

La obligación de remisión de hechos al Ministerio Fiscal contenida en la Ley 2/2023



Mayo 2023

¿Hablamos?

Javier Gilsanz Usunaga

Socio del departamento de Procesal y Arbitraje en PwC Tax & Legal
Javier.gilsanz.usunaga@pwc.com

Javier Cárdenas Gálvez

Abogado en el Departamento de Procesal y Arbitraje en PwC Tax & Legal
Javier.cardenas.galvez@pwc.com

Con la aprobación de 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 se incorpora al Derecho español la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019. Los objetivos principales contenidos en la normativa europea, esto es, proteger a los informantes y establecer las normas mínimas que deberán observar los canales de información, están incorporados en la Ley 2/2023. No obstante, la Ley nacional ha dado un paso más, añadiendo una serie de cuestiones adicionales a los mínimos exigidos por Europa.

De las distintas cuestiones que se podrían comentar, nos detendremos en esta ocasión en la obligación incorporada en el artículo 9.2.j) para los canales internos de información, y que ya está siendo objeto de distintos análisis.

El artículo 9 regula el procedimiento de gestión de informaciones, indicando que el órgano de administración o de gobierno tendrá que aprobar un procedimiento de gestión de informaciones. Dentro del contenido mínimo que deberá tener el procedimiento, se incorpora el apartado 2.j, con el siguiente contenido: "Remisión de la información al Ministerio

Fiscal con carácter inmediato cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito. En el caso de que los hechos afecten a los intereses financieros de la Unión Europea, se remitirá a la Fiscalía Europea". Este contenido mínimo no estaba contemplado de tal modo en el Anteproyecto de Ley, sino que se incorporó posteriormente en el Proyecto de Ley finalmente aprobado.

Tal y como estaba contemplado anteriormente, únicamente debía dar traslado al Ministerio Fiscal la Autoridad Independiente de Protección del Informante de las informaciones recibidas a través del canal externo de comunicaciones, pero tras la incorporación, se impone una obligación interna que puede ser, cuando menos, problemática.

Esta exigencia puede generar situaciones en las que, conforme a lo exigido por la Ley 2/2023, la entidad deba dar traslado al Ministerio Fiscal de hechos constitutivos de delito que, a su vez, podrían derivar en responsabilidad penal de la propia empresa denunciante.

¿Cómo convive esta obligación con el artículo 24.2 de la Constitución?

Recordemos que dicho artículo consagra el derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable -entre otros-.



La obligación legal contenida en el artículo 9.2.j) de la Ley 2/2023 deberá interpretarse tomando en consideración derechos como guardar silencio o no declararse culpable”.

¿Se puede obligar a la entidad a dar traslado de hechos por los que puede ser finalmente condenada penalmente la compañía? El asunto es complejo y la norma es muy reciente todavía para haber generado problemas de este tipo, pero podemos analizar cuál ha sido la respuesta de los tribunales en situaciones que, sin ser iguales, sí pueden resultar útiles para establecer una comparativa.

1. Obligatoriedad de la incorporación de esta cuestión como contenido mínimo del procedimiento de gestión de informaciones

La inclusión de dicha cuestión en el procedimiento de gestión de informaciones del sistema interno, entendemos, es obligatoria.

Al respecto, el artículo 9.2 se pronuncia en términos imperativos (“el procedimiento responderá al contenido mínimo y principios siguientes”), y en caso de no hacerlo, nos encontraríamos ante una conducta que podría ser sancionable atendiendo a la propia Ley.

Al respecto, el artículo 63 recoge el catálogo de infracciones muy graves, graves o leves. Si bien habrá que esperar a ver cómo se considera esta posible infracción, debe destacarse que se considera una infracción muy grave el “incumplimiento de la obligación de disponer de un Sistema interno de información en los términos exigidos en esta ley” (siendo este apartado uno de los contenidos que debe tener el procedimiento de gestión de información del sistema interno); y en cualquier caso, se reputa como infracción leve “cualquier incumplimiento de las obligaciones previstas en esta ley que no esté tipificado como infracción muy grave o grave”.

Las posibles consecuencias no son menores: las infracciones leves pueden llegar a ser sancionadas con una multa

de hasta 100.000 euros, y las muy graves entre 600.001 y 1.000.000 euros.

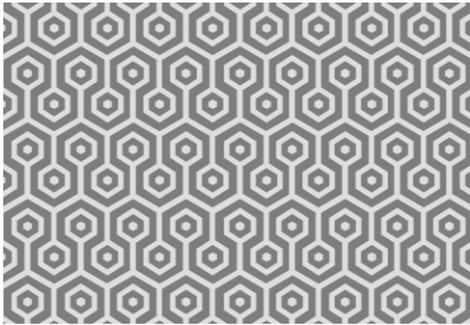
En consecuencia, la inobservancia de la obligación puede conllevar la comisión de la infracción que pueda ser sancionable en los términos indicados, por lo que la obligatoriedad parece indiscutible.

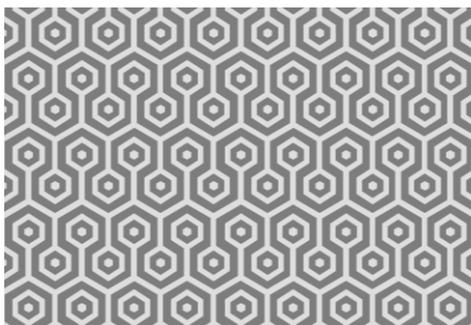
2. ¿Qué impacto puede tener esta obligación en la normativa penal?

Es indudable que el cumplimiento de esta obligación de dar traslado al Ministerio Fiscal podría derivar en el inicio de un procedimiento penal frente a la propia entidad denunciante, algo que podría llevar al denunciante a una suerte de autoincriminación.

La obligación de dar traslado al Ministerio Fiscal debería ser compatible con el derecho a no declararse culpable consagrado en el art. 24.2 de la Constitución. Además, esta obligación de comunicación también debería estar alineada con las previsiones específicas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (“LECrim”) relativas a la autoincriminación: el artículo 409 bis de la LECrim prevé que cuando se investigue a la persona jurídica, el representante especialmente designado por ella podrá guardar silencio, no declarar contra sí misma y no confesarse culpable. El artículo 118 LECrim, por su parte, recoge los mismos derechos respecto de toda persona a quien se atribuya un hecho punible.

El Código Penal, por su parte, recoge como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de la persona jurídica en su artículo 31 quater el “haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades”. Es decir, que se deduce que se trata de una conducta voluntaria - no impuesta-, y que opera como atenuante, no como infracción sancionable en caso de inobservancia.





3. Postura de los tribunales en supuestos análogos

Especialmente interesante resulta observar la postura que han seguido los tribunales en supuestos de requerimientos de información a personas jurídicas que podían controvertir los mencionados derechos constitucionales.

Obviamente, a la fecha de emisión de esta nota, no se disponen de antecedentes sobre la norma en particular, pero hay otros pronunciamientos que pueden resultar interesantes en contextos donde la entidad ya es sujeto pasivo en un proceso penal.

Como punto de partida, indicar que la persona jurídica goza de los mismos derechos que la persona física en el procedimiento penal (Sentencia nº 966/2016, de 16 de marzo, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo). Sentado lo anterior, parece razonable entender que no se puede obligar a una persona jurídica investigada a que aporte determinada documentación que le pueda perjudicar en el procedimiento penal. Al respecto, y en un supuesto en el que se requería determinada información, la Sentencia nº 5479/2021, de 1 de julio,

de la Audiencia Nacional, concluía que no se podía exigir a una persona física o jurídica incursa en un procedimiento penal que aportara documentación que sostuviera o pudiera sostener directamente su imputación. Es decir, que no se podía imponer al investigado la carga de colaborar con su propia inculpación.

Y en el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la Sentencia nº 142/2009, de 15 de junio, del Tribunal Constitucional, al indicar que las garantías contenidas en el artículo 24.2 de la Constitución no quedarían correctamente salvaguardadas si se admitiera que la Administración pueda obligar al administrado a aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación.

4. Consideraciones finales

La obligación de comunicación establecida pondrá a todas las empresas en el contexto de decidir si el cumplimiento de esta obligación legal podría vulnerar su derecho de defensa, por lo que, a la espera de pronunciamientos judiciales que aclaren la compatibilidad de esta obligación con el derecho de defensa, el cumplimiento de esta obligación será una cuestión controvertida.