

RECENSIÓN DE LIBROS

**RECENSIÓN A LEÓN ALAPONT, JOSÉ (2023).
CANALES DE DENUNCIA E INVESTIGACIONES
INTERNAS EN EL MARCO DEL COMPLIANCE
PENAL CORPORATIVO. VALENCIA, TIRANT LO
BLANCH, 442 PÁGINAS**

Jordi Gimeno Beviá

Profesor Titular Derecho Procesal
UNED

Cuando en España parece que por fin se transpone la Directiva UE 2019/37, popularmente conocida como «Directiva *Whistleblowing*», a través de la Ley 2/2023 de protección del informante, ve la luz la obra *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del compliance penal corporativo*, del Prof. LEÓN ALAPONT. El autor, por tanto, ha encontrado el «momento procesal oportuno» para el lanzamiento de su obra, la cual seguramente será objeto de estudio, análisis —y quizá alguna recensión más— por parte de la doctrina, no sólo por la coincidencia espacio-temporal a la que estamos haciendo referencia, sino también por la solvencia del investigador que viene trabajando desde hace años sobre Derecho penal empresarial y autorregulación (*compliance*), concretamente desde su tesis doctoral *La responsabilidad penal de los partidos políticos*, bajo la dirección del ilustre penalista JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC.

La obra objeto de recensión se estructura en dos partes notablemente diferenciadas. La primera, titulada «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión: incidencia sobre los canales de denuncia y las investigaciones corporativas», dividida a su vez en tres capítulos; y la segunda, titulada directamente «Canales de denuncia e investigaciones internas», que contempla otros tres capítulos. Como el lector podrá apreciar, es esta segunda parte a la que sustancialmente se refiere el título de la obra, por lo que no sería para nada descabellado haber planteado dos obras distintas y más teniendo en cuenta sus 440 páginas —y que, en tiempos de Aneca, la publicación de dos monografías provenientes de una investigación es un rédito nada desdeñable—.

Ello no obstante, quizá el autor haya preferido plantear en un único trabajo las necesarias bases teóricas de la responsabilidad penal empresarial, art. 31 bis y ss. así como los aspectos sustantivos y algunos procesales de los programas de cumplimiento penal para, seguidamente, adentrarse en dos instituciones eminentemente prácticas y novedosas como son los canales de denuncia y las investigaciones internas. Y es que para poder comprender no solo el funcionamiento sino también el encaje de ambos instrumentos propios de países de *common law* en el ordenamiento jurídico español deviene indispensable conocer los pilares sobre los que se asienta el modelo de responsabilidad penal empresarial así como los límites que ofrece nuestro proceso penal al amparo de la decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por todo ello, resulta razonable y coherente el planteamiento unitario por el que se ha decantado el Prof. LEÓN ALAPONT. Seguidamente analizaremos los distintos capítulos que conforman la obra recensionada.

I. El primer capítulo versa sobre un asunto ampliamente debatido por la doctrina penalista española, esto es, el modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas contenido en el Código Penal español. No es para nada una cuestión baladí pues es sabido que, en función de optar por uno u otro modelo —o incluso el mixto— se derivan consecuencias diferentes. Sin embargo, el autor, para enfrentarse a la problemática, opta por un esquema poco convencional desde una perspectiva académica pero a buen seguro muy útil para los prácticos del Derecho. En efecto, no parte de análisis teóricos anteriores sino que directamente «disecciona» el art. 31 bis para enfrentarse a los problemas interpretativos del modelo. Como si de una guía práctica se tratara pero, a su vez, en un texto lleno de referencias bibliográficas —lo cual, sin duda, lo enriquece—, LEÓN ALAPONT analiza pormenorizadamente el referido artículo partiendo en algunas ocasiones del estudio de conceptos que, desgraciadamente, siguen prestándose a confusión. Sirva a título de ilustrativo ejemplo, el tratamiento que realiza el autor sobre la condición de «subordinado», desmontando el mito por el que solamente quedan incluidos en dicho concepto los trabajadores de la empresa, excluyendo, por tanto, a los altos directivos que, a juicio del autor —y con buen tino— según las facultades que desempeñen, también pueden ser considerados trabajadores de la empresa.

II. En el segundo capítulo el autor aborda la eficacia de los programas de cumplimiento (*compliance*) si bien desde una perspectiva netamente penal. En primer lugar, se ocupa de su eficacia eximente para, posteriormente, abordar su condición como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal. Siguiendo la sistemática del capítulo anterior, comienza analizando las condiciones para que, a través del programa, la persona jurídica sea eximida penalmente. Como si de un manual de *compliance* se tratase, arroja luz sobre cada una de las condiciones del art. 31 bis 2 CP. Al respecto, cabe destacar por su indudable interés, el debate sobre la externalización o no del órgano de cumplimiento, con-

cluyendo con que el órgano debe pertenecer a la entidad —«de la persona jurídica»— pero que nada obsta para que, en línea con la Circular FGE 1/2016, determinadas funciones puedan ser externalizadas. Un protagonismo excesivo de la externalización de funciones de *compliance* sin embargo, tampoco está exento de problemas, pues uno de los pilares en los que se asienta el éxito del programa radica en la confianza y una persona ajena a la organización que desconozca el funcionamiento de la empresa corre el riesgo de convertirse en un mero espectador. Por tanto, el caballo de batalla para un eficaz desarrollo de la función de *compliance officer* estriba en su independencia frente al *tone from the top* y así lo reclama tanto la doctrina como los especialistas en cumplimiento normativo. La decisión entre uno u otro modelo tiene sus pros y sus contras y quizás las ventajas de uno sean las desventajas del otro. Podría incluso optarse por una solución intermedia, esto es, personal interno —preferiblemente abogado— en condición de líder del órgano de cumplimiento junto a profesionales externos. Sea como fuere, coincidimos con LEÓN ALAPONT en que no sólo la ansiada autonomía de este órgano sino también el éxito del programa de cumplimiento dependerán, indudablemente, del compromiso y voluntad de la propia persona jurídica, pudiendo el órgano de cumplimiento actuar no solo «hacia abajo» —trabajadores de la entidad— sino hacia el *tone from the top* —representantes legales, personas con potestad de control y organización— pues, como literalmente indica el autor «aun cuando cueste creer que ello sucederá en la realidad, así debe procurarse para que la organización pueda quedar exenta de responsabilidad penal». En lo referente al efecto atenuante del programa de cumplimiento penal, cabe detenerse en si el *compliance* formal, esto es, un programa de cumplimiento aparente, cosmético o «de escaparate», puede resultar suficiente para alcanzar la atenuación. Sobre ello, refleja una dualidad de posiciones: de un lado, la del Prof. GONZÁLEZ CUSSAC quien considera que si el programa se ha adoptado pero no ejecutado, podría estimarse como atenuante; de otro, la del propio Prof. LEÓN ALAPONT, quien excluye tajantemente esta posibilidad pues la acreditación parcial no debe serlo sobre su diseño, sino sobre su implementación y ejecución. Sin ánimo de pretender ahondar ni, mucho menos, resolver este interesante debate entre el discípulo y el maestro, entendemos que el juez o tribunal, a la hora de conceder la atenuación, deberá valorar los esfuerzos que haya realizado la persona jurídica en pos de la autorregulación. Puede ocurrir —como desgraciadamente aconteció en no pocos casos tras la reforma de 2010— que la empresa, de buena fe, destine recursos para implementar un modelo de prevención pero, por distintas circunstancias ajenas a ella —impericia o falta de práctica o *expertise* de la empresa/despacho encargada de implementarlo, problemas económicos para desarrollarlo en plena crisis económica, etc.—, no haya podido implementarlo y ejecutarlo correctamente. Por ende, si bien la opinión de LEÓN ALAPONT es la que debiera prevalecer en la práctica forense, no cabe descartar *per se* o automáticamente la atenuación cuando exista un esfuerzo de la entidad, de intensidad suficiente hacia el compromiso del

cumplimiento normativo penal. Y ello, es decir, la estimación de la acreditación parcial, como indica el autor, deberá ser motivada por el órgano judicial.

III. El capítulo tercero, bien podría haberse denominado «algunos aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: especial referencia a la prueba». Un tratamiento conjunto del Derecho penal y procesal penal resulta muy enriquecedor y no debiera el autor tener reparos en seguir realizando incursiones en el Derecho procesal penal pues, como afortunadamente observará el lector, las realiza con solvencia. Sobre la carga de la prueba, recoge detalladamente las distintas posiciones doctrinales, tanto de insignes penalistas como de ilustres colegas procesalistas y expone, en el apartado 1.2 C) «Una propuesta ecléctica» la idea de que la carga de la prueba varíe en función de la persona física que haya cometido el delito —siguiendo las tesis de mis admirados NEIRA PENA y PÉREZ GIL— y la propuesta del Prof. SILVA SÁNCHEZ sobre la «*affirmative defense*». En nuestra opinión, el punto de partida es la conclusión de la segunda sentencia del TS: no caben atajos en el proceso penal. Y no porque pudieran sustentarse en la diferente naturaleza persona física-persona jurídica —como ocurre p.ej. en los Estados Unidos con respecto al derecho a no declarar contra sí mismo—, sino porque supondría la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías. Pero es que además, entendemos que tales atajos no hacen falta pues el problema de la carga de la prueba, asimismo, es más teórico que real. La configuración de la eximente en el Código Penal que, como expone el TS en la STS 154/2016, tiene por objetivo «posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la persona jurídica»— insistimos, la «pronta exoneración»— supondrá que la persona jurídica «tome la iniciativa» a la hora de acreditar su ausencia de culpabilidad. Aunque es a la acusación a quién le corresponde la prueba sobre la ausencia de control, dada la lentitud del proceso penal, carecería de sentido que la persona jurídica, que se ha esforzado en la evitación del delito, destinando no pocos recursos económicos y humanos en su programa de cumplimiento, tuviera que quedarse en espera dada la lentitud del proceso penal y el daño reputacional que el transcurso del tiempo puede producirle. Consecuentemente, cooperará con las autoridades tan pronto como tenga oportunidad para así demostrar el compromiso con la referida cultura de cumplimiento. Esta es la lógica que ha imperado en países con amplia tradición de *compliance* (vid. principalmente EE. UU) y que estamos viendo en los procesos en los que se encuentran inmersas multinacionales españolas. El programa de cumplimiento penal no se erige en un instrumento de defensa sino en una «bandera» de la persona jurídica para no ya alcanzar su exención de responsabilidad en la sentencia, sino el sobreseimiento tan pronto como sea posible. Por tanto, entendemos que no es necesaria la inversión ni una re-interpretación de la teoría de la carga de la prueba en el proceso penal de la persona jurídica que, tal y como ocurre en el proceso penal tradicional frente a la persona física,

debe recaer en la acusación a fin de salvaguardar y garantizar el derecho fundamental a la presunción de inocencia y, con fundamento en el principio *in dubio pro reo*, si no existiera prueba suficiente que desvirtuara la presunción de inocencia, la empresa deberá ser finalmente absuelta. También, el Prof. LEÓN ALAPONT, se posiciona claramente a favor de que el momento procesal para valorar la concurrencia de las condiciones y requisitos de los modelos de organización y gestión sea el juicio oral. Coincidimos con él en que, en nuestro vetusto y rígido proceso penal, salvo que terminada la instrucción se aprecie que indudablemente la empresa ha sido diligente en la evitación del delito —lo cual no será la tónica general, ni mucho menos—, la valoración del *compliance* se realizará en juicio oral. Si lo que se pretende es que la empresa pueda evitar el juicio oral y el estigma que genera la «pena de banquillo», apostemos por el principio de oportunidad, como acontece no solo en los EE. UU., sino también en países de nuestro entorno, como Francia, Italia, Alemania o Bélgica e incluso que puedan alcanzarse acuerdos de enjuiciamiento diferido (DPAs) para el fomento de la autorregulación y aceleración de la justicia penal, tanto de las personas físicas como jurídicas.

IV. El cuarto capítulo versa sobre uno de los dos temas centrales de la monografía: los canales de denuncia. Avanzando de lo general hacia lo particular, el Prof. LEÓN ALAPONT comienza describiendo los elementos nucleares de los canales de denuncia para, posteriormente, poner el foco en la regulación, tanto en el análisis de la Directiva como del Proyecto de Ley tramitado en el Parlamento que finalmente se aprobó en la Ley 2/2023 de protección al informante. La sistemática, al igual que acontece en toda la obra, permite una aplicación práctica para aquellos que pretendan incorporar estos canales en las empresas, señalando desde los modelos de denuncia hasta qué debe entenderse por un uso adecuado del canal. Centrándonos en las tomas de posición del autor, por ejemplo, en el manido debate sobre la apuesta por la confidencialidad vs el anonimato del canal de denuncias, el autor mantiene una posición no excluyente o integradora de ambas opciones entendiéndolo que «todas encuentran perfecto acomodo en nuestro marco constitucional». A este respecto, coincidimos con el autor en que la aceptación o incluso promoción de la denuncia anónima será una elección de la propia entidad —selección «personal» de la persona jurídica, siguiendo las palabras del profesor—. Ahora bien, no queremos dejar de poner de manifiesto, como hemos hecho en otros trabajos, que el problema no está tanto en dicha elección sino en la virtualidad o incidencia que la información obtenida anónimamente pueda tener en un ulterior proceso penal. No se trata de una exclusión automática de las denuncias anónimas —pues si tienen visos de verosimilitud serán investigadas— sino de su consideración como excepcionales frente a una regla general que siga apostando por la confidencialidad y por medidas de protección al denunciante distintas a la ocultación de su identidad. Coincidimos con el autor, por otro lado —y también con la Fiscalía y gran parte de la doctrina— en las bondades de

la externalización del canal de denuncias pero, a su vez, en conexión con el órgano de cumplimiento o *compliance officer* de la entidad que, no obstante todo lo anterior, deberá estar revestido de la autonomía necesaria para el buen desarrollo de su función.

V. El capítulo quinto sigue la secuencia lógica de los acontecimientos en el marco de los programas de cumplimiento normativo: si la denuncia interna tiene visos de resultar verosímil, la empresa debiera iniciar una investigación para determinar el alcance de la infracción. Y de tal premisa parte el Prof. LEÓN ALAPONT, entendiéndolo como una obligación ineludible de la entidad abrir una investigación interna para el esclarecimiento de los hechos que han sido comunicados a través del canal. Más allá de que el Código Penal expresamente no haga referencia a tales investigaciones y no sea *condición sine qua non* para alcanzar la eximente, no cabe duda que de forma implícita sí podemos entender que se encuentran contempladas tanto en la necesidad de contar con un código disciplinario, 31 bis 5, como en las dos atenuantes de cooperación y confesión, como pone de relieve el autor pues, para proceder a imponer una sanción disciplinaria, a confesar una infracción a las autoridades y cooperar con ellas, lo lógico es que la empresa realice ciertas pesquisas previas. Así las cosas, sin embargo —y por alusiones—, el Dr. LEÓN ALAPONT no está de acuerdo en considerar que el programa habrá fracasado y la empresa verá sustancialmente elevadas las posibilidades de ser declarada penalmente responsable cuando la investigación interna no dé frutos en término de concretar la persona física autora de los hechos ni de eliminar la conducta que dio lugar al ilícito. A este respecto, que la investigación fracase evidentemente no implica automáticamente la responsabilidad penal de la empresa, coincido con el autor en que el juez deberá valorar el esfuerzo y los medios aportados por la empresa para lograr su éxito pero, en la práctica forense, lógicamente, si la investigación fuera fructífera y la empresa pudiera tanto determinar a la persona física autora como eliminar la conducta delictiva, tendrá más posibilidades de ver eximida o atenuada su responsabilidad. No creo, por tanto, que sean posiciones contrapuestas sino que el éxito de la investigación interna, y añadido, una correcta actuación ante el resultado obtenido —p.ej. dando inmediato traslado a las autoridades— seguramente pueda jugar en beneficio de la persona jurídica. Es una cuestión, simplemente, de probabilidades. Pero coincido con el Prof. LEÓN ALAPONT en que, en términos de *compliance*, el órgano judicial no debiera poner el foco solamente en los resultados sino en la actitud y el esfuerzo de la entidad tanto en la evitación del delito como en su investigación y reparación.

VI. El último capítulo el autor lo dedica a un tema que, desgraciadamente, no está ocupando doctrinalmente el protagonismo que merece: los límites o las tensiones entre las investigaciones internas y los derechos fundamentales. En efecto, en ese manido debate garantías vs eficiencia, parece que se está incidiendo más en la necesidad de establecer mecanismos eficaces —y rápidos— en la lucha contra la corrupción que

en la salvaguarda de los derechos fundamentales del investigado. Cabe reafirmar que el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad de las comunicaciones o el propio derecho de defensa son proclamables por cualquier ciudadano y no deben rebajarse tales garantías en pro de la lucha contra la corrupción. Tras una introducción del capítulo, comienza el autor exponiendo los medios de investigación que pueden utilizarse en una investigación interna, centrandó el tiro en las entrevistas al trabajador y si el derecho a guardar silencio, propio del proceso penal, es extrapolable al ámbito laboral donde existe un régimen disciplinario particular. No compartimos, sin embargo, que la interceptación de las llamadas telefónicas sea, como afirma el autor, un medio que puede utilizarse para realizar una investigación interna habida cuenta ello afecta directamente al secreto de las comunicaciones contenido en el art. 18.3 CE. Incluso, superando la expectativa razonable de privacidad —explicada muy bien en los siguientes epígrafes— porque el empresario comunicase *ex ante* al trabajador que los teléfonos móviles pueden ser revisados, entendemos que no es lo mismo una revisión del terminal que una interceptación de una llamada entre el trabajador y una persona ajena a la empresa —p.ej. un familiar—. Del mismo modo, la interceptación de las llamadas no es una medida habitual en el ámbito laboral, a diferencia, por el contrario, de otras que el profesor enuncia como la videovigilancia, el acceso a los contenidos del ordenador o teléfono corporativo o la monitorización del correo, que sí encuentran un mejor acomodo en la práctica. Finalmente, aborda el problema que plantea la aportación de pruebas obtenidas por particulares con vulneración de derechos fundamentales, tema de actualidad a la luz del caso Falciani. Sobre ello, y como ya nos pronunciamos en otro trabajo, coincidimos con LEÓN ALAPONT en que, de un lado, la comparación entre la cooperación que pueda prestar la persona jurídica tras la investigación, con su actuación como «una pieza camuflada del Estado» puede resultar, exagerada y, de otro, tampoco el objetivo de la persona jurídica al iniciar una investigación interna es el de prefabricar pruebas para posteriormente abrir un proceso penal pues las investigaciones internas tienden a prevenir, detectar y neutralizar los riesgos penales, con la máxima prontitud, sin que éstos trasciendan del interno de la organización. Resulta, asimismo, muy interesante la reflexión que realiza el Prof. LEÓN ALAPONT sobre la olvidada vertiente sustantiva —no así la procesal— del caso Falciani en tanto «...la vulneración de derechos fundamentales cometida por el particular no solo podría tener una consecuencia en el plano de la validez de la prueba sino, naturalmente, también en el de la responsabilidad penal de éste».

Finalmente, solo queda recomendar la lectura de la obra, de indudable valor práctico, con interesantes reflexiones, propuestas de *lege ferenda* y un riguroso análisis de la jurisprudencia más actual y la doctrina más relevante. El autor realiza un planteamiento original y desenfadado, sin miedo a la discrepancia frente a tesis mayoritarias o de consagrados penalistas y, en algunos temas, como se ha visto, también contra

las posiciones de este servidor. Pero el debate enriquece y, aunque cada vez sea menos frecuente ante un seguidismo imperante, animo al Prof. LEÓN ALAPONT a que continúe opinando con la libertad de criterio que le caracteriza y a que siga profundizando en el estudio de los problemas que plantea la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Seguro que, por el camino, nos encontraremos y será un placer seguir debatiendo con él.