testigos, peritos y víctimas: “Cada Estado parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno y dentro de sus posibilidades, para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos y peritos que presten testimonio sobre delitos tipificados con arreglo a la presente Convención (...)”.

(89) Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes. “Artículo 3. Garantías. 1. Frente a quien haya facilitado la información no podrá adoptarse ninguna medida que venga motivada por tal actuación y que perjudique su relación de servicio o condiciones de trabajo. De forma particular, no podrá ser removido de su puesto de trabajo, cualquiera que sea su forma de provisión, salvo aquellos cambios que se deriven estrictamente de la normativa aplicable. 2. Dichas garantías serán de aplicación desde que la información tenga entrada en la Inspección General de Servicios hasta un año después de que la Inspección General de Servicios haya terminado las actuaciones a las que se refiere el artículo 2 de esta ley. En el caso de que las actuaciones se hayan remitido al Ministerio Fiscal las garantías mantendrán su vigencia hasta que haya transcurrido un año desde que se dicte sentencia firme, o en su caso, se decrete el archivo definitivo. 3. Excepcionalmente y durante el mismo periodo, se podrá acordar el traslado de quien haya facilitado la información a otro puesto de trabajo de similares características al que venía ocupando, cuando lo solicite y concurren circunstancias, debidamente apreciadas por la Inspección General de Servicios, que así lo justifiquen. El acuerdo de traslado deberá contar con el consentimiento previo y expreso del empleado público que lo haya solicitado. 4. Las garantías previstas en los apartados anteriores se extenderán al personal que haya denunciado ante el Ministerio Fiscal o autoridad judicial la posible comisión de un delito contra la Administración, de los regulados en el Título XIX del Código Penal, desde que la denuncia se haya admitido a trámite por el Juez. 5. Se considerará falta grave la presentación de informaciones infundadas cuando en las actuaciones llevadas a cabo en la información reservada se pruebe de forma manifiesta su falta de fundamento, todo ello sin perjuicio de las consecuencias que establece el ordenamiento jurídico para los supuestos de acusación y denuncia falsas y simulación de delitos tipificados en el Capítulo V, del Título XX del Libro II del Código Penal.”

(90) Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción. “Artículo 33. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de incorporar en su ordenamiento jurídico interno medidas apropiadas para proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.” https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf

Posteriormente a lo establecido en la CNU contra la corrupción, ya en el año 2010, los líderes del G20 se comprometieron en establecer legislaciones que diera una efectiva protección al denunciante de corrupción en ambos sectores, el público y el privado lo que se plasmó en el Plan de Acción publicado en el 2011 por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). A su vez, la propia *Transparency International* publicó el documento *International Principles for whistleblower legislation* ⁽⁹¹⁾, que recomendaba una rápida participación e implicación de los gobiernos sobre esta materia y, posteriormente, en Abril de 2017 la misma organización en España publica *Position Paper de Transparencia Internacional España sobre Protección de Denunciantes (Whistleblowing)* con el ánimo de que se aborden las cuestiones más importantes sobre esta materia ⁽⁹²⁾.

En la actualidad, se está tramitando en el Congreso la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes, nº 122/000022, impulsada desde septiembre del año 2016, aunque no parece que vaya a tener una pronta aprobación y entrada en vigor. El estudio de esta nos lleva a destacar algunas de sus propuestas, como la creación de una Autoridad Independiente de Integridad Pública, los derechos que asisten a los denunciantes dentro de un marco de protección integral para su tutela y garantía, a quién le atribuye la condición de denunciante y los derechos que le asisten, el establecimiento de un canal confidencia de denuncias (con ciertas limitaciones), el inicio de un procedimiento de información reservada, la comprobación previa de los hechos, la participación de los responsables y el curso que debe darse a las conclusiones obtenidas. En esta última propuesta se indica que “si de las investigaciones realizadas se determina que existen indicios racionales de una posible conducta delictiva o de un posible delito, la Autoridad Independiente de Integridad Pública resolverá motivadamente dando traslado de lo actuado a al Ministerio Fiscal, sin perjuicio de la posibilidad de la Autoridad de ejercer la acusación particular” ⁽⁹³⁾.

(91)https://www.transparency.org/whatwedo/publication/international_principles_for_whistleblower_legislation

(92)https://transparencia.org.es/wpcontent/uploads/2017/04/position_paper_proteccion_denunciantes.pdf

(93)Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes. Nº 122/000022. http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-33-4.PDF

Unos de los planteamientos más controvertidos que integra esta Proposición de Ley es el establecimiento de un procedimiento intermedio que podría durar hasta seis meses y medio hasta que llegue a un juzgado. Además, atribuye limitaciones y competencias al órgano de la Autoridad Independiente de Integridad Pública que en ningún caso pueden entrañar restricciones de derechos de la persona investigada o de un tercero ⁽⁹⁴⁾, por lo que se podría convertir en un paso que conlleve una dilación innecesaria en la denuncia además de un riesgo para el denunciante.

El 23 de abril de 2018, la Comisión Europea presentó una Propuesta de Directiva relativa a la protección de las personas que denuncien infracciones del Derecho de la Unión. En dicha directiva, compuesta por 23 artículos, se desarrollan todos los aspectos esenciales en los que se deben apoyar los Estados miembros para su cumplimiento, ámbito de aplicación y definiciones, denuncias internas y externas y la tramitación de las mismas, protección de los informantes y los interesados, así como las disposiciones finales que recoge, entre otros, el artículo 21, que pone fecha límite a la presentación de los informes sobre su ejecución y aplicación ⁽⁹⁵⁾. De la exposición de motivos se desprende el impacto positivo que con la misma se pretende obtener en todos los Estados en consonancia con su legislación intraestatal en la protección de los derechos fundamentales del propio denunciante, además de la aplicación de medidas efectivas y proporcionadas y el compromiso de protección a quienes hayan sido perjudicados por denuncias falsas o inexactas.

No cabe duda de que esta Directiva es un gran avance tanto en el ámbito privado como en el público, respecto a la figura del *Whistleblower*. La misma deberá estar traspuesta en todos los Estados miembros a más tardar el 15 de mayo de 2021 ⁽⁹⁶⁾.

(94) RAGUÉS I VALLÉS, R. “¿Es necesario un estatuto para los denunciantes de la corrupción?”. Diario La Ley, nº 9003, Sección Tribuna, 19 de junio de 2017.

(95) Propuesta de Directiva relativa a la protección de las personas que denuncien infracciones del Derecho de la Unión. Artículo 21. “Los Estados miembro facilitarán a la Comisión toda la información pertinente relativa a la ejecución y aplicación de la presente Directiva. Basándose en la información recibida, la Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe de ejecución y aplicación de la presente Directiva a más tardar el 15 de mayo de 2023”.

(96) Propuesta de Directiva relativa a la protección de las personas que denuncien infracciones del Derecho de la Unión. Artículo 20. “Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva a más tardar el 15 de mayo de 2011”.

En nuestro país es vital transmitir seguridad y tranquilidad al delator o denunciante respecto de su conducta facilitadora de información, ya que es muy considerable el reproche social negativo frente a este tipo de conductas, principalmente por los propios compañeros de trabajo, tanto en organizaciones públicas como privadas, además de las represalias que pueden existir desde la propia empresa u organización. En el caso de los primeros, es importante resaltar que actualmente sigue estando mal vista la delación en nuestro entorno social, lo que también se traslada al ámbito de las relaciones de trabajo.

En el segundo caso hay que recordar que el Derecho Laboral español no admite represalias contra un trabajador que haya cumplido con su deber como ciudadano, habilitando para su defensa distintas vías dentro del orden laboral, entre ellas, la aplicación de la garantía de indemnidad, que protege al trabajador cuando realiza un hecho (en este caso realizar una denuncia de una infracción o actuación ilícita) que considera el empresario que le perjudica y procede a su despido. En estos términos, se declararía la nulidad del despido por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE, tal y como viene interpretando la jurisprudencia al considerar que no solo se vulnera este derecho por irregularidades en el proceso, sino también cuando en los actos previos a la realización de la acción el trabajador se ve atacado por conductas del empresario que le impidan ejercer su derecho, por lo que, en este sentido, el derecho a la tutela judicial efectiva queda ampliada a la actuación de los Jueces y Tribunales y al respeto a la garantía de indemnidad que asiste al trabajador ⁽⁹⁷⁾.

(97) STC 55/2004 de 19 de abril FJ 2º (...) “hemos de señalar que «en relación con la posibilidad de que una decisión empresarial de despido sea lesiva del art. 24.1 CE, este Tribunal ya declaró en la STC 7/1993, de 18 de enero (RTC 1993, 7) , citada por la demanda de amparo, que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado también cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. El derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface, pues, mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza”. En el mismo sentido y 38/2005 de 28 de febrero, entre otras. STS de 4 de marzo de 2012 tras el recurso de casación para unificación de la doctrina Nº 928/2012 y STS de 5 de febrero de 2013 tras el recurso de casación para unificación de la doctrina Nº89/2012.

En lo que al canal de denuncias se refiere, para que el denunciante quede protegido debe cumplir con todos los principios de protección de datos establecidos en el Reglamento Europeo 2016/679, de 27 de Abril de 2016 y la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales de licitud, lealtad, transparencia, limitación de finalidad, minimización de los datos, exactitud, limitación del plazo de conservación e integridad y confidencialidad ⁽⁹⁸⁾. En las líneas de aplicación o esquemas de procedimientos estandarizados establecido en la persona jurídica, es necesario que se advierta quienes van a ser los principales destinatarios, describir con qué tipo de canales de denuncia se cuenta, qué materias van a ser susceptibles de denuncias, a qué órgano se dirige la denuncia y quién las va a gestionar, cuál va a ser su tratamiento y cuál va a ser la protección del denunciante ⁽⁹⁹⁾. Ello pone de manifiesto la existencia de una cultura consolidada en el ámbito empresarial sobre los canales de denuncia, pero fuera de nuestras fronteras, una cultura que cabe ahora extrapolar y adecuar a todos los ámbitos jurídicos y culturales de nuestro país.

(98) RABAZO AUÑON, N. *El reglamento Europeo del Protección de Datos y el Canal de Denuncias*. <https://www.iocumplimiento.org/wp-content/uploads/2018/04/conferencia-sobre-el-canal-de-denuncia-valido-vr-1.compressed.pdf>

(99) GOÑI SEIN, J.L., *Ética empresarial y códigos de conducta*. Editorial La Ley, Madrid, 2011, pág 325.

1.4 LIMITACIONES DE LAS INVESTIGACIONES INTERNAS Y SU IMPORTANCIA PARA EL PROCESO PENAL

Además de la necesaria existencia de las investigaciones internas como parte fundamental del programa de cumplimiento, las mismas también son necesarias por y para el buen funcionamiento del canal de denuncias. En la mayoría de los casos, la investigación se va a producir porque hay una denuncia de mayor o menor relevancia recogida en el canal de denuncias que necesitará ser investigada de forma interna por la persona jurídica. En cuanto a ello, se alzan voces en la doctrina advirtiendo que se está produciendo con este tipo de investigaciones cierta privatización de la investigación penal y de la prevención del delito características del ámbito público, con la consiguiente disminución de las garantías que le asisten ⁽¹⁰⁰⁾.

Con la implementación del canal de denuncias en la organización vamos a obtener la información sobre la propia utilización del medio (quién realiza más denuncias, cuántas se realizan, la utilidad de las mismas, su veracidad, etc...), y para su funcionamiento, porque en la capacidad de reacción de la persona jurídica en administrar la información de la denuncia y tomar las medidas necesarias estará gran parte de la importancia de la del propio canal.

Como hemos adelantado con anterioridad, el órgano encargo de realizar estas investigaciones internas dentro del ámbito de la persona jurídica privada será el *Compliance Officer* o un órgano colegiado (Comité de denuncias). Con independencia de que dicha información se le haya suministrado a través de un canal de denuncias interno gestionado dentro de la propia estructura de la persona jurídica o, por el contrario, se gestione por una entidad externa, siempre y cuando se respeten y garanticen todos los derechos fundamentales que asisten al denunciante y a terceros.

A través del *Compliance Officer* o Comité de denuncias, la empresa iniciará la investigación interna de las comunicaciones o denuncias, sin olvidar que la información que obtenga es de la empresa.

(100) ESTRADA I CUADRAS, A. y LLOBET ANGLÍ, M. en SILVA SANCHÉZ, J.M. y MONTANER FERNANDEZ, R. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Editorial Atelier, Barcelona, 2013, pág 206.

Esta información puede ser considerada como una primera evidencia de la realización, preparación o consumación de un acto ilícito (delito tipificado en el Código Penal), ilícito extrapenal (infracción en materia laboral, administrativa, en materia de protección de datos, etc... que se recoge en otro orden jurisdiccional), o se puede tratar simplemente de un acto poco ético, castigado mediante un sistema disciplinario interno que se encuentre recogido en el Código Ético o Código de Conducta, por ser considerado un acto que no se encuentra en consonancia con la cultura de cumplimiento normativo establecido por la persona jurídica.

A caballo entre los actos ilícitos castigados por el código penal, como expresión de la última *ratio* y los considerados contrarios al Código Ético, en referencia a las sanciones no trascienden del ámbito de la empleador-empleado, se encuentran hechos, actos u omisiones que en un primer momento puede que no requieran un reproche desde el ámbito penal, por no encontrarse dentro de los números clausus establecidos por la propia disciplina, pero sí puedan llegar a constituir con el tiempo ilícitos penales, o simplemente se traten de hechos, actos u omisiones tendentes a constituirse como ilícitos extrapenales que van a reportar otro tipo de sanciones. En muchos de estos casos, las sanciones pueden llegar a ser incluso de mayor entidad y más gravosas que algunas que puedan calificarse como ilícito penal (ejemplo: el hecho de no poder percibir algunas subvenciones puede que perjudique menos que la imposición de sanciones administrativas que vayan a dejar a la empresa en una situación de vulnerabilidad financiera).

Antes de entrar a valorar el tipo de investigaciones que podemos advertir, y como paso previo, cabe hacer mención a los límites externos e internos que encontramos en el poder de dirección del empresario que quedan reflejados en los Códigos de Conducta o Código Éticos, ya que los mismos van a ser el texto base interno de la persona jurídica para la prevención, detención y reacción frente a las conductas contrarias al deber ético y a la cultura de cumplimiento establecida.

Manifiesta GOÑI SEIN que, tal y como es sabido, el artículo 38 de la CE reconoce al empresario la libertad de empresa y, con ello, en relación con la materia laboral, la capacidad de dirigir y especificar la prestación laboral y de ordenar y gestionar el conjunto de actividades que se van a desarrollar en la empresa con el fin del desarrollo de la actividad, todo ello bajo los presupuestos del artículo 20 del ET. Por otro lado, entre los poderes jurídicos que caracterizan esta posición se encuentra la asunción y formalización por parte de los titulares de la organización de las decisiones generales sobre la prestación laboral, incluidos los aspectos éticos. Así, el establecimiento de cláusulas de obligaciones laborales es en sí mismo una autorregulación de las partes que quedaría vinculada al principio de buena fe y a la confianza entre las partes. Este ya sería uno de los límites que las propias partes establecen, sin olvidar las cuestiones que pueden plantearse en las negociaciones colectivas con repercusión laboral con base en el deber de negociar previsto en el artículo 85 ET ⁽¹⁰¹⁾. Igualmente y, como otro límite, se encuentra el artículo 8.11 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social que califica de infracción grave “Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores”.

Pero estos no son los únicos límites, por lo que se puede diferenciar entre límites externos o constitucionales y los límites internos o contractuales. El primer límite externo o constitucional que encontramos es el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores. Al tratarse de derechos concretos, pero que sus límites pueden ser ampliamente interpretados, por el contexto en el que se dan, por el sector en el que realice la actividad la persona jurídica, por la capacidad regulativa existente, e incluso por el contexto político e ideológico, habrá que aplicarlos haciendo un triple juicio de proporcionalidad que ya estableció el Tribunal Constitucional para solucionar los conflictos existentes entre los intereses de la persona jurídica y los derechos fundamentales de los empleados ⁽¹⁰²⁾. La aplicación de este juicio de proporcionalidad también estará justificada en el caso de procedimientos de denuncias se vean afectados el derecho al honor, la dignidad de la persona, la intimidad, así como el derecho a la protección de los datos personales en aplicación del artículo 18 de la CE.

(101) y (102) GOÑI SEIN, J.L., *Ética empresarial y códigos de conducta*. Editorial La Ley, Madrid, 2011, págs 303-305.

Para proceder a su aplicación cabe establecer tres variables, por un lado un juicio sobre la idoneidad de la cláusula o mediada adoptada para “conseguir el objetivo propuesto”; por otro, la necesidad de la misma “en el sentido de la no existencia de otra menos gravosa y que tenga la misma eficacia” y, en tercer lugar, si la misma resulta proporcional porque se “obtingan más beneficios y ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes en conflicto” ⁽¹⁰³⁾.

Consideran ESTRADA I CUADRAS y LLOBET ANGLÍ que, para la aplicación del juicio de proporcionalidad que establece la jurisprudencia y la superación del mismo para que el empresario pueda adoptar medidas legítimas que respeten los derechos fundamentales, es necesario tener en cuenta los bienes y derechos que entran en conflicto y la intensidad de los mismo, pues “por un lado, el empresario tiene el deber respetar la intimidad de sus trabajadores pero, por otro, también tiene el deber de proteger a sus trabajadores o el deber de controlar la fuente de peligro que representa la empresa”. Concluyen los autores que cuando el propio empresario o la empresa pueden ser autores de un ilícito debe tener más facultades que cuando es simplemente la víctima. A su vez, la doctrina del Tribunal Constitucional considera que en la ponderación debe prevalecer el respeto a los derechos fundamentales que se le reconoce al trabajador frente al derecho de control del empresario ⁽¹⁰⁴⁾.

Como límite interno o contractual, tenemos el contrato laboral y su regulación. En torno al contrato laboral se encuentran aquellos límites que tienen que ver con actuaciones propias de la relación de laboralidad y que en la actualidad nuestro Tribunal Constitucional ha venido solucionando a base de jurisprudencia del “caso por caso” hasta crear doctrinas suficientemente solventes, como la del derecho a la libertad de expresión, la competencia desleal o el pacto de exclusividad, además de la diligencia debida de los empleados, entre otras, siempre bajo el paraguas de la buena fe entre las partes. Estos límites internos solo deben recordar las obligaciones y deberes legales derivadas del contrato.

(103) STC 186/2000 de 10 Jul. 2000, STC 96/2012, de 7 de mayo.

(104) ESTRADA I CUADRAS, A. y LLOBET ANGLÍ, M. en SILVA SANCHÉZ, J.M. y MONTANER FERNANDEZ, R. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Editorial Atelier, Barcelona, 2013, págs 205 y 226.

La jurisprudencia existente en torno a los límites tanto externos como internos citados son perfectamente extrapolables a los conflictos con los que se pueda encontrar el *Compliance Officer* en el desempeño de sus funciones cuando deba efectuarse algún registro en las taquillas de los trabajadores, necesite controlar y acceder a medios o recursos informáticos y tecnológicos facilitados por la empresa. En cada caso, tendrá que tener en cuenta hasta qué punto puede ponderar la situación, si es necesaria la autorización judicial o si por el contrario está haciendo valer la facultad que tiene el empresario para exigir el cumplimiento de los deberes laborales impuestos al trabajador y que se están utilizando los mecanismos de vigilancia adecuados que permitan, en su caso, que la actividad sancionadora esté justificada y se encuentre dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador, tal y como es exigida por los artículos 4.2 e), 18 y 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, además de la jurisprudencia existente en estos términos. Ello sitúa el marco legal en los artículos citados del ET (derechos del trabajadores y derecho del empresario), por lo que tendrá que equilibrar y compatibilizar ambos dentro de sus actuaciones también en las investigaciones internas para no sobrepasar el límite de la dignidad del trabajador como materialización de la combinación de tres derechos constitucionales fundamentales recogidos en el propio artículo 18 de la CE: el derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos. Desde las SSTEDH de 25 de junio de 1997, caso Halford c. Reino Unido, § 45 ; de 3 de abril de 2007, caso Copland c. Reino Unido, § 42 y 47, debe de conocerse lo que en la actualidad se conoce como “hábito social generalizado de tolerancia”, en el uso personal de los recursos facilitados por la empresa en cuanto a la aplicación de las medidas de supervisión y control, ya que este tipo de tolerancia genera un grado de “expectativas general de confidencialidad”⁽¹⁰⁵⁾.

(105) Se reconoce un cierto uso personal moderado y puntual de los recursos facilitados por la empresa en el plano de los límites extrapenales y encuadrado en la esfera laboral en el que también inciden SSTs, Sala de lo Social, de 6 de octubre de 2011 FJ 4º (...) “El conflicto surgirá, pues, si las órdenes del empresario sobre la utilización del ordenador -propiedad del empresario-, o si las instrucciones del empresario al respecto -en su caso la inexistencia de tales instrucciones- permitiesen entender, de acuerdo con ciertos usos sociales, que existía una situación de tolerancia para un uso personal moderado de tales medios informáticos, en cuyo caso existiría una "expectativa razonable de confidencialidad" para el trabajador por el uso irregular, aparentemente tolerado, con la consiguiente restricción de la facultad de control empresarial, que quedaría limitada al examen imprescindible para comprobar que el medio informático había sido utilizado para usos distintos de los de su cometido laboral”. Además, “En el caso del uso personal de los medios informáticos de la empresa no puede existir un conflicto de derechos cuando hay una prohibición válida. La prohibición absoluta podría no ser válida si, por ejemplo, el convenio colectivo reconoce el derecho a un uso personal. La prohibición determina que ya no exista una situación de tolerancia con el uso personal del ordenador y que tampoco exista lógicamente una "expectativa razonable de confidencialidad". En este sentido también STS, Sala de lo Social, de 8 de marzo del 2011, entre otras.

Posteriormente, la STEDH de 5 de Septiembre de 2017 (caso Barbulescu), estableció los requisitos para que la intervención de los correos electrónicos de los empleados por parte de la empresa fuese lícita, y al hilo de este pronunciamiento, el pasado mes de febrero, la STS 594/2018, de 8 de Febrero, muestra su posicionamiento más claro al respecto, al entender que el uso de los medios informáticos facilitados por la empresa, cuando estos tienen prohibido absoluta y válidamente su uso para fines personales, no deja paso a la aplicación de que pueda ser entiendo como un uso dentro del “hábito social generalizado de tolerancia” y admite el despido de un trabajador como procedente por haber utilizado el correo corporativo de la empresa para uso personal cuando estaba destinado estrictamente a fines profesionales. Con ellas, se alejan de los criterios establecidos en este sentido en las sentencias anteriores del TEDH.

Expresa el Tribunal Supremo en la misma sentencia la importancia de que la persona jurídica cuente con concreta normativa empresarial relativa a “los sistemas de información” y a la “política de seguridad de la información”. Por ello, deberá quedar establecido, en la persona jurídica, para dotar de garantías a las investigaciones del *Compliance Officer* en primer lugar, una política de usos de los medios y recursos informáticos y tecnológicos que haya sido debidamente comunicada y explicada a los trabajadores y en segundo lugar, las prohibiciones de uso absolutas de los recursos cedidos por la empresa.

Además, el Tribunal Supremo considera que “si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, porque, al no existir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad y porque, si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo (STS 06/10/11)” y que al recabar la información a través del servidor de la empresa sin necesidad de acceso medios personales del trabajador, “el ponderado examen del correo electrónico que se ha descrito en precedente apartado, utilizando el servidor de la empresa y parámetros de búsqueda informática orientados a limitar la invasión en la intimidad, evidencia que se han respetado escrupulosamente los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional y se han superado los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”. Además en este caso concreto, se podría admitir también como prueba no sólo para el despido del trabajador, sino como prueba válida en el

procedimiento penal que se pudiera derivar contra el mismo y la persona jurídica por haber recibido dádiva, mediante transferencia bancaria, de un proveedor, acto que quedaba expresamente prohibido en el Código de Conducta y que fue denunciado por un trabajador que encontró la fotocopia de dicha transferencia en la fotocopidora común de la empresa ⁽¹⁰⁶⁾.

A este respecto, entienden CUENCA MÁRQUEZ y CABECERANS CABECERANS que cuando la empresa no cumpla con las dos condiciones anteriores hay suficiente desarrollo jurisprudencial para entender que el *Compliance Officer* solo podrá acceder y controlar los medios de la empresa de forma limitada cuando se cumpla con la condición de que a) exista una causa justificada de acceso y b) que la medida utilizada sea proporcional ⁽¹⁰⁷⁾.

También cabe recordar que “el derecho a la intimidad no es absoluto -como no lo es ningún derecho fundamental-, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el límite que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo y sea proporcionado” [STC 115/2013, de 9 de mayo , FJ 5; o SSTC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6 ; y 70/2002, de 3 de abril , FJ 10]. Por lo que ante la existencia de duda razonable en cuanto a los límites de las funciones del *Compliance Officer* con indicios suficientes de que existe una conducta delictiva del trabajador, debe de solicitarse la pertinente orden judicial y el tribunal deberá motivar su decisión y concretar los elementos afectos por la medida para acceder al correo electrónico o medio de comunicación, ya no solo por el derecho a la intimidad de la persona física, sino porque la propia persona jurídica tiene garantizado el derecho al secreto de las comunicaciones en las que participa.

(106) STS 594/2018, de 8 de Febrero FJ 6º “No olvidemos que el examen del ordenador utilizado por el trabajador accionante fue acordado tras el «hallazgo casual» de fotocopias de las transferencias bancarias efectuadas por un proveedor de la empresa en favor del trabajador demandante -hecho expresamente prohibido en el Código de Conducta de la demandada e imputado en la carta de despido-.” y “Que el hallazgo «casual» de la referida prueba documental excluye la aplicación de la doctrina anglosajona del «fruto del árbol emponzoñado», en cuya virtud al juez se le veda valorar no sólo las pruebas obtenidas con violación de un derecho fundamental, sino también las que deriven de aquéllas (sobre ello, SSTC 98/2000, de 10/Abril ; 186/2000, de 10/Julio ; 29/2013, de 11/Febrero ; y 39/2016, de 3/Marzo . Y SSTS 05/12/03 -rec. 52/03 -; 07/07/16 -rcud 3233/14 -; SG 31/01/17 -rcud 3331/15 -; y 20/06/17 -rcud 1654/15 -)”.

(107) CUENCA MÁRQUEZ, J. y CABECERANS CABECERANS, J. “Compliance Officer y los límites constitucionales de sus investigaciones”. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 2/2015. Editorial Aranzadi, S.A.U. 2015.

La información obtenida a través del canal de denuncias, generalmente, dará paso a la investigación interna privada, que tendrá como fin llegar a conocer la verdad de los hechos para que la persona jurídica pueda actuar con base en esa información, bien para su defensa, bien para la colaboración con la justicia o para conseguir la exención o atenuación de la responsabilidad (lo que se conoce como reactivas/defensivas). Pero también se pueden realizar otras investigaciones internas para mejorar y comprobar el funcionamiento del programa de cumplimiento, *Compliance*, sin necesidad de que se derive de ellas la comisión de un delito y por ello, la consiguiente sanción, (proactivas /preventivas). El CP obliga a la persona jurídica a no tener un posicionamiento aséptico, sino que por el contrario, va a verse afectada, y mucho, por los informes y conclusiones que se extraigan de las evidencias obtenidas en estas investigaciones internas. Por ello, esta información puede llegar a ser la mejor defensa/prueba de descargo, para la defensa o el mejor ataque/prueba de cargo con la que cuente la acusación. Ello dará lugar a un posible conflicto de intereses entre el derecho de defensa de la empresa y el derecho de defensa de los trabajadores ⁽¹⁰⁸⁾ y, a mi juicio, también para la figura del empresario, (administrador o directivo), cuando el mismo se vea afectado por el artículo 31 bis 1 a) (por haber cometido el hecho delictivo) o por la conducta delictiva de un subordinado, artículo 31 bis 1 b).

En el caso de las investigaciones internas, se tiende solo a diferenciar el conflicto de intereses entre persona jurídica y trabajadores, pero olvidamos que igualmente el empresario, administrador o directivo, se puede ver envuelto en un proceso de responsabilidad penal, y esa información también será vital para su defensa o colaboración. En el primer caso, el expresado en el artículo 31 bis 1 a) le puede interesar como investigado, persona física, que no exista cierta información que pueda demostrar su autoría o participación, entre otros supuestos, y sin embargo puede ser muy importante para la persona jurídica que esta información sea conocida para poder acceder a beneficios penológicos.

(108) NIETO MARTIN, A. “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”. Diario La Ley nº 8120, Sección Doctrina, 5 de Julio de 2013.

En el segundo caso, el expresado en el artículo 31 bis 1 b) puede interesar a la persona física (empresario), que se sepa toda la información obtenida en las investigaciones internas en contra de los intereses del trabajador, y alinearse con el interés de la persona jurídica, para que tanto la persona física, empresario, como la persona jurídica concurran a mejor suerte en el proceso penal. La importancia en los dos ejemplos apuntados radica en las posibles sanciones que se puedan imponer a las partes por obstrucción a la justicia y por la destrucción de pruebas.

Las investigaciones internas deben estar alineadas con las investigaciones públicas en cuanto a los requisitos procesales que deben cumplir para que no sean declaradas pruebas ilícitas por vulneración de los derechos fundamentales o garantías procesales. Ello es de suma importancia, porque debemos considerar en toda actuación que la posible información obtenida mediante la vulneración de los derechos fundamentales conllevará la imposibilidad de utilizarla posteriormente en el proceso penal, por lo que ni sirve a la acusación para fundamentar la carga de la prueba, ni sirve a la defensa de la persona jurídica para poder atenuar o eximirse de la pena que le pueda ser impuesta ⁽¹⁰⁹⁾.

En cuanto a otras cuestiones a tener en cuenta en las investigaciones internas, tiene especial importancia el secreto profesional del abogado *in house*, que es aquel abogado que trabaja para la persona jurídica, formando parte de su estructura interna generalmente a través de una relación laboral. Los abogados por razón de su profesión tienen información muy valiosa de sus clientes, siendo el deber de guardar el secreto profesional tanto un deber como un derecho fundamental. Este derecho, en el caso de los abogados *in house*, fue eliminado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tras la sentencia del Caso Azko. La información que pueda facilitar el abogado *in house* es muy apetecible para la autoridad pública y debe quedar protegida por y para la toma de decisiones en cuanto a la estrategia procesal a seguir por la persona jurídica, por lo que el hecho de ser despojado del secreto profesional, le convierte en un sujeto controvertido para que pueda ejercer como *Compliance Officer*, pues en un proceso penal tendría que facilitar toda la información que conozca (en el caso del *Compliance*

(109) NIETO MARTIN, A. “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”. Diario La Ley nº 8120, Sección Doctrina, 5 de Julio de 2013, “la vulneración de estas reglas, a través de la institución de la prueba prohibida, se penaliza con la imposibilidad de utilizar después esta información como base de la condena.”.

debe de conocerlo todo), salvo si es nombrado “representante especialmente designado de la persona jurídica imputada”, por ser la representación “ficción” de la persona jurídica, a la cual le asisten los mismos derechos y garantías procesales que a la persona física (derecho a la no autoincriminación, a guardar silencio, etc...) ⁽¹¹⁰⁾. La cantidad de información que llega a conocer el *Compliance Officer* es uno de los motivos por los que los Fiscales solicitan la comparecencia de los mismos si conocen que no han sido llamados al proceso como “representante especialmente designado de la persona jurídica imputada”.

Con independencia de que el tipo de información obtenida sea sobre un posible ilícito penal, ilícitos extrapenales (infracción en materia laboral, administrativa, en materia de protección de datos, etc...) o una acto contrario a la ética empresarial y teniendo en consideración los tres no es difícil advertir que la información obtenida a través de la denuncia puede tener un grado de importancia diferente. Por tanto, debe catalogarse de forma diferente y debe tener un tratamiento diferente. Con ello, y con las diferentes fases en las que se puede encontrar la persona jurídica frente a un litigio penal (antes de su enjuiciamiento, durante el mismo pero antes de dictar sentencia y tras una sentencia condenatoria), se pueden distinguir diferentes tipos de investigaciones internas y el autor COLOMER HERNÁNDEZ pone en relación con el régimen de exclusión probatoria de las evidencias obtenidas en estas investigaciones para su uso en el proceso penal. Dicho autor divide las investigaciones internas en preventivas, confirmatorias y defensivas ⁽¹¹¹⁾ para su análisis en relación con el momento en el que el *Compliance*

(110) LECrim Artículo 409 bis. Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su Abogado. La declaración irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización. A dicha declaración le será de aplicación lo dispuesto en los preceptos del presente capítulo en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluidos los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable. No obstante, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación determinará que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar.

(111) COLOMER HERNÁNDEZ, I. *Cesión de Datos Personales y evidencias entre procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores y tributarios*. Editorial Aranzadi S.A.U. Navarra. 2018, “las investigaciones de naturaleza preventiva, encaminadas a vigilar y verificar el adecuado funcionamiento de las medidas de control para evitar de futuro la comisión de delitos por parte de las personas integradas en la organización de la persona jurídica. En segundo lugar, las investigaciones confirmatorias, que se dirigen a verificar la comisión de posibles delitos denunciados por cualquiera de los directivos o del personal subalterno a través de los mecanismos de denuncia previsto en el sistema de Compliance de la entidad. Y, en tercer lugar, las investigaciones que, tras la comisión del delito por el delincuente individual, se dirigen al esclarecimiento de las circunstancias del delito y de las responsabilidades dimanantes, con la intención de obtener material fáctico y probatorio que pueda ser usado por la persona jurídica en su defensa en el proceso penal” (pág 389).

Officer obtiene las evidencias y la posible vulneración de derechos fundamentales y garantías procesales que puedan darse con su obtención. Esta clasificación en tres tipos de investigaciones las subdivide en dos. Por un lado, estarán las investigaciones internas confirmatorias y defensivas y, por el otro, las investigaciones internas preventivas.

Con esta separación plantea dos supuestos o grados de posibles limitaciones a los derechos fundamentales que asisten a las partes. Por un lado, las limitaciones por parte de un particular, *Compliance Officer* y la persona jurídica, solo pueden darse en el ámbito del Derecho Laboral, el cual reconoce a los empresarios, en el ejercicio de su facultad de control de la actividad laboral, pero nunca en la investigación de un delito⁽¹¹²⁾, por ello, cierto grado de poder limitativo puede dar lugar a una responsabilidad disciplinaria, por lo que la prueba obtenida limitando derechos fundamentales sólo podrá ser válida para la eventual exigencia de responsabilidad disciplinaria, pero no en el proceso penal. Entendido así, el autor citado considera que “las facultades de limitación de derechos fundamentales en el curso de sus investigaciones solo pueden ser reconocidas al *Compliance Officer* para las investigaciones preventivas o predelictuales, pero en modo alguno para las investigaciones confirmatorias o defensivas.”⁽¹¹³⁾.

Por otro lado, la consecución de la prueba en el proceso penal produce diferentes efectos dependiendo si las evidencias obtenidas por el *Compliance Officer* en sus investigaciones internas las ha conseguido sin afectar ni limitar los derechos fundamentales, pues en estos casos sí serán admitidas en el proceso penal, mientras que las evidencias obtenidas limitando derechos fundamentales en ningún caso tendrán cabida para ser admitidas en el proceso penal, independientemente que se trate de investigaciones preventivas, confirmatorias o defensivas: “En estos casos cabría la aplicación de la regla de exclusión probatoria del artículo 11.1 de la LOPJ, justificadas en que no existe habilitación legal o jurisprudencial que faculte al *Compliance Officer* a lesionar o vulnerar derechos fundamentales y en que no concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia de la Sala Segunda para la no exclusión probatoria de las

(112) STC de 17 de diciembre de 2012 y STC de 7 de Octubre de 2013.

(113) COLOMER HERNÁNDEZ, I. “Régimen de exclusión probatoria de las evidencias obtenidas en las investigaciones del *Compliance Officer* para su uso en el proceso penal”. Diario La Ley, nº 9080, Sección Doctrina, 14 de Noviembre de 2017.

pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales”⁽¹¹⁴⁾.

Tras la STS 116/2017, de 23 de febrero de 2017 (la conocida “Sentencia Falciani”) se pone en tela de juicio lo que hasta ahora era aceptado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en cuanto a la aplicación de la regla de exclusión probatoria del artículo 11 de la LOPJ. No pretende con ello el Tribunal Supremo crear jurisprudencia, sino que se realice una ponderación atendiendo a las circunstancias de cada caso en concreto⁽¹¹⁵⁾. La misma, es una regla de exclusión que cabría aplicar cuando se obtienen pruebas con algún tipo de vulneración o lesión de los derechos fundamentales, y es llevada a cabo por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado con el objeto de preconstituir prueba. *A sensu contrario*, y tal como entiende la Sala Segunda en la citada sentencia, no cabría aplicar la regla de la exclusión probatoria a aquellas evidencias que se han obtenido por un particular con vulneración de los derechos fundamentales cuando se consigue “con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar prueba”⁽¹¹⁶⁾.

Con todo ello, afirma en sus conclusiones COLOMER HERNÁNDEZ que existen argumentos para entender que de forma indirecta la actuación investigadora de la persona jurídica se podría encuadrar con la finalidad de contribuir a la función estatal de la investigación de delitos y que, además sus actuaciones, siempre van encaminadas a la preconstitución de prueba. Si ello es así, como ya se ha afirmado anteriormente, las pruebas y evidencias conseguidas en las investigaciones internas de la persona jurídica no pueden realizarse al margen, vulnerando o lesionando los derechos fundamentales.

(114) COLOMER HERNÁNDEZ, I. *Cesión de Datos Personales y evidencias entre procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores y tributarios*. Editorial Aranzadi S.A.U. Navarra. 2018, “requisitos para no aplicar la regla de exclusión probatoria; de una parte, que no haya habido voluntad de prefabricar o preconstituir prueba con la actuación lesiva de los derechos fundamentales para la obtención de la fuente de prueba, y de otra, que la actuación del particular esté desconectada de la actividad estatal de investigación de los delitos” (págs 408-431). Y STS 116/1017, de 23 de febrero de 2017, FJ 6º y FJ 7º.

(115) GIMENO BEVIÀ, J. “De falciani a birkenfeld: la evolución del delator en un cazarrecompensas. Aspectos procesales e incidencia frente a las personas jurídicas (whistleblower vs bounty hunter)”. Diario La Ley, Nº 9139, Sección Tribuna, 14 de Febrero de 2018.

(116) COLOMER HERNÁNDEZ, I. “Régimen de exclusión probatoria de las evidencias obtenidas en las investigaciones del Compliance Officer para su uso en el proceso penal”. Diario La Ley, nº 9080, Sección Doctrina, 14 de Noviembre de 2017.

III. PRUEBA LÍCITA Y PRUEBA PROHIBIDA

1.1 PRUEBA DE CARGO Y EL “DEBIDO CONTROL” COMO PRUEBA DE DESCARGO

La consecución de pruebas que beneficien en un proceso penal a cada una de las partes es el eje principal de las pretensiones de las mismas, por lo que no sólo tiene cabida hallar pruebas directas de la culpabilidad o inocencia, sino que, tienen gran relevancia la prueba indiciaria, que se convierte en la prueba reina ⁽¹¹⁷⁾, que de igual modo será imprescindible en el proceso penal contra la persona jurídica. Este tipo de prueba no sólo será objeto de las investigaciones internas por parte de la persona jurídica como una posible evidencia de la comisión de un delito, sino que será fundamental para que se pueda desarrollar posteriormente la investigación en la fase de instrucción.

Ambas partes, acusación y defensa, también pueden recurrir a poner de manifiesto contradicciones en las declaraciones de los testigos, los testigos de referencia y a hacer valer las reglas acerca de las declaraciones de los coimputados y denunciantes. Todas ellas bajo la importancia que puedan adquirir a la hora de la valoración de la prueba por parte del Juez o Tribunal, siempre que cumplan los requisitos exigidos por la LECrim y la doctrina jurisprudencial.

En cuanto a la persona jurídica, es fundamental para determinar la carga de la prueba citar la doctrina que hasta ahora siguen los tribunales, y en esta línea, las primeras sentencias del Tribunal Supremo que abordaron cuestiones interpretativas de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En particular, las SSTA 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo, inclinándose el voto mayoritario de la primera sentencia por un modelo responsabilidad directa por el hecho propio. Posteriormente el Tribunal Supremo vuelve a pronunciarse en sentencia 516/2016, de 13 de junio y, días más tarde en el auto aclaratorio de 28 de junio de 2016, fundamentando su clara apuesta por el modelo de autorresponsabilidad, debiendo responder la persona jurídica por su propio delito ⁽¹¹⁸⁾.

(117) ASECIO MELLADO. J.M, Derecho procesal penal. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág 298.

(118) ARANDA MARTINEZ, M.C. Comentarios sobre la prueba en la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la problemática actual, Alicante, 2017. Pág.22-25, <http://hdl.handle.net/10045/67422>

Cuestión esta de gran importancia, pues la persona jurídica no responde por los hechos u omisiones de la persona física, sino que lo hace por su propio injusto, el defecto de organización, y por su propia culpabilidad, que sería la ausencia del cumplimiento de la legalidad “debido control” ⁽¹¹⁹⁾.

Cabe advertir que recientemente, con fecha 25 de Octubre de 2018, la STS 3665/2018 (ponente Excmo. Andrés Martínez Arrieta) volvió a plantear dudas sobre la doctrina hasta hoy ya aceptada ⁽¹²⁰⁾, aunque posteriormente realizó la correspondiente rectificación al considerar el Tribunal Supremo que solo se trataba de un error en la argumentación realizada ⁽¹²¹⁾. Sin considerar estos “errores”, es evidente que en la doctrina no existe unanimidad en cuanto a esta cuestión, al igual que tampoco existe unanimidad en la postura de muchos autores, cuestión que genera inseguridad jurídica para la persona jurídica acusada. Respecto a ella, se alzan voces discrepantes, como la de DEL ROSAL BLASCO, frente a ciertas directrices marcadas por el Tribunal Supremo: 1) la falta de concreción en referencia a la carga de la prueba de la acusación, esto es ¿Qué debe probar exactamente la acusación?. El objeto de prueba podría serlo tanto el incumplimiento de alguna medida de control como la ausencia de un modelo de organización y gestión con medidas de control idóneas para evitar el riesgo de que se produzca el delito, 2) la indeterminación de lo que debe definirse como cultura ética empresarial, cultura de cumplimiento o defecto de organización, que son fundamentales para la concreción del injusto penal o la culpabilidad de la persona jurídica, que no quedan definidos de forma precisa ⁽¹²²⁾.

(119) GÓMEZ-JARA DIEZ, C., en “Fundamentos de la responsabilidad penal de la persona jurídica” en BAJO FERNÁNDEZ.M., FEIJOO SÁNCHEZ. B.J., GOMÉZ-JARA DIEZ, CARLOS. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Editorial Aranzadi. S.A, Pamplona, 2016, pags 89-91. STS 154/2016, 19 de febrero, que recoge que el injusto típico tiene la base en el defecto de organización de la persona jurídica.

(120) STS 3665 de 25 de octubre de 2018 “La queja expuesta sobre la absolución de la persona jurídica no tiene el alcance que plantea. La responsabilidad penal de la persona jurídica es vicarial y, aunque no supeditada a la condena de una persona física, sin depender de su conducta. Lo que justifica que no siendo declarada probada la antijuricidad de la conducta de la persona física, la de la jurídica deba mantener la misma solución”.

(121) Rectificación de la STS 3665 de 25 de octubre de 2018. El Auto 12174/2018 suprime la frase “Lo que justifica que no siendo declarada probada la antijuricidad de la conducta de la persona física, la de la jurídica deba mantener la misma solución”, esta rectificación según el autor del blog de Derecho <https://enocasionesveoreos.blogspot.com/2018/12/en-ocasiones-el-tribunal-supremo-aclara.html?m=1> FRAGO AMADA J.A, sigue estando mal efectuada, pues a pesar de eliminar dicha frase el Tribunal Supremo sigue manteniendo su vicariedad.

(122) DEL ROSAL BLASCO, B. “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de la persona jurídica: reflexiones sobre la STS 154/2016 y sobre la circular número 1/2016 de la fiscalía general del estado”. Diario La Ley, nº 8732, Sección Doctrina, 1 de Abril de 2016.

El tipo de responsabilidad penal de la persona jurídica y la carga de la prueba fueron, entre otras, las dos cuestiones más importantes expuestas por el Excmo Magistrado y Fiscal General del Estado MAZA MARTÍN ⁽¹²³⁾ en la primera sentencia publicada que condena por responsabilidad penal a la persona jurídica, STA 154/2016, de 16 de febrero. Esta misma sentencia ya contó con voces discrepantes en el voto particular, la doctrina avalada después por GOMEZ TOMILLO ⁽¹²⁴⁾.

En el caso de la persona jurídica, será el Ministerio Fiscal en la mayoría de los casos quien introduzca la prueba de cargo mediante la cual quede acreditada, tanto la culpabilidad de la persona física como “la ausencia o defecto de control” en la persona jurídica, y con ambas debe el Ministerio Fiscal practicar la misma intensidad probatoria. Así, será la persona jurídica la que deberá probar que llevó a cabo un fiel cumplimiento de la legalidad y una cultura empresarial capaz de prevenir, detectar y controlar cualquier manifestación del hecho delictivo que pueda darse en la organización.

Si nos vamos a la situación seguida por la doctrina actualmente respecto a la persona jurídica, en torno a la valoración de la prueba, y a la prueba de cargo y descargo demandada de forma más concreta tanto por el Código Penal como la jurisprudencia ya citada, entendemos que lo que debe demostrar la acusación, la prueba de cargo que debe existir que desvirtúe la presunción de inocencia de la persona jurídica, es que exista una verdadera ausencia de un modelo de organización y gestión con medidas de control idóneas para evitar el riesgo de que se produzca el delito. Lo que nos lleva a pensar que si no existe un programa de cumplimiento normativo, en consecuencia se produce la inexistencia del “debido control” por parte de la persona jurídica. Si por el contrario, sí existe, la parte acusadora tendrá que probar que a pesar de contar un programa de cumplimiento, el mismo no es idóneo o eficaz para evitar la actividad delictiva en la persona jurídica.

(123) STS 154/2016, de 19 de febrero.

(124) GOMEZ TOMILLO, M. *Compliance Penal y Política Legislativa*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 32-37 y “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y carga de la prueba de la idoneidad de los programas de cumplimiento” Diario La Ley, nº 8861, Sección Tribuna, 11 de Noviembre de 2016.

Dicho lo anterior, la persona jurídica en su defensa, frente a la acusación del Ministerio Fiscal, encontrará en los programas de cumplimiento normativo idóneos y eficaces su principal prueba de descargo. Por tanto, en el procedimiento penal contra ella tendrá que acreditar que ha observado e implementado ese “debido control” en su infraestructura para dejar constancia de la idoneidad y eficacia de su programa de cumplimiento normativo y de la “cultura de cumplimiento”. Si esto es así, y no existe suficiente prueba de cargo, la autoridad judicial determinará el archivo de las actuaciones o, por el contrario, continuará el Ministerio Fiscal con la obligación de ser él quien deba demostrar la culpabilidad de la entidad. La ausencia o defecto del debido control puede darse por distintos motivos. Por ejemplo, porque el programa de cumplimiento es inadecuado o ineficaz, lo que conllevará una valoración del Juez o Tribunal juzgador sobre el mismo y la determinación de la existencia o no de la aplicación de las diferentes circunstancias modificativas recogidas en nuestro Código Penal. Pero también, como hemos mencionado antes, puede darse el caso de que la persona jurídica no lo aporte, porque no le interese, o porque no lo tenga, lo cual obliga igualmente el Ministerio Fiscal a mantener la acusación y demostrar la ausencia del debido control.

Adquiere así la información aportada al proceso penal por el programa de cumplimiento una importancia distinta para el delator e incluso para toda la investigación interna y el proceso penal. Por último, la persona jurídica también puede poner de manifiesto las irregularidades existentes, o en su caso, el delito cometido, sin necesidad de denuncia previa a través del canal de denuncias, con el ánimo de colaborar con la justicia y procurar el correspondiente beneficio penológico.

La aplicación del principio de legalidad vigente en nuestro ordenamiento jurídico obliga a la apertura del juicio oral y el paso por el “banquillo” de la persona jurídica, siendo uno de los mayores miedos que existe en el tejido empresarial, pues la pérdida de la reputación, de clientes, los costes excesivos de pasar meses o años manteniendo la defensa, deriva sobre todo en un gran perjuicio económico y social que podría ser solventado con la introducción del principio de oportunidad ⁽¹²⁵⁾, más aun, teniendo en cuenta la actual situación de la institución jurídica de la presunción de inocencia, la cual socialmente últimamente carece de credibilidad.

(125) GIMENO BEVIÁ, J. “La apuesta por el principio de oportunidad y los programas de Compliance en el proceso penal de las personas jurídicas”. Diario La Ley, n 8437, Sección Tribuna, 9 de Diciembre de 2014.

Igualmente, hay que tener en cuenta que en la actualidad, no existen unos criterios objetivos en la jurisprudencia sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica que faciliten la labor judicial entorno a una “experiencia anterior o máxima de experiencia”, por lo que plantea una nueva indeterminación sobre la actuación de los mismos en cuanto a la valoración del *Compliance* como prueba, salvando los casos en los que ni siquiera entra al proceso por caer en causas de inadmisión. Así, no cabe duda que la labor de valoración de la prueba del Juzgado o Tribunal una vez tenga delante un programa de cumplimiento normativo va a ser una de la más esperada y analizada por la doctrina en los próximos tiempos.

1.2 PROBLEMÁTICA PROCESAL. LA PRUEBA PROHIBIDA

Los *Compliance* o programas de cumplimiento normativo van a ser, quizás, la prueba más importante a valorar por el órgano enjuiciador, por lo que se hace imprescindible que tales programas lleguen al juicio oral con un desarrollo y procedimiento adecuado que no adolezca de posibles irregularidades, defectos o incluso prácticas inadecuadas que puedan vulnerar derechos fundamentales y que conviertan dicha prueba en una prueba prohibida.

Tras la importante sentencia del Tribunal Constitucional, STC 114/1984, de 26 de noviembre, en la que se posiciona y realza la importancia de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico con manifestaciones como: “necesidad de alcanzar un justo equilibrio entre la actividad encaminada a la investigación y descubrimiento de actividades delictivas y la salvaguarda del conjunto de derechos que toda persona debe poseer de un Estado de Derecho” y la necesidad de “existencia de una exigencia constitucional de inadmisión e imposible valoración de prueba motivada por la presencia de importantes vicios o irregularidades en el proceso de obtención”, en 1985 se traslada este posicionamiento al artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que indica que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”⁽¹²⁶⁾, limitando así los medios y métodos de obtención de prueba a aquellos que legalmente y jurisprudencialmente respeten las garantías procesales y los derechos fundamentales.

Por otro lado, autores como ASENCIO MELLADO⁽¹²⁷⁾, exponen que la prueba como medio no tiene una única finalidad, la de convencer al juez o tribunal, sino que además, la prueba entendida como actividad, es también garantía de realización de un proceso justo, que elimina la arbitrariedad judicial. Y con convicciones como esta empieza a dar cabida en nuestro ordenamiento jurídica a la denominada, teoría de “los frutos del árbol envenenado”.

(126) ASENCIO MELLADO, J.M. *Derecho procesal penal*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág 142-143.

(127) ASENCIO MELLADO. J.M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Editorial Trivium S.A, Madrid 1989, pág 16.

Esta teoría, como es conocido, recoge la no efectividad de la prueba obtenida de forma directa o indirecta (“efecto reflejo”) con vulneración de los derechos fundamentales. Así, toda prueba obtenida lícitamente que procede de otra que se ha obtenido de forma ilícita, estará contaminada por la primera y no podrá tener validez en el proceso penal. La jurisprudencia del TC ⁽¹²⁸⁾ no ha sido unánime en todos estos años y la doctrina en ocasiones se ha decantado por la admisión de esta teoría o rechazo rotundo de la misma.

En la actualidad, y desde la STC 81/1998, de 2 de Abril, se aplica la nueva doctrina de la “conexión de antijuridicidad”, mediante la cual el tribunal exige no solo un vínculo en el origen, nexos causal, sino que además concurra la denominada “conexión de antijuridicidad” ⁽¹²⁹⁾. Con el reconocimiento de los mismos derechos fundamentales y garantías procesales a la persona jurídica cabe, trasladar las mismas exigencias, derechos y obligaciones a esta última, dentro de lo que le permite su configuración de “ente jurídico” y por tanto también será de aplicación la citada doctrina.

La prueba novedosa de los programas de cumplimiento, dentro del ámbito penal, pone un nuevo panorama sobre la mesa del juzgador, del fiscal y del abogado, pues como ya hemos explicado antes, la valoración de la validez de la mismas en términos procesales no solo tendrá que ser individual, sino también en su conjunto, siguiendo la premisa anteriormente citada de utilización de “medios de prueba concretos, específicos y lícitos”, en consonancia con lo establecido en el artículo 11 de la LOPJ y los artículos que puedan verse afectados, según el medio de prueba de la LECrim.

(128) STC 85/1994, de 14 de marzo de 1994, STC 49/1996, STS de 20 de diciembre de 1996, STS de 4 de marzo de 1997, STS de 26 de junio 1998, STS de 17 de febrero de 1999, “doctrina del caso Naseiro” (Auto de 18 de junio de 1992), STC 81/1998, de 2 de abril, entre otras.

(129) DEL MORAL GARCIA, A. “la conexión de antijuridicidad como presupuesto de la nulidad de la prueba refleja y supuestos de ruptura”. “La prohibición de valoración apuntada atañe tanto a la prueba directamente obtenida como consecuencia de la vulneración del derecho fundamental cuanto a la derivada de ella. Al respecto debe destacarse que el sistema de excepciones en que se considera lícita la valoración de pruebas causalmente conectadas con la vulneración de derechos fundamentales, pero jurídicamente independientes, se refiere, en principio, a la prueba derivada o refleja, y su razón de ser, como expresamente establecimos en STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 4, es que “tales pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad)”(pág8). https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ponencia%20del%20Moral%20García,%20Antonio.pdf?idFile=ffbc5c56-1258-4d62-a737-674cfadb3467

Estableciendo la misma doctrina científica y en aplicación de la lógica seguida por nuestra legislación, se deduce fácilmente que el tema no va a ser sencillo. En primer lugar, porque se carece de antecedentes de aplicación de dicha teoría en la jurisprudencia existente que afecten a los programas de cumplimiento, en segundo lugar, porque cabe deducir que si la valoración o consideración como ilícita de una sola prueba individual (ejemplo: obtención de información por correo electrónico), ya puede llevar en sí misma la aplicación del “efecto reflejo” de la ilicitud de la prueba o vulneración directa de los derechos fundamentales, cabría pensar que la prueba en su conjunto, *Compliance* o programas de cumplimiento, del que forma parte, también sería considerada una prueba ilícita o prueba prohibida si no supera el juicio de la conexión de antijuridicidad. Por lo tanto, cabe la aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional de la “conexión de antijuridicidad” reforzada con sentencias como las SSTC 28/2002, de 11 de febrero y STC 167/2002, de 18 de septiembre, en las que el tribunal, con carácter también excepcional, admite la validez o eficacia de ciertas pruebas que se consiguen con vulneración de los derechos fundamentales, pero “jurídicamente” independientes de la viciada a partir de elementos que permiten una “desconexión causal”, es decir, que se han obtenido mediante unas actuaciones o investigaciones que no tenían la misma causa y adquiridos por medios autónomos y distintos a los que determinan la primera y, por otro lado, comprobar si la valoración es lícita en cuanto a la tutela y protección de los derechos fundamentales.

Respecto a esta doctrina, concluye ASECIO MELLADO que “la existencia o no de la referida “conexión de antijuridicidad”, no constituye en sí misma un hecho, sino un “juicio de experiencia” que permite concluir que las pruebas derivadas hubieran podido adquirirse por medios independientes, distintos y autónomos de los que han causado la vulneración del derecho fundamental”⁽¹³⁰⁾.

Y en tercer lugar, porque lo dicho en los apartados anteriormente nos lleva a la realización de una valoración preprocesal, no solo en la fase instructora, sino incluso en las investigaciones internas de la propia persona jurídica, porque continuar con el sostenimiento de una evidencia o prueba de la posible comisión de un delito a sabiendas de su nulidad o inadmisión en el proceso penal carece totalmente de sentido, en aplicación de la doctrina actual.

(130) ASECIO MELLADO, J.M. *Derecho procesal penal*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág 146-148.

A modo de conclusión, es necesario determinar que la institución jurídica de la prueba prohibida será de plena aplicación en el caso de la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero al no contar con casos en los que se haya podido llevar a la práctica hasta la fecha, será susceptible de constantes interpretaciones, ya no solo porque se tenga que hacer una valoración de la prueba individual y en su conjunto de los programas de cumplimiento normativo, *Compliance*, sino porque la casuística que va a determinar su aplicación puede llevar a ser muy abundante.

IV. DIFERENCIAS ENTRE LAS INVESTIGACIONES INTERNAS DEL COMPLIANCE OFFICER Y LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN REALIZADAS POR LA AUTORIDAD POLICIAL, FISCAL O JUDICIAL ENCARGADA DE LA INVESTIGACIÓN.

Los delitos cometidos por las empresas encuentran su reproche penal en nuestro ordenamiento jurídico principalmente en el artículo 31bis, aunque en lo referido a su responsabilidad penal también cabe nombrar los casos especiales del artículo 129 CP⁽¹³¹⁾. Es el instrumento que el legislador utiliza para perseguir los tipos delictivos que se producen dentro de su estructura, aconsejado y bajo las recomendaciones tanto de organismos internacionales como del propio derecho comparado internacional y nacional. Le impone la necesidad de colaboración con la Justicia, aportando la información obtenida, que a su vez le debe valer a la propia persona jurídica para beneficiarse de las circunstancias modificativas descritas en el código penal. Así, una de las actuaciones que más puede beneficiar a la persona jurídica es “la detención y denuncia del delito por la organización ya que denota una cultura de cumplimiento que provoca la exención de su responsabilidad criminal”⁽¹³²⁾.

Mirando esta imposición desde una perspectiva procesal, la persona jurídica tendrá que decidir entre colaborar y beneficiarse de las ventajas penológicas que pueda tener (conformidad, archivo de las actuaciones, etc...), y por lo tanto, facilitar toda la información que posea a la autoridad judicial o por el contrario, optar por ejercer su derecho de defensa utilizando esa información, para la misma, y optar por otro tipo de beneficios penológicos (exención o atenuación).

(131) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Artículo 129. 1. En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita. 2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas. 3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7.

(132) TORRAS COLL, J.M. *Aspectos procesales de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Valoración del programa de Compliance*. La ley penal, nº 130, Enero-Febrero 2018, Editorial Wolters Kluwer.

Como hemos visto anteriormente, el marco de las investigaciones internas en la persona jurídica está regulado principalmente por el Derecho del Trabajo, con independencia de las cautelas preprocesales que haya que advertir. Por lo tanto, todas las actuaciones se realizan bajo el marco de la relación empleador-empleado. Sin embargo, en el caso de las diligencias de investigación que se producen en la fase de instrucción el marco en el cual se trabaja es distinto, porque la relación es el ejercicio del *ius puniendi* del Estado frente al ciudadano que, en este caso, es una persona jurídica ⁽¹³³⁾. Ya tenemos aquí la primera gran diferencia que va a determinar que una misma actuación de todos los que forma parte de la estructura de la persona jurídica, incluidos especialmente el *Compliance Officer* y la figura del *Whistleblower*, vaya a tener consecuencias muy distintas si se realizan en un ámbito de actuación o en otro.

La relación de las partes dentro del ámbito de las investigaciones internas se fundamenta principalmente en la persecución de las irregularidades o prevención del delito en torno a la buena fe de las partes, los valores éticos sociales, el poder de dirección del empresario y el deber de obediencia del empleado. Por ello la información, pruebas o evidencias que se puedan tener en las mismas, en algunos casos, cuando son trasladadas al ámbito de las diligencias de investigación, puede constituir una lesión o vulneración de los derechos fundamentales, no sólo del propio trabajador, sino también de la propia persona jurídica. Pongamos como ejemplo el derecho a guardar silencio o a no autoincriminarse que asiste a la persona jurídica. Se generaría cierto grado de indefensión si es instada por la autoridad judicial para aportar la información que posee dentro del ámbito de sus propias investigaciones, quedando además privada de su derecho a decidir si desea colaborar o no con la Justicia. Algo parecido sucede con la confidencialidad o anonimato del que debe beneficiarse el denunciante de la irregularidad o delito cuando lo hace en el ámbito de las investigaciones internas, ya que es una de las premisas fundamentales de las mismas, la protección del denunciante y del denunciado.

(133) NIETO MARTÍN, A. “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”, Diario La Ley, nº 8120, Sección Doctrina, 5 de julio de 2013.

Esta confidencialidad o anonimato se mantiene mientras que no pasamos la esfera de dichas investigaciones. En el momento en el que se procede a la investigación en el proceso penal, los mismo pueden ser llamados al proceso en calidad de testigo de referencia, testigo, autor, partícipe, colaborador, coimputado, entre otras figuras de carácter penal, y a los ellos les asistirá derechos y garantías procesales distintas dependiendo del grado de participación. Cuestión distinta son todas las circunstancias que deban darse para que la información aportada por ellos tenga suficiente valor probatorio en el proceso penal contra la persona jurídica para conseguir enervar su presunción de inocencia y los beneficios penológicos que puedan conllevar la delación o autodenuncia por parte de los mismos, recogidos en el CP.

Otras de las diferencia existente entre las actuaciones que se están analizando es el secreto profesional de los abogados *in house* ya que los hechos denunciados, la identidad del denunciante y el resultado de la investigación es material muy sensible para la persona jurídica, que estará protegido dentro de las investigaciones internas, pero, en el proceso judicial, el requerimiento del Juez o Tribunal hace decaer dicha confidencialidad. Por ello, es aconsejable que la gestión de la información que llega a través del canal de denuncias sea puesta a disposición de un despacho o abogado externo ⁽¹³⁴⁾, a pesar de que tenga que ser comunicada al *Compliance Officer* para que pueda hacer su función investigadora y de información al órgano de administración en caso de que fuera necesario, favoreciendo así la participación del delator mediante la protección de su identidad también en el proceso penal, siempre que las circunstancias judiciales lo permitan.

Las investigaciones internas deben iniciarse siempre que haya suficiente grado de certeza sobre la existencia de una comisión o posible comisión de irregularidad o delito, que pueda ser realizado por la persona jurídica, no debemos olvidar, que hasta ahora, en el caso de los delitos existe una lista de *Númerus Clausus*, por lo que mediante dicha investigación, se podrá ya calificar (sin que tenga relevancia penal) si el delito constituye un ilícito por el que pueda ser investigada la persona jurídica o sólo la persona física que lo realiza, si no se encuentra dentro de la citada lista.

(134) GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N. “Representación y defensa de la persona jurídica: el posible conflicto de intereses” en *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas jurídicas*. Lefebvre-El Derecho S.A. Madrid. 2015, pág 288.

Obviamente esta calificación será o no la misma, una vez que la parte acusadora presente su escrito de calificación, pasando a tener una mayor relevancia que la que tiene en la investigación interna.

Como medios de obtención de prueba dentro de las diligencias de investigación ordinarias que pueden efectuarse sobre la persona jurídica podemos conocer aquellas referidas a la inspección ocular, la de conocer su identidad, sus circunstancias personales, la declaración del procesado persona jurídica, es decir, la de su representante especialmente designado ⁽¹³⁵⁾, la declaración de los testigos que tengan conocimiento de actos potencialmente incriminatorios con obligación de decir verdad, la posibilidad de careo entre testigo, coimputado representante legal de la persona jurídica e incluso las contradicciones de las declaraciones de los testigos, testigos de referencia o declaraciones del coimputado o denunciante.

Igualmente caben las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales que son aplicables también a la persona jurídica recogidas en la LECrim como medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución. Estas son, la entrada y registro en lugar cerrado (artículos 545 a 572), el registro de libros y papeles (artículos 573 a 578), y la detención y apertura de correspondencia escrita y telegráfica (artículo 579 a 588), en cuyo concepto entran las intervenciones telefónicas ⁽¹³⁶⁾. Estos mismos, también tienen su aplicación en la persona jurídica.

En el análisis de cada una de las diligencias de investigación enunciadas, en lo que a la persona jurídica se refiere, habrá que acudir tanto a la legislación actual como a la jurisprudencia desarrollada por los tribunales nacionales y europeos para concluir y determinar la especialidad de cada una de ellas.

(135) Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículo 409 bis. Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su Abogado. La declaración irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización. A dicha declaración le será de aplicación lo dispuesto en los preceptos del presente capítulo en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluidos los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable. No obstante, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación determinará que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar.

(136) BANALOCHE PALAO, J. en BANALOCHE PALAO, J., GOMÉZ-JARA DÍEZ, C., ZARZALEJOS NIETO, J., *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Aspectos Sustantivos y Procesales*. Editorial La Ley, Madrid, 2011, págs 206-223.

No cabe en el desarrollo de las mismas que se produzcan lesión, quebrantamiento o vulneración en las garantías procesales y derechos fundamentales que asisten a la persona jurídica, aunque el desarrollo de las mismas tenga determinadas especialidades que en algunos casos ya han sido recogidos legalmente y por la jurisprudencia y en otros, existe todavía diferentes lagunas o indeterminaciones, que tendrán que ser resueltas, según la casuística que se vaya produciendo, por la jurisprudencia.

Entre los derechos fundamentales que también asisten a la persona jurídica, destacamos en este punto el derecho a la igualdad y el derecho a la tutela judicial efectiva. Este último podemos desglosarlo en el derecho de acceso al proceso, derecho de defensa y representación de la persona jurídica, derecho a no declararse culpable, a la no autoincriminación y a guardar silencio y el derecho a la presunción de inocencia ⁽¹³⁷⁾.

Todos ellos pueden formar parte de la estrategia de defensa de la persona jurídica, siempre y cuando se respeten su ámbito de aplicación y los límites, que en su caso, puedan tener establecidos en cada uno de ellos.

(137) Derecho a la igualdad (STC 23/1989, de 2 de febrero), como el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 95/2003) derecho de acceso al proceso (artículo 24 CE y STS 221/2016, de 16 de marzo, derecho de defensa y representación de la persona jurídica (STS 514/2015, de 2 de septiembre, derecho a no declararse culpable, derecho a guardar silencio y a la no autoincriminación (STC 18/2005 de 1 de febrero y 68/2006 de 13 de marzo), derecho a la presunción de inocencia (STS 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo).

CONCLUSIONES:

I. La excepcionalidad de los programas de cumplimiento como prueba preconstituida distinta de la que hasta ahora recogía la doctrina y la jurisprudencia abre una nueva era de análisis en los distintos presupuestos procesales.

II. La integración y evolución del Compliance Officer u órgano de cumplimiento que requiere tanto el Código Penal como la Fiscalía General del Estado carece todavía de una determinación clara y precisa de sus funciones, facultades y estatuto profesional que ampare su labor de implementación, supervisión, vigilancia y control.

III. La configuración del canal de denuncias tiene que tener en cuenta siempre la protección del derecho sustantivo, además de considerar los límites procesales que se establecen en las actuaciones que puedan tener repercusión en la defensa jurídica de la persona jurídica en el proceso penal.

IV. La protección y defensa del *Whistleblower* debe pasar necesariamente por que no tenga un importante grado de reproche social y por la agilización del procedimiento legislativo.

V. En las investigaciones internas privadas de la empresa debe tenerse en cuenta siempre los límites y las actuaciones preprocesales, que tienen que quedar fijados y cumplirse para no llegar al proceso penal con pruebas o evidencias que no aseguren una buena defensa de la persona jurídica.

VI. En la prueba de cargo como de descargo no caben en ningún caso las pruebas que se hayan obtenido vulnerando los derechos fundamentales o las garantías procesales. Se insta la institución jurídica de la prueba prohibida con los matices que hasta hoy han realizado los tribunales y que ha llevado a la aplicación de la doctrina de la “conexión de antijuricidad”. La valoración de los elementos no solo individuales, sino también en su conjunto, de los programas de cumplimiento que debe hacer el juez o tribunal juzgador, se postula como una tarea muy compleja.

VII. Las investigaciones internas privadas y las diligencias de investigación en el ámbito de la autoridad pública, tienen básicamente la misma finalidad, la persecución de las infracciones y hechos delictivos, pero las consecuencias en un escenario u otro tienen un alcance muy distinto. Mientras que las primeras son la consecuencia de una denuncia que se puede realizar por existir un hecho, acto u omisión que desemboque en un ilícito penal, ilícito extrapenal o incluso en un reproche ético, y que quedan dentro del ámbito privado, y que puede gestionar la empresa, las segundas, por el contrario, son las realizadas en la fase instructora del proceso penal, porque se ha determinado la posible comisión o comisión por omisión de un ilícito penal. Estas últimas, consecuentemente, trascienden al ámbito público y conllevan el correspondiente reproche social y económico a la persona jurídica, además de la sanción penal establecida en el ordenamiento jurídico.

VIII. Para una mayor seguridad jurídica y regulación legal cabe esperar a que los jueces y tribunales elaboren un cuerpo jurisprudencial que apoye la valoración *ex ante* que pueda hacerse de los programas de cumplimiento que tenemos hasta ahora, ya que los pronunciamientos existentes no hacen referencia expresa a los criterios objetivos que deban establecerse en los mismos.

IX. El cambio hacia una mayor cultura de cumplimiento que necesita el tejido empresarial, especialmente la mediana y pequeña empresa, pasa a todas luces por una mayor implicación educacional, concienciación social y respuesta legislativa y judicial.

BIBLIOGRAFÍA:

- AGUILERA GORDILLO.R. *Compliance Penal en España*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2018.
- ARANDA MARTINEZ, M.C. “Comentarios sobre la prueba en la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la problemática actual”, Alicante, 2017.
- ARMENTIA MORILLAS, P en SAIZ PEÑA, C.A. *Compliance cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*. Editorial Aranzadi S.A, Pamplona. 2015.
- ASENCIO MELLADO, J.M. *Derecho procesal penal*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- ASENCIO MELLADO. J.M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Editorial Trivium S.A, Madrid 1989.
- BACIGALUPO, E. *Compliance y Derecho Penal*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011.
- BANALOCHE PALAO, J. en BANALOCHE PALAO.J., GOMÉZ-JARA DÍEZ.C., ZARZALEJOS NIETO.J., *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Aspectos Sustantivos y Procesales*. Editorial La Ley, Madrid, 2011.
- COLOM PLANAS, J.L. “Análisis jurídico de los whistleblowers y canales éticos o de delación”. 2016.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I. *Cesión de Datos Personales y evidencias entre procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores y tributarios*. Editorial Aranzadi S.A.U. Navarra. 2018.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I. “Régimen de exclusión probatoria de las evidencias obtenidas en las investigaciones del Compliance Officer para su uso en el proceso penal”. Diario La Ley, nº 9080, Sección Doctrina, 14 de Noviembre de 2017.
- CUENCA MÁRQUEZ, J. y CABECERANS CABECERANS, J. “Compliance Officer y los límites constitucionales de sus investigaciones”. Revista Aranzadi Doctrinal num. 2/2015. Editorial Aranzadi, S.A.U. 2015.
- DEL MORAL GARCIA, A.
https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ponencia%20del%20Moral%20García,%20Antonio.pdf?idFile=ffbc5c56-1258-4d62-a737-674cfadb3467
- DEL MORAL GARCIA, A.
<http://www.worldcomplianceassociation.com/2057/noticia-antonio-del-moral-una-vision-simplista-que-acierta-de-lleno-en-el-sentido-del-compliance-espana.html>

- DEL ROSAL BLASCO, B. “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de la persona jurídica: reflexiones sobre las ssts 154/2016 y sobre la circular número 1/2016 de la fiscalía general del estado”.Diario La Ley, nº 8732, Sección Doctrina, 1 de Abril de 2016.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. en FRAGO AMADA, J.A. *Actualidad Compliance 2018*. Editorial Aranzadi S.A.U. 1ª Edición. Pamplona. 2018.
- ENSENYAT DE CARLOS, S. <https://confilegal.com/20180131-profesionales-del-cumplimiento-normativo-reclaman-un-estatuto-profesional-propio/>
- ENSEÑAT DE CARLOS, S. *Manual del Compliance Officer. Guía práctica para los responsables de Compliance de habla hispana*. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona, 2016.
- ESTRADA I CUADRAS, A. y LLOBET ANGLÍ, M. en SILVA SANCHÉZ, J.M. y MONTANER FERNANDEZ, R. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Editorial Atelier, Barcelona, 2013.
- GARCIA GARCIA V. “Funciones específicas que se le deben asignar al Compliance Officer penal”. El Derecho. 2015.
- GARCÍA-MORENO, B. en NIETO MARTÍN. A. *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Tirant Lo Blanch. 2015.
- GIMENO BEVIÁ, J. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. Editorial Aranzadi S.A, Pamplona, 2016.
- GIMENO BEVIÁ, J. “De falciani a birkenfeld: la evolución del delator en un cazarrecompensas. Aspectos procesales e incidencia frente a las personas jurídicas (whistleblower vs bounty hunter)”. Diario La Ley, Nº 9139, Sección Tribuna, 14 de Febrero de 2018.
- GIMENO BEVIÁ, J. “La apuesta por el principio de oportunidad y los programas de Compliance en el proceso penal de las personas jurídicas”. Diario La Ley, n 8437, Sección Tribuna, 9 de Diciembre de 2014.
- GIMENO SENDRA.V. *Derecho procesal penal*. Editorial Aranzadi S.A, Pamplona, 2015.
- GIMENO SENDRA V. *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Edisofer, SL, Madrid, 2015.
- GIMENO SENDRA, V. *Manual de Derecho Procesal*, 4ª Edición, Colex, Madrid, 2014.

- GOERLICH PESET, J.M. *Derecho del Trabajo*. 6ª Edición Tirant lo Blanch, Valencia 2018.
- GOMEZ TOMILLO, M. *Compliance Penal y Política Legislativa*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, Pág. 32-37 y “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y carga de la prueba de la idoneidad de los programas de cumplimiento” Diario La Ley, nº 8861, Sección Tribuna, 11 de Noviembre de 2016.
- GÓMEZ-JARA DIEZ, C., en “*Fundamentos de la responsabilidad penal de la persona jurídica*” en BAJO FERNÁNDEZ.M., FEIJOO SÁNCHEZ. B.J., GOMÉZ-JARA DIEZ, CARLOS. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Editorial Aranzadi. S.A, Pamplona, 2016.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N. *Representación y defensa de la persona jurídica: el posible conflicto de intereses en Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas jurídicas*. Lefebvre-El Derecho S.A. Madrid. 2015. Pág. 288.
- GOÑI SEIN, J.L. *Ética empresarial y códigos de conducta*. Editorial La Ley, Madrid, 2011.
- MORALES MARTÍN, T. “Canal de denuncias interno (Whistleblowing), ¿anónimo o no?. Esa es la cuestión”. Legaltoday, 2018.
- NEIRA PENA, A.M. *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Editorial Aranzadi, S.A.U, Pamplona, 2017.
- NIETO MARTÍN, A. *Derecho Penal Económico y de la empresa*. Ediciones Olejnik. Santiago-Chile, 2018.
- NIETO MARTIN, A. “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”. Diario La Ley nº 8120, Sección Doctrina, 5 de Julio de 2013.
- NIETO MARTÍN. A. *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2015.
- ORTIZ PRADILLO J.C. “El difícil encaje del delator en el proceso penal español”. Diario La Ley Nº 8560, Sección Doctrina, 12 de junio de 2015.
- PUJOL, J., *El funcionamiento práctico del canal de Compliance “whistleblowing”*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2017.
- RABAZO AUÑON, N. “El reglamento Europeo de Protección de Datos y el Canal de Denuncias”. 2018.
- RAGUÉS I VALLÉS, R. “¿Es necesario un estatuto para los denunciantes de la corrupción?”. Diario La Ley, nº 9003, Sección Tribuna, 19 de junio de 2017.

- RAGUÉS I VALLÉS, R. “¿Héroes o traidores?. La protección de los informantes internos (whistlerblowers) como estrategia político-criminal”. InDret, revista para el análisis del Derecho. Barcelona 2006.
- ROBLES PLANAS, R en SILVA SANCHÉZ, J.M. y MONTANER FERNANDEZ, R. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Editorial Atelier, Barcelona, 2013.
- ROJAS ROSCO, R. “Labour Compliance: Hacia el nuevo Estatuto Laboral del Compliance Officer”. El Derecho. 2016.
- TORRAS COLL, J.M. “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Valoración del programa de Compliance”. La ley penal, nº 130, Enero-Febrero 2018, Editorial Wolters Kluwer.
- VELASCO NUÑEZ, E. *Responsabilidad penal y procesal de la persona jurídica*. Lefebvre-El Derecho, S.A. Madrid.2015.
- VELÁZQUEZ VIOQUE, D. “Responsabilidad penal de las empresas. ¿Cómo probar el debido control?”. Diario La Ley, nº 7794, Sección Tribuna, 9 de Febrero 2012.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31bis y 129 del Código Penal*. Tirant Lo Blanch, Valencia. 2013.

REFERENCIAS DE ENLACES WEB:

- (1)https://revistainternacionaltransparencia.org/wp-content/uploads/2017/12/carolina_diaz_romero.pdf
- (2)http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ecu_anexo16.pdf
- (10) <http://hdl.handle.net/10045/67422>
- (19)<file:///C:/Users/Usuario/Desktop/Estatuto-Profesional-del-Compliance-2.pdf> y <https://elderecho.com/labour-compliance-hacia-el-nuevo-estatuto-laboral-del-compliance-officer>
- (20)<https://almacenederecho.org/urgente-dos-organos-cumplimiento-las-empresas/>
- (21)<https://elderecho.com/labour-compliance-hacia-el-nuevo-estatuto-laboral-del-compliance-officer>
- (25)<https://elderecho.com/funciones-especificas-que-se-le-deben-asignar-al-compliance-officer-penal#>
- (41)https://books.google.es/books?id=NpmA_qEiOpkC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=true

- (48)<file:///C:/Users/Usuario/Desktop/2007-0128.pdf>
- (49)<https://www.controlcapital.net/noticia/3457/firmas/analisis-juridico-de-los-whistleblowers-y-canales-eticos-o-de-delacion.html>.
- (52)<http://www.legaltoday.com/blogs/nuevas-tecnologias/blog-prodat/canal-de-denuncias-interno-whistleblowing-anonimos-o-no-esa-es-la-cuestion>.
- (53)<https://observatoriorsc.org/codigo-conthe/>
- (80)<https://www.cnmv.es/portal/Publicaciones/CodigosGovCorp.aspx>
- (81)http://www.empleo.gob.es/itss/web/Atencion_al_Ciudadano/Como_denunciar_ITS_S.html y <http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/ZZ06/informacion.shtm>
- (82) https://ec.europa.eu/anti-fraud/home_en
- (83)<file:///C:/Users/Usuario/Desktop/TFM/Redacci3n%20del%20TFM%20y%20art3culos/Canal%20de%20denuncias/informe-corrupci3n-inspectores-hacienda.pdf>.
- (87)<https://eurlex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:058aecf0d9b711e38cd401aa75ed71a1.0004.04/DC2&format=PDF>
- (88)<http://bocyl.jcyl.es/boletin.do?fechaBoletin=21/11/2016>
- (90)https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf
- (91)https://www.transparency.org/whatwedo/publication/international_principles_for_whistleblower_legislation
- (92)https://transparencia.org.es/wpcontent/uploads/2017/04/position_paper_proteccion_denunciantes.pdf
- (93)http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-33-4.PDF
- (98)<https://www.iocumplimiento.org/wp-content/uploads/2018/04/conferencia-sobre-el-canal-de-denuncia-valido-vr-1.compressed.pdf>
- (121)<https://enocasionesveoreos.blogspot.com/2018/12/en-ocasiones-el-tribunal-supremo-aclara.html?m=1>