

¿Obligación o conveniencia de que las empresas denuncien o se autodenuncien, por los delitos detectados en su seno?



Bernardo del Rosal Blasco

Catedrático de Derecho Penal

Abogado de Urraza, Mendieta & Del Rosal Abogados

Socio Honorífico de la AEAEC

En el periódico "El Economista" del pasado día 15 de junio, se recogían unas manifestaciones del fiscal jefe de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, Alejandro Luzón, hechas en el III Congreso Internacional del Compliance, quien, al parecer, dijo: *"la empresa que es capaz de descubrir un delito dentro de su organización y comunicarlo a la autoridad con una autodenuncia no tiene que pasar ni un minuto expuesta al procedimiento penal"*.

Así como en otros sistemas jurídicos esta afirmación puede ser cierta y su realidad casi cotidiana, en España, si la tomamos en su sentido literal, lamentable o afortunadamente –según se mire–, no lo puede ser, a la vista de cuál es la legislación penal y procesal vigente y cuál es la potestad que dicha legislación concede a las fiscalías para decidir acerca de la persecución penal de los individuos o de las empresas. De modo que, **con carácter general, no es posible decir que un fiscal se puede comprometer con una empresa a que si se autodenuncia no va a ser perseguida en el procedimiento penal que, a continuación, se incoe como consecuencia, precisamente, de esa autodenuncia. Cosa distinta es que la autodenuncia pueda beneficiar a la empresa, mitigando las consecuencias punitivas de la detección, en su seno, de un delito, cuando ésta trasciende y provoca la puesta en marcha de un procedimiento penal.** Voy a tratar de explicar las razones de estas reflexiones.

Tal y como disponen los vigentes arts. 124, núms. 1 y 2, de la Constitución española y arts. 100 y 105.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante "LECrim"), el ejercicio de la acción penal es público y obligatorio para el Ministerio Fiscal, cuya actuación está regida por el principio de legalidad y no por el principio de oportunidad. Es cierto que la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, introdujo, en la LECrim, en el procedimiento para el juicio sobre delitos leves (los castigados las penas leves del art. 33, núm. 4, del Código Penal), una nueva redacción en el art. 963, núm. 1, 1ª, de modo que:

"Recibido el atestado conforme a lo previsto en el artículo anterior, si el juez estima procedente la incoación del juicio, adoptará alguna de las siguientes resoluciones:

1.ª Acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias:

a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y

b) No exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado.

En este caso comunicará inmediatamente la suspensión del juicio a todos aquellos que hubieran sido citados conforme al apartado 1 del artículo anterior.

El sobreseimiento del procedimiento será notificado a los ofendidos por el delito".

Igualmente, y para los casos en los que el procedimiento se haya incoado por denuncia directamente presentada por el ofendido ante el Juez, el art. 964, núm. 2, apartado a), prevé que éste acuerde *"el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando resulte procedente conforme a lo dispuesto en el numeral 1.ª del apartado 1 del artículo anterior"*.

Pero estos supuestos, de tímida posibilidad de ejercicio del principio de oportunidad por parte del Ministerio Fiscal, no están recogidos para los casos del procedimiento abreviado (enjuiciamiento de delitos castigados con penas no superiores a nueve años de prisión o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, sea cual sea su cuantía y duración) ni para los casos del sumario ordinario (penas superiores a nueve años de prisión). Por tanto, si el delito no es leve, el fiscal no puede ofrecer a la empresa esa posibilidad de la que hablaba Alejandro Luzón; todo lo más, se podrán ofrecer los conocidos acuerdos de conformidad (véase, en este sentido, lo dispuesto en los arts. 779, núm. 1, 5ª, y 801 –juicios rápidos–, 784, núm. 3, y 787 de la LECrim), pero muy raro va a ser que la empresa pueda evitar el peregrinaje por la fase instructora, teniendo la condición de investigada en el proceso penal y teniendo que demostrar, en su caso, la eficacia de su programa de prevención.





Es necesario establecer, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos

A estos efectos de conseguir el acuerdo más beneficioso posible, o de mitigar las consecuencias penales tras el juicio oral, si tal acuerdo no es posible, es importante tener presentes las circunstancias atenuantes que, para las empresas, prevé el art. 31 quater del CP, a saber: haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades; b) haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos; c) haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito; y 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.

Por lo demás, en el caso del enjuiciamiento de delitos leves, sí es cierto que el fiscal, si la empresa se autodenuncia, le puede garantizar el sobreseimiento, obviamente, siempre que se den las condiciones de los preceptos antes transcritos, pero lo cierto es que el sobreseimiento también lo tiene garantizado ex lege la empresa, aunque sea el perjudicado el que denuncie, obviamente, siempre que se den los requisitos de los arts. 963, núm. 1, 1ª, y 964, núm. 2, apartado a), de la LECrim. Aparte de que estamos ante casos, el de los delitos leves, que no es tan frecuente que se den en las empresas, o que les resulten tan problemáticos a las empresas.

Por tanto, **a la hora de autodenunciarse, la empresa debe de ser consciente de que el Ministerio Fiscal no le puede garantizar, en absoluto, librarse del procedimiento penal, ni siquiera le puede garantizar librarse pronto del procedimiento penal; y, por supuesto, menos aún si no tiene implantado un eficaz programa de prevención de delitos. Eso sí, iniciado el procedimiento penal e iniciada la fase de instrucción, cuanto mejor esté implementado ese programa de prevención más posibilidades tiene la empresa de lograr el sobreseimiento antes del juicio oral.**

Dicho esto, a las empresas y a los **compliance officers** les suele preocupar mucho poder tener una respuesta clara a dos preguntas muy concretas: primera, **¿hay obligación de autodenunciarse o de denunciar cualquier delito que la empresa haya detectado y tiene el compliance officer que haya detectado un delito en la empresa, obligación de denunciar a la empresa?; segunda, aunque no exista esa obligación de denunciar los delitos o de autodenunciarse, ¿es conveniente formalizar denuncia ante la Fiscalía e intentar ir de la mano del Ministerio Fiscal en el peregrinaje penal que la denuncia pueda iniciar?**

A la primera pregunta mi respuesta sería, sin ninguna duda, negativa.

El art. 259 de la LECrim impone la obligación de denunciar un delito a todo aquel que *presenciar su perpetración*, no a quien detectare su comisión, y, en cualquier caso, la infracción de ese deber se castiga con *“multa de 25 a 250 pesetas”*. Una infracción legal que tiene una respuesta coercitiva tan ridícula es una obligación prácticamente vacía de contenido. Por otra parte, el art. 450, núm. 1, del Código Penal castiga, con la pena de prisión de seis meses a dos años (si el delito fuera contra la vida) y la de multa de seis a veinticuatro meses (en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél) a aquel *“que, 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”*. Además, según el núm. 2 de ese mismo precepto, *“en las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia”*. Luego la única obligación que, a este respecto, impone el CP, bajo amenaza de una pena, es la de impedir la comisión de un delito contra la vida, la integridad o la salud, la libertad o la libertad sexual, siempre que ello se pueda hacer sin riesgo propio ni de tercero, o acudiendo a la autoridad o sus agentes.

Finalmente, se debe de recordar que el art. 31 bis, núm. 5, del CP establece que para que el programa de prevención sea válido y eficaz, la empresa debe imponer, a sus empleados y dependientes, *“la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención”*, pero es ésta una obligación impuesta para beneficio del funcionamiento y la eficacia del programa, no a los efectos de la denuncia de las infracciones.

Problema completamente diferente, obviamente, es el de qué responsabilidad penal (o civil, en su caso) tiene un *compliance officer* que no ha cumplido con su cometido y ello ha permitido la comisión de un hecho delictivo.

Detectado, por tanto, un delito en la empresa y visto que, en principio, no parece existir una obligación legal de denuncia o autodenuncia, **¿es recomendable, no obstante, que la empresa proceda a esa denuncia o autodenuncia?**

En los últimos tiempos, en los que parece habernos invadido una especie de arrebato o entusiasmo ético, probablemente como reacción a tantísimos casos de corrupción que han trascendido, he podido detectar, como respuesta casi inmediata a esta pregunta, la afirmativa: la empresa debe denunciar los delitos que detecte porque eso acreditará, sin ninguna duda, que tiene una verdadera cultura ética empresarial. Porque, muchos, incluida la Fiscalía General del Estado, a través de su Circular 1/2016, piensan que, *“en puridad, los modelos de organización y gestión o corporate compliance programs no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial”*. Es más, en dicha Circular, a la hora de plasmar los criterios para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión, se incluye un criterio sexto que dice:

“Si bien la detección de delitos no está expresamente incluida en la enunciación ni en los requisitos de los modelos de organización y gestión, forma parte, junto con la prevención, de su contenido esencial. Teniendo en cuenta que cualquier programa de prevención, por eficaz que sea, soportará un cierto riesgo residual de comisión de delitos, la capacidad de detección de los incumplimientos lucirá como un elemento sustancial de la validez del modelo. En consecuencia, los Sres. Fiscales concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación de tal manera que, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la eficacia del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo”.

Por tanto, a la vista de estas manifestaciones, que la FGE hace a través de la Circular 1/2016, parece que no puede haber motivos para no recomendar a la empresa que denuncie los delitos que detecta en su seno o que, incluso, se autodenuncie. Y, sin embargo, sería partidario de enfriar un poco el *soufflé ético* y haría una llamada a la prudencia y a la reflexión a la hora de tomar decisiones de este tipo en las empresas.

En primer lugar, diré que me produce cierto rechazo que se asocie al Derecho penal con la consecución de determinados objetivos de regeneración ética o moral y, por tanto, no creo, en absoluto, que los modelos de organización y gestión o *corporate compliance programs* no tengan por objeto evitar la sanción penal de la empresa; es más, creo que ese es su fundamental objetivo. Otra cosa es que, además, la empresa asuma un compromiso de ética empresarial en la gestión que, sin duda, si lo cumple, le va a servir para evitar delitos.

Pero en ningún sitio del CP se les exige a las empresas que demuestren la asunción de una cultura ética empresarial, para quedar exentas de pena, entre otras cosas porque es casi imposible definir qué significa eso, más allá del estricto cumplimiento de la ley. Por tanto, no puede haber juez en el mundo que obligue a esa demostración imposible; sería tanto como exigirle a un individuo, para que se le pueda apreciar la eximente de legítima defensa, que demuestre que conduce su existencia de acuerdo con unos parámetros de ética ciudadana, parámetros que, en una sociedad compleja y diversa, nadie sabría muy bien cómo definir.

En segundo lugar, **una decisión de denunciar los delitos detectados en su seno, o de autodenunciarse por ellos, puede tener unas consecuencias irreparables para la empresa**, porque, como ya he dicho antes, en la mayoría de los casos la apertura de un proceso penal no se va a poder evitar. Y si eso es así, y si se tiene en cuenta, además, lo fácil que es que trasciendan al público los “problemas penales” de la empresa, el daño reputacional que ello comporta puede acabar con la empresa o perjudicarla muy severamente. Por eso, antes de interponer la denuncia, hay que pensarse muy bien cómo actuar.

Por otra parte, un procedimiento penal es un escenario, las más de las veces, imprevisible, en el que se sabe cuándo se entra, pero nunca cuándo sale, y el transcurrir de éste –al margen del daño reputacional que ya hemos mencionado– puede ser, en sí mismo, un elemento de perturbación muy importante para el normal funcionamiento de la empresa. Por ejemplo, puede alterar seriamente a los trabajadores el ver cómo

un compañero es perseguido penalmente por la propia empresa; puede generar una severa retracción en el cumplimiento de sus obligaciones a los directivos el ver cómo a uno de ellos se le somete a una persecución penal; las sesiones del consejo pueden ser severamente conflictivas si unos consejeros descubren cosas que, hasta entonces, no se les trasladaba, etc. Y así, podría relatar experiencias personales infinitas vividas con mis propios clientes.

Así y todo, no estoy recomendando tajantemente no denunciar o no autodenunciarse; **lo que estoy recomendando es reflexionar, previa y pausadamente, sobre los pros y los contras de esa decisión. Y si el procedimiento penal es inevitable, porque se sabe que la denuncia la va a interponer un tercero ajeno a la empresa, o un socio, o un inversor, o un trabajador, entonces, la vía de la colaboración absoluta con la Justicia puede ser una opción.**

En cualquier caso, lo que **sí recomendaría seriamente es que las empresas, ante la menor sospecha, pongan en marcha una investigación interna** porque, en cualquier caso, para decidir hay que contar con la mayor información posible acerca de lo que ha sucedido en su seno.