

## Requerimientos judiciales a personas jurídicas investigadas, con especial mención a la documentación en materia de *Compliance* y a la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

María Jesús Hernández

Socia. Tax & Legal

Diario LA LEY, Nº 10408, Sección Tribuna, 18 de Diciembre de 2023, LA LEY

### ÍNDICE

[Requerimientos judiciales a personas jurídicas investigadas, con especial mención a la documentación en materia de \*Compliance\* y a la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.](#)

[I. Introducción](#)

[II. Alcance del derecho a no autoincriminarse](#)

[III. Naturaleza de la documentación de los Programas de \*Compliance\*](#)

[IV. Obligación de implementar un canal de denuncias](#)

[V. Conclusión](#)

### Normativa comentada

*Constitución Española de 27 Dic. 1978*

TÍTULO PRIMERO. De los Derechos y Deberes Fundamentales

CAPÍTULO II. DERECHOS Y LIBERTADES

SECCIÓN 1.ª. De los derechos fundamentales y de las libertades públicas

Artículo 24

*Convenio de Roma 4 Nov. 1950 (protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales)*

PROTOCOLO ADICIONAL. AL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES.

Artículo 6. *Firma y ratificación.*

*Directiva 2016/343 UE, de 9 Mar. (refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio)*

CAPÍTULO 2. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Artículo 7 *Derecho a guardar silencio y derecho a no declarar contra sí mismo*

*LO 5/2010 de 22 Jun. (modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal)*

*LO 10/1995 de 23 Nov. (Código Penal)*

LIBRO PRIMERO. Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal

TÍTULO II. De las personas criminalmente responsables de los delitos

Artículo 31 bis

*L 2/2023 de 20 Feb. (reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción)*

*L 37/2011 de 10 Oct. (medidas de agilización procesal)*

*RD 14 Sep. 1882 (Ley de Enjuiciamiento Criminal)*

### Jurisprudencia comentada

*TC, Pleno, S 161/1997, 2 Oct. 1997 (Rec. 4198/1996)*

*TS, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, S 154/2016, 29 Feb. 2016 (Rec. 10011/2015)*

*AN, Sala de lo Penal, Sección 4ª, A 391/2021, 1 Jul. 2021 (Rec. 374/2020)*

## Resumen

En el presente artículo se analiza la configuración del derecho de defensa de la persona jurídica ex artículo 24 de la Constitución Española en su vertiente a su derecho a la no autoincriminación.

## I. Introducción

La Ley Orgánica 5/2010 (LA LEY 13038/2010) modificó el Código Penal para exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas. A partir de entonces, las empresas pueden ser «investigadas», «acusadas» y «condenadas» por la comisión de determinados delitos (no todos aquéllos que tipifica el Código Penal), lo que a su vez obliga a reconocerles una serie de derechos de defensa a la persona jurídica, para respetar el principio acusatorio característico de una democracia moderna.

En el presente artículo nos centraremos en la configuración del derecho de defensa de la persona jurídica ex artículo 24 de la Constitución Española (LA LEY 2500/1978) (en adelante, CE) en su vertiente a su derecho a la no autoincriminación.

Como punto de partida, la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (LA LEY 19111/2011), modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LA LEY 1/1882), introduciendo los artículos 409 bis y 786 bis y reconociendo así a la persona jurídica imputada el derecho a la presunción de inocencia, a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable.

Igualmente, en el año 2016, nuestro Alto Tribunal (1) dictó la primera sentencia condenatoria para una persona jurídica, concluyendo que ésta goza de los mismos derechos procesales que han amparado siempre a las personas físicas en el procedimiento penal, especialmente el derecho de defensa recogido en el artículo 24 CE (LA LEY 2500/1978), en todas sus vertientes. En este sentido, no cabe duda alguna de que el derecho a no autoincriminarse forma parte del contenido propio del derecho de defensa recogido en nuestro texto constitucional.

A nivel europeo, si bien el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (LA LEY 16/1950) (2) no hace referencia expresa al mismo, lo cierto es que el derecho a guardar silencio y el derecho a no autoincriminarse son normas internacionales reconocidas y que descansan en el fondo de la noción de juicio justo que consagra el citado artículo (sirva a estos efectos la jurisprudencia del TEDH, de la que es exponente la STEDH, de 3 de mayo de 2001. Caso J.B Sanders v. Suiza).

## II. Alcance del derecho a no autoincriminarse

Con ello, es importante puntualizar que el derecho a no autoincriminarse, tal y como está configurado constitucionalmente, no se circunscribe únicamente a aquellas manifestaciones orales que pudieran realizarse en el proceso penal, sino que también se extiende a la aportación documental, así como de cualquier otra información, que pudiera resultar incriminatoria para el propio sujeto investigado, sea este persona física o jurídica.

Lo anterior nos lleva a plantearnos la siguiente cuestión: ¿Qué ocurre cuando, en el marco de un procedimiento judicial, el juez requiere a la persona jurídica investigada para que aporte cierta documentación obrante a su poder que pudiera finalmente incriminarla? ¿Existiría la obligación de aportarla o, por el contrario, la persona jurídica podría negarse a su aportación amparándose en su derecho fundamental a no autoincriminarse y a no confesarse culpable?

Para dar respuesta a dicho planteamiento, debemos remontarnos a los primeros pronunciamientos que encontramos en la jurisprudencia europea en materia de requerimientos judiciales de documentación. En el Caso Saunders v. Reino Unido (STEDH de 17 de diciembre de 1996) ya se establecía que aquellos documentos que tengan una existencia



independiente a la voluntad del sujeto requerido quedarán fuera del ámbito de protección del derecho a no autoincriminarse. En cambio, considera que sí quedan bajo la protección del citado derecho los documentos cuya existencia dependa únicamente de la voluntad del sujeto, en el caso que nos interesa, de la persona jurídica. Por tanto, el derecho a no autoincriminarse contiene la garantía para el acusado de que éste no pueda ser requerido por las autoridades contra su voluntad para proporcionar evidencias en este último supuesto.

Posteriormente, el artículo 7 de la Directiva (UE) 2016/343 (LA LEY 3261/2016) recogió que, si bien se reconoce el derecho a no autoincriminarse, esto no impedirá que las autoridades competentes puedan recabar las pruebas que puedan obtenerse legalmente mediante el ejercicio legítimo de poderes coercitivos y que tengan una existencia independiente de la voluntad de los sospechosos o acusados.

Toda esta doctrina ha sido igualmente acogida por nuestro Excmo. Tribunal Constitucional (i.e., por todas, en su Sentencia n.º 161/1997, de 2 de octubre (LA LEY 10013/1997)), que ha establecido, de forma asentada y pacífica, que aquellos materiales documentales cuya existencia tenga un carácter obligatorio *ex lege* estarán excluidos del ámbito de protección del derecho a la no autoincriminación (i.e., como, por ejemplo, podrían ser todos aquellos documentos contables de llevanza obligatoria o la documentación de carácter tributario, entre otros). Ahora bien, lo que evidentemente no cabe, ni ha dicho el TC, es que exista un deber genérico de colaborar, aportando pruebas directamente inculpativas en el marco de un procedimiento sancionador. No obstante, la realidad es que no se ha establecido de forma clara cuáles son los documentos que deben considerarse como existentes con independencia de la voluntad del investigado. Aun así, las interpretaciones apuntan a aquella documentación e información cuya existencia y aportación viene impuesta previamente por el ordenamiento, esto es, por un mandato normativo que obliga a aportar cierta documentación, en tanto que, en estos casos, el investigado conoce con anterioridad que existía una obligación legal de disponerla. De este modo, se nos permite conocer más fácilmente qué documentos no quedarán amparados por el derecho a la no autoincriminación.

No se podrá exigir nunca a una persona jurídica investigada la aportación de documentación cuya confección sea voluntaria y que permita después sostener su imputación

En cambio, no se podrá exigir nunca a una persona jurídica investigada la aportación de documentación cuya confección sea voluntaria y que permita después sostener su imputación. Pues, de lo contrario, se le estaría imponiendo la carga de colaborar en su propia inculpación, con la consiguiente vulneración que ello comportaría a su derecho a la no autoincriminación, al poder considerar que estamos ante un requerimiento coactivo a un sujeto investigado.

En conclusión, en materia de requerimientos, tanto la jurisprudencia europea como constitucional ha dictaminado una clara distinción entre aquella documentación o información interna, considerada amparada por el derecho a no autoincriminarse, y los documentos de carácter obligatorio y externo, que deberán ser aportados al procedimiento en caso de requerimiento.

### III. Naturaleza de la documentación de los Programas de *Compliance*

Actualmente, uno de los pronunciamientos que mejor recoge los pilares básicos aplicables en materia de requerimientos a las personas jurídicas investigadas es el Auto dictado el día 1 de julio de 2021 por la Ilma. Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (3) en el marco del llamado «Caso Abengoa». Y no solo eso, sino que nos ha permitido conocer la postura de dicho Tribunal sobre qué consideración se le debe dar a la documentación relacionada con el Programa de *Compliance*, de conformidad con la doctrina analizada.

En este Auto, se plantea una petición por parte del Juzgado Central de Instrucción n.º 2 requiriendo a la sociedad, entre otras cosas, la totalidad de las denuncias internas recibidas a través del canal de denuncias en un intervalo de tres años, junto con los expedientes de tramitación de las mismas y las investigaciones internas realizadas.

En este sentido, la Ilma. Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional concluye que quedan amparados por el derecho a no autoincriminarse los documentos internos procedentes del canal de denuncias de las empresas en los que consten los hechos denunciados, así como el resultado de las investigaciones internas llevadas a cabo en su seno, pues todo ello se ha recabado internamente la propia empresa con carácter voluntario.

La Sala considera que no se le podrá exigir a la persona jurídica contra la que se ha dirigido el proceso penal la

aportación de documentación que pueda llegar a sostener su propia imputación, en tanto que estaría colaborando en la misma. De hecho, concluye que dicha documentación requerida debe ser excluida del propio requerimiento a fin de evitar declaraciones de ilicitud probatoria posteriores.

Por consiguiente, se entiende que la aportación de documentación o información relativa a los modelos de cumplimiento normativo queda amparada por el derecho a no autoincriminarse, toda vez que el artículo 31 bis del Código Penal (LA LEY 3996/1995), en ningún caso, impone la obligación a las personas jurídicas de contar con un *Compliance Program*, siendo totalmente voluntaria su confección de cara a la eventual exención —o atenuación— de la responsabilidad penal en la que eventualmente pudiera incurrir.

En todo caso, el carácter incriminatorio, al margen de la intensidad de los diferentes medios coactivos que se puedan utilizar, se conecta con el derecho a la presunción de inocencia que exige que sean los poderes públicos los que aporten los medios de prueba que desvirtúen tal presunción.

El carácter incriminatorio o no del documento, no puede establecerse de manera abstracta, pues es únicamente el investigado, el que, ante el requerimiento para aportar determinada documentación, valorará las consecuencias que la facilitación de los documentos requeridos pueda tener para su legítimo derecho de defensa.

Al investigado se le pueden imponer deberes de abstención y también positivos, pero siempre que no impliquen riesgo de autoincriminación, el derecho que se desprende del artículo 24.2 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) es el derecho a no imponer que el sujeto pasivo colabore activamente en su imputación. Lo que implica que puede tener una actitud omisiva/pasiva pero no obstruccionista/activa.

#### IV. Obligación de implementar un canal de denuncias

Sentado lo anterior, no obstante, nuevas dudas e incertidumbres están surgiendo en nuestro panorama actual. Ello por cuanto la Ley 2/2023, de 20 de febrero (LA LEY 1840/2023), que transpone la Directiva (UE) *Whistleblowing*, ha impuesto la obligatoriedad a determinados sujetos de confeccionar un canal de denuncias interno. El propio texto legal, en su artículo 9.2 j), impone la obligación a sus sujetos obligados a remitir al Ministerio Fiscal aquella documentación recibida en el canal de denuncias interno que pudiera ser constitutiva de delito, siendo una obligación tremendamente similar a un requerimiento judicial de documentación en el marco de un proceso. Y el artículo 26.1 de la referida Ley determina el deber de confeccionar un libro registro en el que quede constancia de las denuncias interpuestas y las investigaciones realizadas, debiéndose aportar, según la ley, al procedimiento judicial, cuando así sea peticionado razonadamente por la autoridad judicial.

No es necesario realizar un análisis muy profundo para darse cuenta de que estos preceptos de la mentada Ley 2/2023 (LA LEY 1840/2023) pueden colisionar directamente con el derecho a no autoincriminarse y a no confesarse culpable de la persona jurídica, en tanto que el contenido que se derive de las denuncias internas y sus posteriores investigaciones pudiera resultar generador de responsabilidad penal —y, en consecuencia incriminatorio— para la persona jurídica (esté o no ya investigada en un procedimiento penal o dando pie a ello, autodenunciándose ante las autoridades).

Y es que el Auto dictado por la Ilma. Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional analizado es anterior a la entrada en vigor de la Ley, lo que obliga a plantearnos ahora si debemos entender que un requerimiento judicial de información relativo al canal de denuncias es de obligada aportación al proceso penal por no ser ya un documento cuya confección sea voluntaria o, *sensu contrario*, seguiría quedando amparado por el derecho a no autoincriminarse y a no confesarse culpable.

A modo de ejemplo, el Magistrado de la Audiencia Nacional, Ilmo. Sr. Eloy Velasco (4) , se pronuncia en sentido negativo, entendiendo que la obligación que se impone en la Ley versa sobre los medios, no sobre el resultado. Dicho de otro modo, que, si bien se debe contar por obligación legal con un canal interno de información, no existe un deber concreto de aportar su contenido.

Sin embargo, hoy por hoy, no existe ningún pronunciamiento de nuestros Tribunales al respecto, por lo que la Ley 2/2023 (LA LEY 1840/2023) establece determinadas obligaciones de implantación de un canal de denuncias, de un libro registro y de remitir al Ministerio Fiscal determinada información, pudiéndose considerar que dicha documentación podrá ser requerida por los Tribunales al ser ahora de carácter obligatorio y no voluntario, no existiendo una opinión pacífica sobre el particular.

Por todo lo anterior, parece obvio que la redacción de la Ley ha sido ciertamente desafortunada en este aspecto generando nuevas dudas, si bien, desde mi punto de vista, el límite a ese requerimiento vuelve a estar no en la obligatoriedad o no del documento en cuestión, sino en el valor incriminatorio del mismo

## V. Conclusión

A la vista de lo expuesto si bien una parte de la jurisprudencia considera que el derecho a la no autoincriminación no queda afectado cuando el requerimiento realizado por la autoridad judicial es sobre la aportación de documentos de confección obligatoria, compartimos el razonamiento de otra parte doctrinal que considera que ni caben requerimientos coactivos de aportación de documentación cuya confección no sea exigida expresamente por la legislación vigente, ni es de obligado cumplimiento que la persona jurídica aporte documentación —de confección obligatoria o no— que pueda incriminarle.

---

(1) STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) n.º 154/2016, de 29 de febrero (LA LEY 6573/2016).

(2) Artículo 6.

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

- a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;
- b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;
- c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;
- d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;
- e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia.

---

(3) AAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) n.º 391/2021, de 1 de julio (LA LEY 118345/2021). ARP 2021\1171

---

(4) Velasco Núñez, Eloy. Magistrado de la Audiencia Nacional. Responsabilidad penal de la persona jurídica: reciente jurisprudencia de la Audiencia Nacional (año 2021). LA Ley Compliance Penal, primer trimestre de 2022. LA LEY 2451/2022.

---