

52

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

LES PRAYDEET PRO

Revista

Julio 2023

52

Revista Penal

Penal

Julio 2023



Revista Penal

Número 52

Sumario

Doctrina:

– El derecho a la reparación a las víctimas de violencias sexuales y violencia de género tras la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual: un punto de inflexión, por <i>Teresa Aguado-Correa</i>	5
– La suspensión de la ejecución de la pena de prisión en los delitos de corrupción pública, por <i>Soledad Barber Burusco</i>	23
– La DAC 6 como instrumento para la lucha contra el delito fiscal, por <i>Marina Castro Bosque, Fernando de la Hucha Celador y Hugo López López</i>	41
– Prescripción penal y Estado de Derecho, por <i>Eduardo Demetrio Crespo</i>	71
– Justicia restaurativa y corrupción pública, por <i>Paz Francés Lecumberri</i>	81
– La figura del arrepentido y la justicia penal negociada: a propósito de la incorporación de nuevas cláusulas pre-miales en el Código Penal (arts. 262.3 y 288 bis CP), por <i>Leticia Jericó Ojer</i>	109
– COVID-19 emergency, overcrowding and the right to health also of the prisoner subjected to the regime pursuant to article 41-bis of the Italian Penitentiary System, por <i>Mena Minafra</i>	136
– Giuliano Vassalli: vida y obra de un penalista italiano del siglo XX. Comentarios al libro de Giandomenico Dodaro, <i>Giuliano Vassalli fra fascismo e democrazia. Biografia di un penalista partigiano (1915-1948)</i> , editorial Giuffrè, Milán, 2022, 402 páginas, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	159
– El Derecho penal fascista y nacionalsocialista y la persecución de un penalista italiano judío: el caso de Marcello Finzi, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	172
– El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?, por <i>Inés Olaizola Nogales</i>	179
– Las investigaciones internas como elemento esencial de los «criminal compliance programs»: <i>haciendo de la necesidad virtud</i> , por <i>Nicolás Rodríguez-García</i>	201
– Las penas sustitutivas de la detención carcelaria en la reforma <i>Cartabia</i> . El proceso de renovación del sistema sancionador penal italiano entre la necesidad de deflación y el perseguimiento de la finalidad reeducadora de la pena, por <i>Pietro Maria Sabella</i>	224
– Los protocolos por acoso sexual y por razón de sexo como modelo de canal de denuncia en la empresa, por <i>Elisa Sierra Hernaiz</i>	245
– ¿Hacia una reevaluación europea del derecho punitivo?, por <i>John Vervaele</i>	260
Sistemas penales comparados: La trata de seres humanos (Human Trafficking)	287

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja
Carmen González Vaz. Universidad CUNEF, Madrid

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I^o
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla
José Luis González Cussac. Univ. Valencia

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Alessandro Melchionda. Univ. Trento
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Eva Kiel (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)
Jiajia Yu (China)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)
Elena Núñez Castaño (España)
Federica Raffone (Italia)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)

Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Frederico Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Ana Cecilia Morún Solano y John Charles Sirvent Istúriz (República Dominicana)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Baris Erman (Turquía)
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



Las investigaciones internas como elemento esencial de los «criminal compliance programs»: *haciendo de la necesidad virtud*

Nicolás Rodríguez-García

Revista Penal, n.º 52 - Julio 2023

Ficha Técnica

Autor: Nicolás Rodríguez-García

Adscripción institucional: Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Salamanca

ORCID: 0000-0003-0045-796X

Title: Internal investigations as an essential element of “criminal compliance programs”: making a virtue of necessity

Sumario: I. LA POLÍTICA DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO Y LA BÚSQUEDA INTERNA DE INFORMACIÓN CORPORATIVA. II. CARACTERIZACIÓN DE LAS INVESTIGACIONES CORPORATIVAS. 1. Investigaciones internas. 2. Investigaciones defensivas. III. FUENTES DE LA INVESTIGACIÓN. 1. Doble vía. 2. Deber de informar. 3. Identificación proactiva de riesgos. IV. DESARROLLO. 1. Inicio. 2. Órgano de investigación. 3. Diseño de la investigación. 4. Medios prohibidos. 5. Clases de fuentes y medios. 6. Intensidad de los medios. 7. Informe final. 8. Evaluación jurídica. V. TENDENCIAS Y DESAFÍOS. 1. Complejidad del tema. 2. La necesaria búsqueda de equilibrios.

Summary: I. THE REGULATORY COMPLIANCE POLICY AND THE INTERNAL SEARCH FOR CORPORATE INFORMATION. II. CHARACTERIZATION OF THE CORPORATE INVESTIGATIONS. 1. Internal investigations. 2. defensive investigations. III. RESEARCH SOURCES. 1. Double via. 2. Duty to inform. 3. Proactive risk identification. IV. DEVELOPMENT. 1. Start. 2. Investigative body. 3. Design of the investigation. 4. Prohibited media. 5. Source and media classes. 6. Media intensity. 7. Final report. 8. Legal evaluation. V. TRENDS AND CHALLENGES. 1. Complexity of the subject. 2. The necessary search for balances.

Resumen: En el marco de la instauración de la cultura del cumplimiento en las organizaciones complejas como política que, en última instancia, redunde en una reducción de los hechos criminales que se producen en el ámbito corporativo, las investigaciones internas han surgido como un mecanismo inherente e imprescindible para que la autorregulación y la autoorganización y control dé sus frutos de manera eficiente y sin menoscabo de derechos y garantías procesales constitucionalizadas, esenciales en cualquier país que se repute como democrático y de Derecho.

Palabras clave: programas de cumplimiento, investigaciones internas, confidencialidad, prevención del delito, personas jurídicas, garantías procesales, colaboración con autoridades.

Abstract: This paper is framed in the culture of compliance in complex organisations, as a policy that results in a reduction of criminal acts occurring in the corporate environment. In this sense, internal investigations have emerged as an inherent and essential mechanism for self-regulation and self-organisation and control to bear fruit in an efficient manner and without undermining constitutionalised rights and procedural guarantees, which are essential in any country that claims to be democratic and governed by the rule of law.

Key words: compliance programmes, internal investigations, confidentiality, crime prevention, corporations, procedural guarantees, collaboration with authorities.

Observaciones: Contacto con el autor: nicolas@usal.es - @nicolasUSAL. Este trabajo se ha elaborado en el «Centro de Investigación para la Gobernanza Global» de la Universidad de Salamanca en el marco del Proyecto de Investigación PID2019-107743RB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, del que el autor es Investigador Principal junto al Prof. Fernando Rodríguez-López.

Rec.: 19-02-2023 **Fav.:** 18-03-2023

I. LA POLÍTICA DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO Y LA BÚSQUEDA INTERNA DE INFORMACIÓN CORPORATIVA

Los programas de cumplimiento han ido abriéndose paso en las últimas décadas como una de las principales estrategias de prevención del delito en el ámbito corporativo, plasmándose en una suerte de encuentro dogmático, institucional y operativo entre el *common law* y el Derecho continental¹. El objetivo de que el sector privado garantice la prevención de daños puede lograrse —como en parte se hace— mediante distintas instituciones del Derecho Privado² y administrativo sancionador³, basados, en muchas ocasiones, en la reparación integral, la objetivación de la responsabilidad, los principios de colaboración y la existencia de procedimientos expeditos. Esa solución se corresponde con la histórica perspectiva continental —mayoritaria, aunque no excluyente⁴— de acotar la respuesta penal a la persona humana. Otra vía es la seguida por el sistema

norteamericano⁵, de notable expansión en las últimas décadas. A grandes rasgos, y junto a la presencia de poderosos entes reguladores, ella incorpora el uso de la amenaza punitiva, dirigida a incidir sobre la rentabilidad y riesgo del negocio, como parte de un proceso integral, regido por el paradigma de la negociación⁶.

El traslado de esta última perspectiva a la matriz continental acarrea tensiones —presentes también en el sistema norteamericano—, en particular a la hora de generar categorías dogmáticas complejas para un sujeto que, como se suele decir, es una «ficción jurídica»⁷. Esas tensiones afloran, en parte, en la función que cumplen los programas de cumplimiento —un actuar de prevención y control interno— dentro del régimen penal. Los programas de cumplimiento fueron primero introducidos como factor atenuante, en 2010, y luego elevados a factor eximente, en 2015⁸. La herramienta jurídica no establece una relación mecánica entre *compliance* y responsabilidad penal del ente ideal⁹, pero sí una síntesis entre ellos, a modo de instituciones inhe-

1 Vid. GOENA VIVES, B., «Investigaciones internas y perspectivas de confidencialidad. Perspectivas a partir del derecho comparado angloamericano y continental», *LA LEY Compliance Penal*, n.º 6, 2021, págs. 2 y ss.

2 Como la reparación civil, que incluso aflora en la propia norma penal, de manera subsidiaria, respecto de las personas jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos cometidos por sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios (art. 120.4 CP).

3 Vid. GÓMEZ TOMILLO, M., *Compliance penal y política legislativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

4 Vid. DOLZ LAGO, M., «Doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre compliance», GÓMEZ COLOMER, J. L. (dir.), *Tratado sobre compliance penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

5 Vid. VILLEGAS GARCÍA, M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*, Aranzadi, Madrid, 2016.

6 Vid. MACHADO DE SOUZA, R., RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., *Justicia negociada y personas jurídicas. La modernización de los sistemas penales en clave norteamericana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

7 La expresión tiene la función de hacernos recordar que una organización empresaria no es un ser humano, y que el Derecho Penal se expande por asimilación. Así, cuando se desea aplicar su estructura a otra cosa, basta con tratarla de modo similar: lo otro-distinto pasa a ser «persona», pero jurídica. Se han desarrollado notables esfuerzos para buscar puntos en común entre ambos entes, acudiendo a desarrollos de otras disciplinas, según pasan los años: en su momento, las teorías organicistas; luego, refritos varios de teorías funcionalistas, comunicativas y posmodernas. Siempre es posible encontrar puntos de contacto entre la persona física y cualquier otra cosa, como la persona jurídica o la inteligencia artificial: la cuestión no radica en hallarlos, lo que es fácil, sino en qué marco, con qué propósito y con cuáles efectos.

8 Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuante de los programas de prevención de delitos», GÓMEZ COLOMER, J. L. (dir.), *Tratado...*, cit.; RAYÓN BALLESTEROS, M., «Los programas de cumplimiento penal: origen, regulación, contenido y eficacia en el proceso», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, vol. LI, 2018.

9 Vid. ORTIZ DE URBINA, G., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico», SILVA SÁNCHEZ, J. M., MIRÓ LINARES, F. (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid: La Ley, Madrid, 2013.

rentes¹⁰. La responsabilidad penal de la persona jurídica funciona, en estos casos, de manera instrumental, como un medio para impulsar los programas de cumplimiento normativo¹¹.

Los programas de cumplimiento no son desconocidos en el marco de las organizaciones complejas. De hecho, cuentan con directrices estandarizadas para su certificación de calidad, tanto públicas —entre otras, los Principios de Gobierno Corporativo (1999) de la OCDE— como privadas —entre otras, las metodologías de control COSO y las normas ISO-UNE¹²—, trámite esencial cuando lo que se demanda legalmente de los programas es que sean idóneos y eficaces¹³. En este sentido, los programas de cumplimiento penal¹⁴ se insertan en el más amplio marco de los sistemas integrales de gestión, inspirados en la idea de transmitir el compromiso de la entidad de cumplir con la normativa legal, los códigos de la industria y los estándares de la organización, del buen gobierno corporativo, las mejores prácticas, la ética y las expectativas de la comunidad en general¹⁵.

La inserción en un marco general, sin embargo, no les quita especificidad. Como hemos visto, uno de los ejes centrales del régimen penal es el programa de cumplimiento, convertido en un factor determinante para exonerar o atenuar la responsabilidad de la persona jurídica. Los requisitos del programa, en ese contexto, son de discutida naturaleza¹⁶ y carga probatoria¹⁷, por ser considerados, de un lado, como elementos del tipo —a probar por quien acusa— o, del otro, como formas especiales de exención o de atenuación de la pena —a probar por quien es acusado—. Con todo, y desde el punto de vista de la persona jurídica, la norma no *obli-*

ga a contar con un programa de cumplimiento, aunque *lo recomienda* al incentivar su uso. Por ello, cuando delinea los requisitos que los modelos de organización y gestión «deberán cumplir» (art. 31 *bis*.5.^a CP), lo hace al sólo efecto de fijar las condiciones para que opere la exención total o parcial de pena, cualquiera sea la clasificación dogmática que para ellas se escoja.

Ese régimen no obliga, pero favorece esta nueva dinámica preventiva haciendo uso de alicientes jurídico-penales¹⁸. Obligación que sí puede provenir de otras regulaciones públicas —*v. gr.*, la normativa comercial o societaria, las relativas a la prevención del blanqueo de capitales de origen ilícito o a la financiación del terrorismo, el soborno, el fraude y la corrupción— o de consensos alcanzados en el sector privado —como lo hace, para sus clubes afiliados, el art. 55 del Estatuto de la Liga Española de Fútbol—. Unos incentivos que, más allá del régimen penal, también se encuentran en la normativa europea, las regulaciones internacionales de estandarización de la empresa y, fundamentalmente, en el impacto que puede provocar la falta de políticas de cumplimiento sobre múltiples dimensiones del negocio —costos de financiación, contrataciones públicas, importe de los seguros, operaciones en el exterior, cotización bursátil, etc.—. Estos aspectos hacen que, en determinado nivel de negocios y sectores, los programas de cumplimiento sean, *de facto*, imprescindibles para poder concurrir a procesos licitación y para ahuyentar a competidores menos legitimados por patrones y prácticas alejadas de un rendimiento del principio de legalidad con un claro marchamo ético y social¹⁹.

El objetivo específico de esta rama del *compliance* es reducir la exposición penal de la persona jurídica me-

10 Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

11 Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., «El origen de los programas de cumplimiento normativo penal (compliance programs)», BACI-GALUPO SAGGESSE, S., FEIJOO SÁNCHEZ, B., ECHANO BASALDÚA, J. (coords.), *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016.

12 Vid. LÓPEZ LEMOS, P., «Gestión de riesgos y el compliance penal», MATA LLÍN EVANGELIO, A., FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (dirs.), *Criminal Compliance Programs y mapas de riesgos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 29 y ss.

13 Vid. ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, E., «El valor de las certificaciones de adopción e implantación de políticas de compliance en la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *LA LEY Compliance Penal*, n.º 11, 2022, págs. 2 y ss.

14 ISO 19601/2017.

15 ISO 19600/2014.

16 Vid. FERNÁNDEZ TERUELO, J., «El control de la responsabilidad penal de la persona jurídica», GÓMEZ COLOMER, J. L. (dir.), *Tratado...*, cit.; ABEL SOUTO, M., «Antinomias de la reforma penal de 2015 sobre programas de prevención que eximen o atenúan la responsabilidad criminal de las personas jurídicas», MATA LLÍN EVANGELIO, A. (dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

17 Vid. DOLZ LAGO, M., «Doctrina...», cit.; FARALDO CABANA, P., «Los compliance programs y la atenuación de la responsabilidad penal», GÓMEZ COLOMER, J. L. (dir.), *Tratado...*, cit.; LEÓN ALAPONT, J., *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del Compliance Penal Corporativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 178 y ss.

18 Vid. MIRANDA RODRIGUES, A., «Public compliance e prevenção da corrupção», *Revista Científica do CPJM*, Río de Janeiro, vol. 1, n.º 3, 2022, págs. 42 y ss.

19 Vid. GARCÍA CAVERO, P., «Las políticas anticorrupción de la empresa», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Valparaíso*, vol. XLVII, 2016, págs. 224 y ss.; SANCLEMENTE-ARCINIEGAS, J., «Compliance, empresas y corrupción: una mirada internacional», *Derecho PUCP*, n.º 85, 2020, págs. 85 y ss.

dante el ejercicio de un especial deber de cuidado; por tanto, se concreta en identificar los riesgos de comisión de ilícitos penales, en el marco de su actividad, con la finalidad de evitarlos²⁰. Su sino es, entonces, reducir la probabilidad de ocurrencia mediante un proceso de mejora permanente y monitorizado, vinculado con el desarrollo de la organización empresarial²¹. Puede parecer una cuestión de matices, pero cabe retener que las normas promueven la adopción de una serie de mecanismos y conectores destinados a cortar la conexión entre la empresa y el delito cometido —o intentado— en el marco de su actividad. La aplicación de las eximentes y las atenuantes del art. 31 *bis* CP no se condicionan a un *resultado* —prevenir efectivamente los delitos—, sino a un *hacer*: adoptar los mecanismos más apropiados para reducir los riesgos propios y la persona y su actividad.

En concreto, la norma requiere que el modelo incluya medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (art. 31 *bis*.2.1 y 4 CP). Debido al alcance de algunas organizaciones, estas amenazas pueden exceder el plano individual para proyectarse sobre conjuntos más amplios de bienes jurídicos difundidos, tal y como ocurre con las afectaciones del orden económico, la salud pública o el medioambiente²². En este sentido, la reducción de ese tipo de riesgo contribuye con el interés general de preservar bienes jurídicos esenciales para la vida en común.

Junto a este interés general se ubica otro, de carácter corporativo, vinculado a la preservación de los intereses de la propia empresa. En particular, el *compliance* normativo busca reducir la exposición del ente a sufrir una sanción penal, como parte integral de un sistema de reducción de riesgos sobre el buen curso de los negocios: reputacionales —impacto en la opinión pública—, civiles —reparación más allá de los límites propios de la cobertura del seguro—, administrativos —aplicación de sanciones por parte de la autoridad regulatoria²³—, operativos —restricciones para contratar con el Estado o para operar en determinadas plazas—, entre otros.

La norma penal, para surtir efecto eximente o atenuante, delinea una serie de requisitos esenciales, que pueden ser agrupados en tres clases: (i) el diseño e implementación del programa, (ii) la supervisión de su funcionamiento y (iii) el ejercicio concreto de la función prevención de delitos. A ellos pueden sumarse otras herramientas, no reguladas directamente en el dispositivo penal, entre las que se encuentran las investigaciones internas.

La norma coloca en cabeza del órgano de administración de la persona jurídica la adopción y ejecución eficaz del programa (art. 31 *bis*.2.2 CP). El diseño debe abarcar todos los requisitos propios de la tarea de prevención y supervisión, contenidos en la norma penal. A ello se suma la necesidad de establecer los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución (art. 31 *bis*.5.2 CP), elementos estos esenciales a la hora de deslindar una eventual responsabilidad colectiva de un comportamiento aislado, no atribuible a un defecto de organización. Adicionalmente, debe incluir un modelo especial de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos (art. 31 *bis*.5.3 CP).

Como se observa, el diseño e implementación del programa supone relevar la estructura de las relaciones de autoridad y responsabilidad de la empresa, la división del trabajo, el proceso decisorio, las cadenas de reportes y, en particular, el proceso de formación de la voluntad y manejo de fondos del ente, como paso previo al diseño específico de los mecanismos de supervisión y prevención²⁴. Se trata de una tarea compleja, de carácter transdisciplinar, orientada a obtener un diagnóstico sobre distintos aspectos de la realidad de la empresa: jurídicos, contables, financieros, administrativos, orgánicos, informacionales, entre otros, de modo de ajustar la ejecución del programa a la realidad de la empresa. La fase de diseño e implementación demanda entonces de una tarea informativa previa, que incluye el relevamiento y revisión de documentación, el desarrollo de auditorías, entrevistas, diagnósticos expertos sobre las bases de datos de la empresa, entre otras ac-

20 Nada tiene que ver, en consecuencia, con eventuales «cazas de brujas» orquestadas por el equipo directivo y/o por el gerente en el quehacer diario de las empresas, como bien delimita MONTIEL, J. J., «Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XL, 2013, págs. 257 y ss.

21 Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Compliance programs*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

22 Vid. GÓRRIZ ROYO, E., «Criminal compliance ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2019.

23 Vid. BACIGALUPO ZAPATER, E., «Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de compliance», *Diario La Ley*, n.º 7442, 2010.

24 Vid. ONTIVEROS ALONSO, M., *Manual básico para la elaboración de un criminal compliance program*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; ID., *GPS compliance*, Tirant lo Blanch, México D. F., 2020.

tividades. En general, comprende una inserción específica, dentro del más amplio contexto de la gestión de cumplimiento²⁵, del modelo de *compliance* penal²⁶.

La norma no se limita a describir el contenido del modelo, sino a requerir que éste sea ejecutado con eficacia. En esta perspectiva se inscriben las tareas de supervisión²⁷. Consiste en la monitorización genérica y periódica del diseño del programa, destinada a detectar posibles fallos o puntos débiles para su corrección, como así también la actividad de vigilancia y control del cumplimiento efectivo de las medidas adoptadas para prevenir la comisión de delitos²⁸. La tarea, para acotar la responsabilidad, debe correr a cargo de un órgano autónomo o de la propia administración, según el tamaño de la empresa y la jerarquía de la persona que cometió el delito (art. 31 *bis*.2.2 y 3 CP).

Son requisitos mínimos de la función de supervisión: (i) ejecutar 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 (art. 31 *bis*.5.6 CP); (ii) imponer la obligación de informar de posibles incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención (art. 31 *bis*.5.4 CP); y (iii) establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas en él establecidas (art. 31 *bis*.5.5 CP).

Se trata del núcleo del deber de cuidado: disponer de medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir y descubrir delitos, o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (arts. 31 *bis*.2.1 y 31 *quater*.1.d CP).

Las medidas mencionadas suponen individualizar, observar y fiscalizar los procesos de la empresa, a fin de delimitar los riesgos penales más relevantes, gestionarlos y priorizar su tratamiento, tal como se ma-

nifiesta en otros tramos de la norma: cuando establece que los responsables del programa deben identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos a ser prevenidos (art. 31 *bis*.5.1 CP) y cuando ordena imponer a los dependientes el deber de informar al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención sobre posibles riesgos (art. 31 *bis*.5.4 CP)²⁹.

Las investigaciones internas se inscriben entonces en este contexto, como parte de la política integral de cumplimiento de las empresas³⁰. La investigación interna, de larga tradición en el entorno norteamericano³¹, no es un elemento nuevo en el campo empresarial continental. En materia de *compliance* normativo, se trata de una forma de concreción especial del sistema de gestión de riesgos, orientada a reducir la exposición penal de la persona jurídica. Si bien no se encuentran reguladas expresamente, son el complemento lógico del sistema de atenuantes introducido por el legislador³².

En este sentido, la norma prevé diversas circunstancias posteriores al hecho: (i) confesar el hecho, (ii) aportar pruebas nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales, (iii) reparar o disminuir el daño causado, o (iv) establecer medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos futuros (art. 31 *quater* CP). Todas esas acciones reclaman de cierto grado de conocimiento que, en determinados casos, puede requerir de actuaciones internas específicamente orientadas a recopilar información adicional, antes o después del eventual inicio de un proceso penal.

II. CARACTERIZACIÓN DE LAS INVESTIGACIONES CORPORATIVAS

1. Investigaciones internas

Las empresas obtienen, recopilan y analizan información sobre sus procesos internos por diferentes razo-

25 ISO 19.600/2014.

26 UNE 19.601/2017.

27 Vid. NIETO MARTÍN, A., «Investigaciones internas», NIETO MARTÍN, A. (dir.), Manual de cumplimiento penal en la empresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

28 Vid. COLOMER HERNÁNDEZ, I., «Régimen de exclusión probatoria de las evidencias obtenidas en las investigaciones del compliance officer para su uso en un proceso penal», Diario La Ley, n.º 9080, 2017.

29 Como señala LEÓN ALAPONT, J., «Retos jurídicos en el marco de las investigaciones internas corporativas: a propósito de los compliances», Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n.º 22-04, 2020, pág. 2, cuestión distinta es que el resultado de las indagaciones tenga que automáticamente ser puesto en conocimiento de las autoridades.

30 Vid. FORTUNY CENDRA, M., «Las investigaciones internas en el marco de un modelo de prevención de delitos», FORTUNY CENDRA, M. (dir.), Las investigaciones internas en compliance penal. Factores clave para su eficacia, Aranzadi, Pamplona, 2021.

31 Vid. MONTIEL, J., «Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa», Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XL, 2013; VILLEGAS GARCÍA, M. A., ENCINAR DEL POZO, M. A., Lucha contra la corrupción, compliance e investigaciones internas. La influencia del Derecho estadounidense, Aranzadi, Pamplona, 2020; TEJADA PLANA, D., Investigaciones internas cooperación y nemo tenetur. Consideraciones prácticas nacionales e internacionales, Aranzadi, Pamplona, 2020.

32 Vid. AYALA GONZÁLEZ, A., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas», Indret: Revista para el Análisis del Derecho, n.º 1, 2019.

nes: para detectar problemas y reorganizar la empresa, para definir la estrategia corporativa, para brindar una explicación pública sobre un aspecto cuestionable del negocio, por temas de salud laboral, porque las reguladoras requieren información o porque los resultados de una auditoría aconsejan profundizar el tema, entre otros motivos³³. También pueden iniciarse, en el marco preventivo³⁴, cuando se advierten o se reciben denuncias sobre fallas en el funcionamiento de la organización, que requieren de averiguaciones especiales, para definir las, ajustar el modelo y, eventualmente, aplicar sanciones. Hasta aquí, y más allá de nombres —procedimientos internos, auditorías, controles, averiguaciones, investigaciones...—, estas formas de generación de información de sentido amplio encuentran cobijo en las facultades de administración y de control empresarial³⁵, que como es lógico están sujetos al cumplimiento de una concreta metodología con procesos, procedimientos y actores predeterminados³⁶.

En otros casos, la actividad interna puede vincularse con la detección o la denuncia de un eventual delito contra la empresa, cometido por terceros o por alguno de sus integrantes. En su mayor parte, hechos de fraude ocupacional, mediante maniobras de baja o media elaboración: faltantes no dinerarios, hurto de efectivo, fraude con tarjetas, adulteración de cheques y pagos, manipulaciones en la facturación, en el reembolso de gastos, en la nómina y en los registros de desembolsos, entre otros³⁷.

Finalmente, la tercera clase corresponde a un número cerrado de delitos que pueden implicar la responsabilidad penal de la persona jurídica y de algunos de sus integrantes. El carácter específico de este grupo radica

en que el ente ideal persigue con ellas un interés defensivo prominente: despejar la incertidumbre, a fin de diseñar la mejor estrategia frente a un eventual proceso judicial y subsecuente impacto reputacional, objetivo al que coadyuva una actuación en toda su extensión de las exigencias de confidencialidad³⁸.

La información inicial sobre un riesgo penal puede ser suficiente para incluir la investigación dentro de esta última clase —porque la imputación se dirige específicamente contra la persona jurídica, como ocurre, por ejemplo, con la comercialización masiva de alimentos contaminados— o de la anterior —porque el delito no se encuentre dentro del listado, como ocurre, en gran medida, con los ilícitos ocupacionales—. En otros casos es posible que no se cuente con un panorama claro sobre una eventual violación o no del deber de cuidado. Con todo, y ante la indeterminación, siempre estará presente la finalidad de reducir la exposición ante un especial riesgo: la sanción penal. Así, aunque existen distintos tipos de investigaciones internas, sólo una fracción encaja en la normativa aquí estudiada. Nos referiremos a ellas como investigaciones defensivas.

2. Investigaciones defensivas

Las investigaciones internas, al abarcar en parte la conducta de los dependientes, conecta con las ya referidas facultades de control empresarial³⁹. Esa habilitación, sin embargo, supone un objeto laboral y un sentido unívoco: la ausencia de una eventual responsabilidad por parte del empleador. No es ello lo que ocurre en el caso aquí analizado, donde se ponen en juego intereses contrapuestos, que trascienden el ámbito laboral, vinculados al derecho de defensa penal tanto

33 Vid. HEMPHILL T., CULLARI, E., «Corporate governance practices: a proposed policy incentive regime to facilitate internal investigations and self-reporting of criminal activities», *Journal of Business Ethics*, n.º 87, 2008.

34 Vid. COLOMER HERNÁNDEZ, I., «Régimen...», cit.

35 En concreto, el art. 20.3 ET (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) cuando dispone que «[e]l 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»; y el art. 58, relativo al régimen de faltas y sanciones aplicables a los trabajadores.

36 Vid. ZABALA, C., TRENDAFILOVA, S., *Manual de investigaciones internas*, Aranzadi, Pamplona, 2021. Y con un enfoque práctico y relacionado con el actuar en casos significativos judicializados vid. ROS RAVENTÓS, I. de, «La investigación interna, la colaboración con las autoridades y la reparación del daño como causa de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica: una propuesta de modificación del art. 31 quáter», *LA LEY Compliance Penal*, n.º 11, 2022, págs. 2 y ss.

37 Vid. ACFE (ASSOCIATION OF CERTIFIED FRAUD EXAMINERS), *Report to the nations. 2020 global study on occupational fraud and abuse*, 2020 disponible en <https://www.acfe.com/report-to-the-nations/2020/> [última consulta: 11-2-2023].

38 Vid. BACHMAIER WINTER, L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un programa de compliance», *Diario La Ley*, n.º 7938, 2012, pág. 6.; SAHAN, O., «Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado», MONTIEL, J. P., KUHLEN, L., ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 246 y ss.; MARTÍNEZ SANTOS, A., «La garantía de la confidencialidad del abogado en las investigaciones internas de "compliance" de las personas jurídicas», BACHMAIER WINTER, L. (coord.), *Investigación penal, secreto profesional del abogado, empresa, y nuevas tecnologías: Retos y soluciones jurisprudenciales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, págs. 243 y ss.

39 Vid. COLOMER HERNÁNDEZ, I., «Régimen...», cit.

del trabajador como de la empresa⁴⁰. De este modo, y más allá de los diferentes marcos jurídicos que habrán de tamizar la actividad de investigación, lo concreto es que el derecho preeminente es el de defensa frente a una amenaza punitiva.

Se trata, pues, de una actividad privada, voluntaria y unilateral, que, en función del principio de autotutela, no requiere de habilitación normativa alguna: basta con que no se encuentre prohibida. Esa naturaleza no significa, por supuesto, que las investigaciones carezcan de condiciones, límites y consecuencias legales⁴¹. Tampoco habilita la condición defensiva una escenificación de la investigación, a conveniencia de la posición de la empresa. La amenaza punitiva —con eximentes y atenuantes— procura que la persona jurídica adopte un compromiso permanente y serio de evitación del ilícito corporativo. Ese compromiso abarca la reacción frente a una hipótesis de delito, entre otras vías, mediante las investigaciones defensivas. En este sentido, una investigación rápida, equilibrada y objetiva puede ser, en muchos casos, la mejor estrategia de defensa. Nunca es imparcial la investigación a cargo de una de las partes del conflicto, pero puede ser ejecutada con una metodología rigurosa y la menor arbitrariedad posible.

Las investigaciones defensivas buscan recabar información sobre la eventual comisión de un delito capaz de comprometer la responsabilidad penal de la persona jurídica. Esa búsqueda debe centrarse en el aseguramiento y recolección de elementos decisivos para comprobar los hechos, determinar las eventuales responsabilidades individuales y estimar el grado de exposición corporativo⁴².

2.1. Investigaciones defensivas preliminares

Como hemos visto, es posible que las vías de inicio arrojen conocimiento acabado sobre una hipótesis concreta de delito. Sobre esa base, la persona jurídica se

encuentra en condiciones de tomar una decisión informada, conforme las alternativas ofrecidas por el marco legal.

Sin embargo, la teleología del sistema es netamente preventiva: instaurar mecanismos apropiados para detectar indicadores, de manera temprana, con el objetivo de dimensionar y gestionar el riesgo y evitar la comisión de delitos. Esta situación implica que, por lo general, se tenga un conocimiento fragmentario o imperfecto: el riesgo es tal, en la medida de su indeterminación, y el sistema de gestión —con sus denuncias, matrices, mapas y procedimientos— es una vía para lidiar con ello (art. 31 *bis*.5.1 y 4 CP). El procedimiento de gestión puede resultar suficiente para decidir sobre una señal de alerta: porque la anomalía implicó un mero defecto del programa —por caso, una falla en los mecanismos de control rutinarios—, porque no hubo comienzo de ejecución —un negocio con patrón de fraude, que se decidió no emprender—, porque se asume el riesgo en función de las bajas perspectivas de lesividad —operaciones clasificadas como de baja probabilidad e impacto—, entre otros.

La investigación preliminar se ubica en un punto intermedio entre la certeza y la indeterminación: se trata de información sobre un riesgo concreto de responsabilidad penal societaria que, sin embargo, no reúne las condiciones necesarias para la toma de decisiones antes apuntadas. Esta clase de mecanismo interno es y ha sido un tema arduamente discutido por la doctrina, por su carácter híbrido⁴³: en concreto, por implicar una forma de «privatización de la justicia»⁴⁴. De un lado el sistema insta a la empresa a implementar un programa orientado a detectar riesgos penales propios de manera temprana, mas no en ejercicio de potestades administrativas —con consecuencias sancionatorias inmediatas, ante la falta de colaboración—, sino punitivas —con las consecuentes garantías relativas a la autoincriminación⁴⁵—. De otro lado, introduce eximentes que

40 Cabe recordar que la persona jurídica se exime de responsabilidad si prueba, por ejemplo, que el personal jerárquico obró en fraude del modelo de gestión, o que el dependiente obró más allá de la previsión de un modelo adecuado. Se trata, entonces, no sólo de intereses distintos, sino potencialmente opuestos e irreconciliables.

41 Vid. CARRILLO DEL TESO, A. E., «Validez de la prueba obtenida del ordenador del trabajador: Barbulescu entre en el proceso penal», CONDE FUENTES, J., SERRANO HOYO, G. (dirs.), *La justicia digital en España y la Unión Europea: situación actual y perspectiva de futuro*, Atelier, Barcelona, 2019; PRIETO GONZÁLEZ, H., «La cooperación público-privada en la prevención, detección y persecución de los delitos empresariales: investigaciones internas», GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coord.), *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín, Aranzadi, Pamplona, 2018*.

42 En parte, se trata de objetivos comunes a toda prevención, como ocurre, por caso con la actividad policial, cuando practica las diligencias necesarias para comprobar el delito y descubrir a sus responsables, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, en ese caso, para ponerlos a disposición de la autoridad judicial (art. 282 LECR).

43 Vid. AYALA GONZÁLEZ, A., «Responsabilidad...», cit.

44 Vid. NIETO MARTÍN, A., «Investigaciones...», cit.; RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., «Espacios de consenso v. espacios de conflicto en el enjuiciamiento penal de la corrupción», PÉREZ FLORES, J. C. (dir.), *Análisis crítico sobre el combate a la corrupción en el ámbito penal*, Tirant lo Blanch, México D. F., 2020.

45 Vid. TEJADA PLANA, D., *Investigaciones...», cit.*; ESTRADA I CUADRAS, A., «"Confesión o finiquito": el papel a no autoincriminarse en las investigaciones internas», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2020, págs. 227 y ss.; VILLEGAS GARCÍA, M.

no exigen, para su cumplimiento, de la comunicación inmediata de todo riesgo detectado. Ello habilita, en los hechos, un «sistema de filtro» a cargo de la propia persona jurídica. Persona que, por el lugar que le asigna la norma, tiene un interés particular tanto en administrar los tiempos y el desarrollo de la investigación —para amortiguar un impacto reputacional o evitar ser auscultada por el estado o la justicia— como en condicionar su resultado —a fin de generar mejores condiciones para evitar su responsabilidad penal—, todo ello desde una posición privilegiada de conocimiento y de acción. Con todo, y más allá de lo que pueda hacer o no la empresa, lo concreto es que el Estado no renuncia —cuanto menos, no por esta norma— sus funciones preventivas y de investigación.

2.2. Investigaciones defensivas complementarias

Este supuesto incluye las investigaciones internas posteriores a la toma de conocimiento sobre el inicio de un procedimiento judicial que puede comprometer la responsabilidad de la empresa⁴⁶. Ese factor introduce ciertas diferencias respecto de la anterior modalidad, en tanto agrega más información: de un lado, se encuentran removidas las cargas decisorias y riesgos asociados a la averiguación preliminar, al haber intervenido la autoridad; de otro lado, esa intervención implica la sustanciación, cuanto menos parcial, del conflicto, y, eventualmente, la relación procesal prefigurada para la persona jurídica.

Su objeto y finalidad es, sin embargo, similar a la anterior: agregar información para la toma de decisiones, vinculadas aquí, de manera más específica, con la exposición del ente frente al proceso en curso. Algunos de sus alcances adquieren mayor precisión, debido a la incidencia de los plazos previstos en la norma: deslindar la responsabilidad corporativa, en vistas a una eventual confesión, antes de que el procedimiento se dirija en su contra; buscar pruebas nuevas y decisivas, para colaborar con la investigación en cualquier momento del proceso; estimar el daño producido, para repararlo o disminuirlo antes del juicio oral; buscar errores y corregir el modelo de supervisión y prevención, antes del comienzo del juicio oral (arts. 31 *quater* CP). Como dijimos, esos fines no limitan el objeto de las investigaciones complementarias, las que pueden abarcar cualquier aspecto que resulte de utilidad para defender la posición de la entidad en el proceso judicial.

III. FUENTES DE LA INVESTIGACIÓN

1. Doble vía

El programa de cumplimiento, más allá de su función normativa eximente, delinea dos posibles fuentes de insumos de una investigación defensiva: (i) los derivados de la imposición al personal del deber de informar y (ii) los provenientes del sistema de identificación proactiva de riesgos. En este sentido, la norma indica que los modelos de organización y gestión deben incluir las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos vinculados con su actividad o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, por un lado, mediante la identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos esos delitos y, por el otro, mediante la imposición de la obligación de informar sobre posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo (art. 31 *bis*.2.1 y 5.1 y 4 CP).

Sin embargo, esos canales no limitan la formación de voluntad del ente. Así, la posibilidad de que exista un delito corporativo puede surgir, como hemos dicho, de otros procesos internos o, incluso, de fuentes externas. De hecho, y puesto que no se trata de una actividad estatal, las investigaciones defensivas no requieren, como condición de validez, de la existencia de un número cerrado de «disparadores». La habilitación legal para su ejercicio es el derecho a la autotutela.

2. Deber de informar

En lo que aquí interesa, la imposición de este deber de reportar puede operar como fuente para la apertura de investigaciones defensivas, esto es, la comunicación de una hipótesis de delito que comprometa la eventual responsabilidad penal de la persona jurídica. La eximente requiere, para ser aplicada, que la empresa haya impuesto a sus empleados, antes de la comisión del delito, de la obligación de informar posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. Como hemos dicho, no pesa sobre la empresa obligación alguna de obrar en ese sentido, dada la naturaleza eximente del precepto; de otro lado, su letra tampoco implica la habilitación de un canal de denuncias, ni que éstas puedan ser anónimas; a su vez, no incluye un régimen especial de protección del denunciante, el que queda librado a dispositivos de carácter general;

A., ENCINAR POZO, M. A., «Los derechos de la organización y de los investigados en las investigaciones internas. Cuestiones para el debate», LA LEY Compliance Penal, n.º 8, 2022, págs. 6 y ss.; POUCHAIN, P., «Autoincriminación “forzada” en las investigaciones internas. Prohibición probatoria según la imputación al Estado». InDret: Revista para el Análisis del Derecho, n.º 4, 2022, págs. 86 y ss.

⁴⁶ Vid. GIMENO BEVIÁ, J., Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas, Civitas, Madrid, 2016.

por último, no contempla programas de incentivos o recompensas, usuales en el entorno norteamericano⁴⁷.

Se trata, sin embargo, de opciones que se van extendiendo en la práctica, toda vez que la exigente se monta sobre una política más general de autorregulación y gobierno corporativo, con varias décadas de desarrollo, que excede el terreno penal⁴⁸. La perspectiva amplia del dispositivo es promovida así por diversas vías, entre otras, por directivas generales del órgano de persecución penal, por el contenido de algunos pronunciamientos judiciales⁴⁹, por normas supranacionales en materias colindantes⁵⁰, por los criterios de estandarización y por el derecho comparado⁵¹. La razón para este impulso radica en que las personas que trabajan o se relacionan con la empresa se encuentran en mejores condiciones para advertir la comisión de delitos o el riesgo de que ello ocurra, lo cual supone tanto un conocimiento privilegiado como la falta de intervención en el hecho⁵². Las medidas especiales buscan justificación, en general, en la relación asimétrica que media entre ambas partes, con la consecuente necesidad de generar desincenti-

vos —para la empresa— o incentivos —para el denunciante—⁵³. Si bien no exenta de ciertas tensiones, estas herramientas se enmarcan a su vez en las políticas de transparencia de los operadores del mercado, la libertad de expresión y el derecho al acceso a la información de interés público⁵⁴.

Desde el punto de vista de la exigente penal, la finalidad del requisito es que la empresa desarrolle políticas proactivas para detectar situaciones que puedan afectar la eficacia preventiva del programa. Sin embargo, y desde el punto de vista de los dependientes, la fuente de la obligación no se encuentra en la normativa penal si no en la buena fe y en la diligencia contractual, y, especialmente, en la imposición por parte de la empresa del deber de informar, en función de las facultades de dirección y control de la actividad laboral [arts. 5.a), 20.2 y 3 ET]. Es en función de la bilateralidad de la relación laboral que diversas iniciativas internacionales contemplan la participación de los trabajadores y de sus representantes en el diseño de esta clase de dispositivos⁵⁵. Será entonces el contenido de esa im-

47 Vid. GIMENO BEVIÁ, J., «Problems posed by incorporation of the American model of rewarding the whistleblower in the Spanish legal system and in regulatory compliance», LÓPEZ BARAJAS PEREA, I., DÍAZ MARTÍNEZ, M. (coords.), *The recent reform of spanish criminal procedure: fundamental rights and technological innovations*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; CARRILLO DEL TESO, A. E., «La deriva de la prueba ilícita en la jurisprudencia (a raíz de la admisión de listas de evasores fiscales)», CACHÓN CADENAS, M. J., PÉREZ DAUDÍ, V. (dirs.), *El enjuiciamiento civil y penal hoy*, Atelier, Barcelona, 2019; ORTIZ PRADILLO, J. C., «La delación premiada como instrumento de investigación contra la corrupción y la delincuencia económica», DEMETRIO CRESPO, E., GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (dirs.), *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, Castillo de Luna, Madrid, 2015.

48 Algunos antecedentes, en el plano interno: el art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores; el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, elaborado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en 2006; y la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Cfr. ARJONA CANAS, A., YUBERO HERMO-SA, M. P., MANZANEQUE LIZANO, M., BANEGAS OCHOVO, R., *Gobierno corporativo, control de riesgos y auditoría interna: el cambio y valor de las empresas del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; PUYOL, J., *El funcionamiento práctico del canal de compliance «Whistleblowing»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; MARTÍN FERNÁNDEZ, J., SUBIRATS ALCOVERRO, X., *El buen gobierno corporativo en España: claves prácticas para su implantación y seguimiento*, Ediciones Lefebvre, Barcelona, 2019.

49 Por caso, la STS 35/2020, de 3 de febrero, con ponencia de Vicente Magro Servet, en la que se sostiene, en un obiter dictum, la necesidad de implantar canales de denuncia, dado que los informantes o denunciantes son el cauce más importante para descubrir delitos cometidos en el seno de las organizaciones, y que la falta de denuncia tiene como razón principal el que las personas no se sienten suficientemente protegidas contra posibles represalias del ente.

50 Además de las que con posteriormente citaremos, el Reglamento (UE) 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso del mercado; la Directiva de Ejecución (UE) 2015/2392 de la Comisión, de 17 de diciembre de 2015, relativa al Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la comunicación de posibles infracciones o infracciones reales de dicho Reglamento a las autoridades competentes; y la Resolución (2016/2224(INI)) del Parlamento Europeo, de 24 de octubre de 2017, sobre las medidas legítimas para la protección de los denunciantes de irregularidades que, en aras del interés público, revelan información confidencial sobre empresas y organismos públicos.

51 Vid. RAGUÉS I VALLÉS, R., «El tratamiento jurídico de los denunciantes antes y después de la Directiva 2019/1937», *LA LEY Compliance Penal*, n.º 1, 2020.

52 Vid. GOMES CASTILHO, D., «Whistleblowing. Una política eficaz en la recuperación de activos», BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FABIÁN CAPARRÓS, E. A., RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (coords.), *Recuperación de activos y decomiso. Reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

53 Vid. GARCÍA MORENO, B., «Whistleblowing y canales institucionales de denuncia», NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

54 Vid. BLANQUER CRIADO, D., *La CNMV —su transparencia y responsabilidad—*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

55 La Recomendación CM/Rec (2014)7, de 30 de abril de 2014, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la protección de los whistleblowers, indica que los trabajadores y sus representantes deben ser consultados sobre las propuestas para establecer procedimientos internos de presentación de informes (pto. 16). Por su parte, Resolución (2016/2224(INI)) del Parlamento Europeo establece la participación de los representantes de los trabajadores en la designación de la persona o entidad independiente e

posición, en caso de practicarse, el que fije el alcance preciso de la obligación.

Con todo, es posible decir, en términos generales, que la obligación es exigible cuando el dependiente se informa de un indicador de riesgo o de incumplimiento, y acaba cuando la empresa cuenta con esa información. La norma no detalla el grado de conocimiento, ni la vía para adquirirlo —directa, indirecta— o para comunicarlo —a quién y cómo—, aspectos éstos que quedan sujetos al marco general, relativo a la relación laboral, y que pueden o no encontrarse precisados en la instrucción interna de imposición. La infracción laboral constituye una omisión injustificada de este deber, el que consiste, desde el punto de vista del resultado, en que la empresa carezca de la misma información crítica con que cuenta su dependiente.

La norma penal alude a posibles incumplimientos del modelo, pero también a riesgos, que en la teleología del precepto abarca la eventual comisión de delitos en el ámbito de la empresa: ningún sentido tiene informar, por caso, una falencia en el mecanismo de detección, y no el delito ocurrido a raíz de ella. En el último supuesto, la obligación también encuentra cauce independiente en la normativa procesal (arts. 259, 262 y 264 LECR), que complementa el marco laboral. Así, mientras la normativa adjetiva exige que el denunciante presencie el delito público o tenga noticia o conocimiento de él por cualquier medio, el deber impuesto por la patronal promueve además la comunicación de situaciones de riesgo penal, lo cual no implica, necesariamente, una hipótesis acabada de delito. De este modo, y cuanto menos en términos formales, el dependiente debe cumplir con ambas obligaciones cuando tiene conocimiento de un delito. En adverso, sólo se encuentra obligado

ante la empresa cuando se trate de meros indicadores de riesgo penal o de incumplimiento del modelo⁵⁶.

La norma penal fija, como parte del dispositivo eximente, que las denuncias deben ser recibidas por el organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención, el cual, en las empresas de grandes dimensiones, debe poseer poderes autónomos de iniciativa y de control o tener encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica (art. 31 *bis*.2.2 y 5.4 CP).

Una de las vías que, en la práctica, se utiliza para facilitar el deber de informar, es habilitar canales múltiples —escritos, telefónicos, buzones de correo electrónico, páginas webs, oficinas de atención personal— y de fácil acceso, en general abiertos, esto es, no limitados a los sujetos obligados por su relación con la empresa: ello comprende a todas las personas, pero en particular a proveedores, clientes, contratistas, profesionales y a quienes tienen alguna otra clase de relación o vínculo con el ente.

En este sentido, el art. 24 LO 3/2018 alude especialmente al canal de denuncia interna: la norma dispone que es lícito crear y mantener sistemas de información —cuya existencia debe ser comunicada a los empleados y a terceros—, para poner en conocimiento de una entidad de derecho privado, la comisión en su seno o en la actuación de terceros que contratasen con ella, de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la normativa general o sectorial que le fuera aplicable. También en este caso existe una serie de instrumentos e iniciativas internacionales que promueven la instauración de canales de denuncias claros y accesibles, a cargo de organismos con un alto nivel de autonomía⁵⁷.

imparcial encargada de recoger las denuncias internas (pto. 33). De otro lado, la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, dispone que los Estados miembros deben velar porque el sector privado establezca canales y procedimientos de denuncia interna y de seguimiento, previa consulta a los interlocutores sociales y de acuerdo con ellos cuando así lo establezca el derecho nacional (art. 8.1).

56 Vid. BACHMAIER WINTER, L., MARTÍNEZ SANTOS, A., «El régimen jurídico-procesal del whistleblower. La influencia del Derecho europeo», GÓMEZ COLOMER, J. L. (dir.): Tratado..., cit.

57 La Guía de Buenas Prácticas sobre controles, ética y cumplimiento, anexa a la Recomendación del Consejo de Europa para fortalecer la lucha contra el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, de 26 de noviembre de 2009, recomienda contar con una autoridad para denunciar asuntos directamente a órganos supervisores independientes como comités de auditoría, juntas directivas o consejos de supervisión, con un nivel adecuado de autonomía de la administración. Por su parte, la Recomendación CM/Rec (2014)7 del Consejo de Europa, en materia de información o divulgación sobre amenazas o daños al interés público, insta a que el marco nacional fomente esas actividades a través de canales internos de una organización o empresa, con personas designadas para recibir informes de forma confidencial (ptos. 14 y 15). La Resolución (2016/2224(INI)) del Parlamento Europeo, considera que debe establecerse un sistema coherente, creíble y fiable que permita las denuncias, a nivel interno de la organización, a las autoridades competentes (pto. 32); en este sentido, estima que debe alentarse a los empresarios a que establezcan procedimientos de denuncia internos y que, dentro de cada organización, una persona o entidad independiente e imparcial debe encargarse de recoger las denuncias (pto. 33). Junto a ello piensa que cada organización debe establecer canales de denuncia claros que permitan a los denunciantes realizar la denuncia dentro de la organización, y que cada empleado debe ser informado de dicho procedimiento (pto. 34). De otro lado, la Directiva (UE) 2019/1937, dispone que los estados miembros deben velar porque el sector privado establezca canales y procedimientos de denuncia interna y de seguimiento (art. 8.1). Insta a su vez a que exista información clara y accesible sobre los procedimientos de denuncias, como así también una amplitud de vías para denunciar —escrita o verbal, telefónica o por mensajería de voz, o por reunión personal— (art. 9).

En cuanto al procedimiento a seguir por el órgano receptor, nada dice la norma penal. La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de *Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales* (LOPD), en su art. 24.4, establece que los datos deberán conservarse en el sistema de denuncias únicamente durante el tiempo imprescindible para decidir sobre la procedencia de iniciar una investigación sobre los hechos denunciados, y deberán ser suprimidos cuando hayan transcurrido tres meses, salvo que la finalidad de la conservación sea dejar evidencia del funcionamiento del modelo de prevención de la comisión de delitos. De no haberse dado curso a la denuncia, los datos sólo podrán constar de forma anonimizada. Los datos podrán seguir siendo tratados, luego de transcurrido el plazo de tres meses, por el órgano de investigación de los hechos denunciados, pero sin que ellos sean conservados en el sistema de información de denuncias.

De manera esquemática, el procedimiento consta de una serie de pasos: (i) recibo de la denuncia, (ii) registro, (iii) expedición de acuse de recibo, (iv) evaluación preliminar —objeto y estimación de riesgo, con sus componentes de plausibilidad, probabilidad e impacto—, (v) agregado de información adicional y, (vi) en el plazo de tres meses, la vía de gestión decidida por la Administración. En lo que atañe a la denuncia de una hipótesis de delito con eventual responsabilidad de la persona jurídica, las opciones son, como hemos visto, desestimar la denuncia, acudir a la autoridad —denuncia, querrela o confesión— o iniciar una investigación interna defensiva, informando de la decisión al denunciante y procediendo al tratamiento de los datos conforme lo establece, entre otras, la LOPD.

3. Identificación proactiva de riesgos

Otro requisito eximente es que la empresa incluya dentro de sus modelos de organización y gestión las medidas de vigilancia y control idóneas para evitar delitos vinculados con su actividad o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, identificando las actividades en cuyo ámbito ellos puedan ser cometidos (art. 31 *bis*.2.1 y 5.1 CP). A riesgo de ser reiterativos: el sistema de prevención, como sugiere

la redacción empleada por el legislador, intenta que la empresa erija una barrera temprana, en pos de evitar la comisión de delitos. El resultado esperable de ese sistema es que sirva para identificar ámbitos y actividades vulnerables, calcular riesgos, corregir errores y adoptar las medidas conducentes para que el delito no se produzca. Pero también es esperable que el dispositivo se tope con aquello que pretendió evitar: la comisión cierta o posible de un delito, en particular, los atribuibles a la persona jurídica. La actividad de prevención mediante herramientas proactivas de identificación de ámbitos de riesgo penal constituye entonces otra de las fuentes de la investigación defensiva.

El carácter organizado, proactivo y sistemático de esta vía supone una serie de pasos —identificación, valoración y gestión de riesgos— capaces de ser monitoreados y corregidos, para mejorar su eficacia respecto de la detección de posibles delitos. El objetivo es pasar de una situación de incertidumbre o de conocimiento débil, a una donde el riesgo sea estimable y tratable. El tratamiento de riesgos generales puede consistir en evitar la actividad, eliminar la fuente de riesgo, reducir su probabilidad o impacto, o aceptar el riesgo, entre otras opciones. El supuesto aquí analizado es un caso especial de riesgo, que consiste en la detección de un eventual delito cometido en el ámbito de la empresa: el tratamiento posterior difiere entonces de las opciones arriba detalladas, aunque, *ex ante*, apliquen las mismas medidas de identificación.

El proceso de identificación se traduce, por lo general, en la generación de una matriz. La matriz tiene por objeto establecer la necesidad o no de tratar el riesgo, el orden de prioridades y el tipo de acciones que, en su caso, es necesario emprender. Se trata de una actividad compleja, a cargo de personas entrenadas en la materia, orientada a identificar procesos y negocios críticos, para asignarles un grado —comparativo— de riesgo, generalmente en función de la probabilidad de ocurrencia y el impacto que puede producir la comisión de un delito. La estimación de ambos vectores puede ser simple o compleja, según el tipo de actividad, la clase de delitos esperables y la dimensión y recursos de la empresa, entre otros factores⁵⁸.

A ellas se suman las normas de estandarización relativas al compliance penal, en particular, la UNE 19601, la cual sugiere que las empresas deben contar con canales de comunicación para que los miembros de la organización y los terceros informen, de buena fe y sobre la base de indicios razonables, aquellas circunstancias que puedan suponer la materialización de un riesgo penal para la organización, así como incumplimientos o debilidades del modelo de gestión de compliance penal (pto. 8.7).

58 A título ejemplificativo, y tomando el blanqueo de capitales, el cálculo de probabilidad puede basarse en la frecuencia relativa pasada por período de tiempo, la experiencia recogida por otras empresas similares, las estimaciones proporcionadas por los entes reguladores —unidades de inteligencia financiera—, el perfil del cliente —casa de juego—, el tipo de negocio —autopréstamo—, su estructuración —fragmentación de montos—, la zona geográfica de la cual procede la operación —paraíso fiscal—, la utilización de ciertas figuras jurídicas —sociedades off shore—, la intervención de personas expuestas —funcionario público—, entre otros. Por el lado del impacto, el monto de la operación, la frecuencia actual, las modalidades con mayor pena —habitualidad, cantidad de personas, objetivo del

Desde el punto de vista de la supervisión y el control, la identificación de riesgos sirve de base para el diseño y ejecución de un plan de acción, conformado por una serie de medidas adicionales destinadas a reducir el riesgo, de inherente a residual. El plan de acción delinea así el tipo de actividad —incorporación de nuevos indicadores de riesgo, necesidad de que intervenga una segunda área de control, modificación del sistema de registros, etcétera—, la forma de seguimiento, las medidas de desempeño, el personal responsable, el área de monitorización del cumplimiento de la acción, la fecha de implantación y de evaluación, el coste estimado, entre otras acciones.

De otro lado, y en lo que aquí interesa, el plan puede indicar medidas adicionales respecto de un riesgo individualizado —por ejemplo, incorporar información adicional, obrante en la empresa, sobre el tipo de operación o sobre el cliente, requerir documentación respaldatoria, entre otras— que, en determinados casos, pueden derivar en la falta de superación de la indeterminación o, lo que es lo mismo, en la consolidación del riesgo, como fundamento para el inicio de una investigación defensiva.

IV. DESARROLLO

1. Inicio

El inicio de una investigación defensiva constituye una decisión trascendente: de un lado, porque su desarrollo puede acarrear tanto beneficios como riesgos potenciales; de otro lado, porque una vez iniciada, es difícil de revertir⁵⁹.

La norma penal carga al órgano de administración la decisión de adoptar y ejecutar con eficacia el programa de *compliance*, al tratarse de un aspecto propio de la gestión del ente. Siendo las investigaciones defensivas parte de ese sistema, resulta razonable que sea el mismo órgano el encargado de decidir sobre su inicio. En las sociedades anónimas, por ejemplo, la decisión corresponde, según lo establezca el estatuto, al administrador único, a los administradores —de manera conjunta o solidaria—, al consejo de administración o,

incluso, a cualquier forma de organización interna, en tanto sea adoptada por escritura pública e inscrita en el Registro Mercantil (arts. 23 y 210 LSC). El Consejo de Administración puede, a su vez, delegar la facultad entre alguno o algunos de sus miembros (art. 249 LSC). Puesto que en la materia rige el principio de autonomía de la voluntad, la empresa puede conferir la facultad a otro órgano —como el autónomo de supervisión, un Comité Especial o un Comité de Auditoría⁶⁰—, siempre que con ello no se oponga a las leyes, ni contradiga los principios configuradores del tipo social elegido (art. 28 LSC). De otro lado, y cuanto menos en términos formales, nada impide que la decisión sea adoptada por la junta general para intervenir en asuntos de gestión (art. 161 LSC) o, incluso, por la junta universal (art. 178 LSC).

2. Órgano de investigación

Otro aspecto que debe abarcar la decisión de inicio es definir el área, persona o grupo de personas encargadas de llevar adelante la investigación, y dotarlos de estructura y recursos suficientes, acordes con la magnitud de la tarea. Como hemos visto, la norma establece que, en las grandes empresas, es el órgano autónomo de control el encargado de recibir las denuncias. De otro lado, la normativa internacional sugiere que el trámite de denuncia sea llevado adelante por una persona o departamento imparcial⁶¹. Sin embargo, y en lo que respecta a la actividad de investigación, no existe una previsión específica, de modo que la potestad de la administración es amplia, pudiendo acudir a cualquier estructura o persona dentro de la empresa, o incluso contratar los servicios de terceros⁶².

En algunos casos, los intereses de las personas física y jurídica resultan inescindibles, y la investigación será netamente interna. En otros existirán intereses divergentes, y será necesario recurrir a una estructura de investigación con mayor grado de autonomía. La decisión depende, por lo demás, de las características del caso, su gravedad, extensión y nivel jerárquico de las personas eventualmente involucradas, lo cual puede llevar a escoger estructuras distintas de las usualmen-

financiamiento, entre otras—, las especiales circunstancias que aumentan la exposición —las que impedirían operar en algunas plazas centrales—, entre otras.

59 Vid. MISSAL, M., FISHMAN, E., OCHS, B., DUBILL, R., «Conducting corporate internal investigations», *International Journal of Disclosure and Governance*, vol. 4, n.º 4, 2007.

60 Vid. McLUCAS, W., «Ethical considerations in internal corporate investigations», *The Corporate Governance Advisor*, vol. 11, n.º 6, 2003.

61 La Recomendación de la Comisión Europea de 15 de febrero de 2005, habla de «un administrador independiente» (Anexo, 1.4.3.8). Por su parte, la Recomendación CM/Rec (2014)7, del Consejo de Europa, menciona a una «persona o entidad independiente e imparcial, encargada de recoger las denuncias, debe darle seguimiento apropiado a cada una de ellas y mantener al denunciante informado sobre el curso que se les da» (pto. 33). La Directiva (UE) 2019/1937 habla de «una persona o departamento imparcial para seguir las denuncias de manera diligente» (art. 9).

62 Vid. McLUCAS, W., «Ethical...», cit.

te previstas⁶³. En este sentido, es conveniente que los casos de mayor relevancia y exposición cuenten con el asesoramiento de abogados externos, especialmente calificados para brindar asistencia legal en *compliance*, junto a un comité interno, encargado de articular la tarea y facilitar el acceso a los lugares, documentos, datos, informes y personas a incluir en la encuesta.

Una ventaja de la participación de una firma externa es que expresa la voluntad de llevar a cabo una investigación independiente y objetiva. Otra ventaja radica en que existen menores posibilidades de confundir la asistencia legal con la asesoría de negocios, a cargo de abogados internos, preservando así el secreto profesional⁶⁴. Esta opción es la que permite las mayores cotas de externalidad y de asesoría específica, que colocan la tarea dentro del marco propio del privilegio abogado-cliente⁶⁵. De otro lado, esta opción permite enmarcar el diseño y orientación de la tarea dentro del más amplio marco de la estrategia de defensa, esto es, del sentido propio de esta clase de investigación corporativa.

3. Diseño de la investigación

Una vez decidido el inicio de la investigación y designado el grupo que deberá ejecutarla, un primer paso es encarar el diseño de la investigación: partiendo de los datos iniciales, en particular de los ciertos, apunta a diagramar la mejor estrategia de investigación, individualizar potenciales testigos y personas implicadas, establecer los documentos e información a ser obtenidos, su ubicación, formas de resguardo y la revisión exhaustiva del marco legal total, relevante para el caso en estudio, entre otros aspectos⁶⁶.

El espesor de la etapa de diseño se encuentra directamente relacionado no solo con el tamaño del ente sino también con el carácter simple o complejo del caso⁶⁷.

Un aspecto que diferencia ambos grupos es que las investigaciones simples suponen un elevado grado de conocimiento del objeto. Pueden ignorarse algunos aspectos circunstanciales o las particularidades de su comisión, pero no es necesario desarrollar elaborados procesos de inferencia para postular la configuración general del fenómeno. En estos casos, la voz «investigación» se agota, en realidad, en el proceso de prueba. Dado ese grado de conocimiento —y si el objeto es, a su vez, en sí simple— el diseño de las medidas y de la secuencia de la investigación tampoco demandará de una gran inversión teórica y metodológica.

En las investigaciones complejas ocurre lo contrario. Ellas suponen, de un lado, un objeto complejo, pero fundamentalmente, un conocimiento fragmentario: si se tiene una hipótesis acabada de lo ocurrido, el problema deja de ser, en gran medida, complejo. En estos casos, el investigador accede generalmente a indicios de una configuración mayor, con información sobre un aspecto parcial de la conducta: la investigación, ahora sí, es sinónimo de descubrimiento de lo no conocido.

El diseño de una investigación compleja comprende, en primer lugar, la definición sobre la perspectiva y enfoque con que se encara la tarea: el uso de modelos, la generación de hipótesis y la previsión de las estrategias metodológicas y técnicas apropiadas. Un segundo aspecto apunta a definir, de manera tentativa, las herramientas de análisis que habrán de emplearse para procesar la información, y las perspectivas teórico-metodológicas necesarias para fundamentar las conclusiones del informe final. Un tercer aspecto es la previsión de un programa de ejecución de las medidas destinadas a incorporar información. Como es lógico, el diseño será siempre provisorio, dado el carácter dinámico del proceso de investigación, en constante retroalimentación: por caso, el modelo sugiere medios de prueba, pero, a su vez, debe adaptarse conforme los resultados,

63 Vid. MISSAL, M., FISHMAN, E., OCHS, B., DUBILL, R., «Conducting...», cit.

64 Vid. D'AURO, M. N., FERNÁNDEZ, T. L., «El secreto profesional del abogado y las investigaciones internas», DURRIEU, N., SACCANI, R. R., (dirs.), *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria*, La Ley, Buenos Aires, 2018, págs. 189 y ss.

65 Vid. CALLEJO, S., «Aplicación del secreto profesional del abogado a otros profesionales en el marco de las investigaciones internas de la empresa», *LA LEY Compliance Penal*, n.º 9, 2022, págs. 2 y ss.; GALLEGOS SOLER, J. I., «Investigaciones internas corporativas: de la práctica a la teoría», GÓMEZ MARTÍN, V. et al. (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, págs. 1154 y ss.

66 Vid. COBURN, N., «Corporate investigations», *Journal of Financial Crime*, vol. 13, n.º 3, 2006.

67 Si bien se trata de una cuestión de grados, es posible diferenciar dos extremos en la escala: las investigaciones simples y las complejas. En este sentido, las investigaciones simples reúnen, en general, las siguientes características: (i) el suceso es en sí simple, en el sentido de que su configuración tiene pocos componentes y articulaciones; (ii) su comisión no implica un programa sumamente elaborado, sino que basta con la ejecución de una conducta, o de unas pocas conductas aisladas; (iii) el evento es poco frecuente y circunscrito, no extendido o estructural; (iv) la ejecución no requiere de la inversión de elevados recursos, elementos o personas; (v) no prevé formas sofisticadas de ocultación posterior, principalmente, la generación de múltiples registros simulados; (vi) no implica la canalización necesaria del producto en las vías de la economía formal; (vii) la construcción de hipótesis delictivas, en base a los indicios de riesgo, es extremadamente simple; (viii) el diagrama de los pasos de la investigación también es simple; (ix) las medidas son pocas y sencillas —entrevistar personas, consultar documentos—; y (x) la interpretación de las pruebas se basa en el sentido común, la razón y la experiencia. La inversión de esas condiciones nos ofrece, por contraste, una caracterización de las investigaciones complejas.

lo cual también puede repercutir en la previsión de las herramientas de análisis a emplear en la etapa final.

4. Medios prohibidos

De conformidad con lo hasta aquí visto, es claro que la naturaleza de la actividad determina la amplitud de los medios adquisitivos: estrictamente, prima la selección libre de medios, los que además no tienen obligación de ajustarse a norma alguna. Sin embargo —y esto también es claro— esa actividad recibe las mismas restricciones que otras conductas.

Existe entonces una serie de actividades que no pueden ser practicadas en una investigación defensiva, porque se encuentran vedadas por el ordenamiento jurídico, transgreden los límites de la razonabilidad, la necesidad y la proporcionalidad, o afectan indebidamente la actividad judicial o los derechos fundamentales de terceros: en este último sentido, y entre otros, la dignidad de las personas, los derechos inviolables que le son inherentes, el honor, la intimidad personal y familiar, el secreto de las comunicaciones y el derecho a la no discriminación en razón de su ideología, religión, creencias o afiliación sindical.

Esta problemática, vinculada con el abuso de la facultad de investigación interna⁶⁸, atiende al carácter vulnerante de determinadas medidas de investigación, cuestión distinta a la admisibilidad en juicio de las pruebas ilícitas e irregulares. Si bien se ha producido desde hace tiempo un constante abandono de las posturas garantistas —que plantean una relación esencial entre la prueba ilícita y la defensa de derechos cons-

titucionales—, entendemos importante repasar las restricciones legales, a fin de ponderar el alcance de los derechos puestos en juego en este tipo de procedimientos. Al tratarse de derechos y garantías fundamentales, ellos afloran, de manera redundante, en distintas ramas del ordenamiento jurídico: no es factible abordar el conjunto de límites —pues son muchos—, aunque sí podemos mencionar los contenidos en los marcos normativos más conspicuos.

4.1. Normas procesales

La norma procesal reserva a los magistrados algunas medidas de investigación, cuya realización implica la afectación o puesta en riesgo de derechos fundamentales. La exclusión, en determinados supuestos, excede el ámbito propio del proceso, para alcanzar cualquier otro campo y sujeto, sea público o privado: es lo que ocurre, por ejemplo, con la interceptación de comunicaciones o el acceso no autorizado a una vivienda o a los papeles privados de las personas⁶⁹.

4.2. Normas penales

La prohibición para acudir a algunos medios de prueba encuentra reflejo en los tipos penales correspondientes: en general, los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (Libro II, Título X CP), por cuya comisión puede responder, en algunos casos, hasta la propia persona jurídica (art. 197 *quinquies* CP)⁷⁰. A ellos se suma, como es lógico, la prohibición de que los investigadores come-

68 Vid. GREEN, B., PODGOR, E., «Unregulated internal investigations: achieving fairness for corporate constituents», Boston College Law Review, vol. 54, n.º 73, 2013.

69 Se encuentra prohibido, en concreto: el desamparamiento de efectos y dispositivos propiedad de un tercero (art. 334 LECR), la entrada y registro del domicilio sin autorización (art. 545 LECR), el registro compulsivo de libros y papeles privados (art. 574 LECR), la detención y apertura de correspondencia escrita y telegráfica de carácter privada (art. 579 LECR), la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas (art. 588ter.a LECR), la captación y grabación subrepticia de comunicaciones orales directas de otras personas, mediante la utilización de dispositivos electrónicos, y la captación de imágenes en espacios públicos o de especial reserva [arts. 588 quater.a) y 588 quinquies.a) LECR]. En caso de elementos propiedad de terceros, tampoco se podrá acceder indebidamente a los datos electrónicos de tráfico o asociados en poder de prestadoras de servicio [art. 588 ter.j) LECR], a los datos de identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad en poder de prestadoras de servicio [art. 588 ter.k), l) y m) LECR], ni proceder al registro indebido de dispositivos de almacenamiento masivo de información (art. 588 sexies.a LECR). Tampoco se podrán implementar sobre los dispositivos de terceros medios técnicos subrepticios de seguimiento y localización [art. 588 quinquies.b LECR] y de registro remoto sobre equipos informáticos [art. 588 septies.a) LECR].

70 Desde esa óptica, comete delito quien, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, se apodera de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualquier otro efecto personal, quien intercepta sus telecomunicaciones o utiliza artificios técnicos subrepticios de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación (art. 197.1 CP); quien se apodera, utiliza o modifica, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónico o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado ajeno a la empresa (art. 197.2 CP), conducta agravada si la información atañe a la ideología, religión, creencias, salud, discapacidad, origen racial o vida sexual (art. 197.5 CP); quien utiliza artificios o instrumentos técnicos subrepticios para interceptar transmisiones no públicas de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información, incluidas las emisiones electromagnéticas (art. 197 bis.2 CP); y quien entra a morada ajena sin autorización (art. 202 CP). Sobre ello, con un enfoque práctico, vid. ALCÁCER GUIRAO, R., «Investigaciones internas: prolegómenos constitucionales y cuestiones abiertas», GÓMEZ MARTÍN, V. et al. (dirs.), Un modelo integral

tan otros delitos durante la encuesta⁷¹. Un caso particular de esta clase es el encubrimiento —ocultar, alterar o inutilizar el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito— (art. 451 CP). Es claro que quedan exentos quienes hayan tomado parte en el delito subyacente, o sus familiares, hasta un determinado grado; tampoco responde la persona jurídica por el auto encubrimiento, delito que además no se encuentra dentro del *numerus clausus*. Para el resto de las personas, incluyendo a quienes llevan adelante la investigación, pesa la prohibición de exceder su actividad alterando o destruyendo evidencias, o desarrollando maniobras proactivas que, por su entidad, lleven al ocultamiento de un delito.

4.3. Normas laborales

Este tipo de prohibiciones se vinculan con los derechos del trabajador —en particular, la dignidad e intimidad— y la buena fe en el ejercicio de las potestades conferidas al empleador (arts. 4.2.c) y e), 17, 18, 20.2 y 3 y 20 *bis* ET). Esos derechos exigen el cumplimiento de determinadas garantías —en algunos supuestos, de asistencia legal y sindical— e introducen límites a las medidas de investigación defensiva⁷².

Bajo este marco se encuentran prohibidas las actividades que impliquen la vulneración de una expectativa razonable de privacidad del trabajador⁷³. De manera convergente con la normativa procesal y penal, queda entonces prohibido el acceso indebido a la información contenida en dispositivos propios del trabajador, como así también el acceso a los instrumentos facilitados por la empresa, cuando no se hayan establecido con claridad las reglas de empleo —afectación exclusiva a la tarea laboral, con reglas claras respecto a las prohibiciones de uso absolutas y parciales—, no se haya infor-

mado previamente a los trabajadores de las medidas de control que se ejercerán sobre ellos, o se haya actuado por fuera de los límites que impone la justificación, la razonabilidad y la proporcionalidad. Del mismo modo, no se podrá recopilar información discriminatoria relativa al origen racial o étnico, a la religión, convicciones, ideas políticas, afiliación sindical, lengua o la orientación sexual de las personas incluidas en la investigación; tampoco se podrá utilizar información de carácter privado, aunque se encuentre en poder de la empresa, por caso, la relativa a la salud del trabajador. De otro lado, no se encuentra habilitada en ningún caso la revisión corporal íntima, como así tampoco, en determinadas condiciones, de la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares. Finalmente, tampoco podrán utilizarse dispositivos de videovigilancia y geolocalización que afecten la intimidad del trabajador, para lo cual la normativa laboral remite expresamente a la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, a la que nos referiremos inmediatamente.

4.4. Normas de protección de datos personales

Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación facilitan en grado sumo el registro e intercambio de datos, posibles de ser utilizados en una investigación interna. En este sentido, el acceso a información debe atender a los límites fijados en la materia por la LOPD, vinculados con el derecho a la intimidad y la privacidad de las personas. Este marco legal protege, entre otras cosas, el uso y destino de los datos personales sujetos al deber de confidencialidad, para evitar que ellos sean usados para fines distintos a aquel que

de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, págs. 989 y ss.

71 Por ejemplo, emplear amenazas (art. 171.1 CP) o intimidación (art. 455 CP), ejecutar actos degradantes, hostiles o humillantes prevaleciendo de su superioridad en el ámbito laboral (art. 173 CP), calumniar o injuriar (arts. 205 a 210 CP), atribuir carácter oficial a la tarea, ejerciendo ilegítimamente actos propios de una autoridad o funcionario público (art. 402 CP), alterar documentos públicos para beneficiar a la persona jurídica (arts. 390 y 392 CP), falsificar o alterar documentos privados y certificados para perjudicar a quien haya ejecutado el delito subyacente, incluyendo su presentación a juicio (arts. 395, 396 y 399 CP), entre otros.

72 Vid. LOUSADA AROCHENA, J. F., RON LATAS, R. P., Protección laboral frente a las represalias por la denuncia de irregularidades en la empresa (whistleblowing), Editorial Bomarzo, Albacete, 2000; ESTEBAN ROS, I., «Derecho Laboral e investigaciones internas», FORTUNY CENDRA, M. (dir.), Las investigaciones internas en compliance penal. Factores clave para su eficacia, Aranzadi, Pamplona, 2021; GÓMEZ MARTÍN, V., «¿Un nuevo golpe de gracia a las investigaciones internas corporativas? Reflexiones en voz alta sobre la Sentencia del Tribunal Supremo 328/2021, de 22 de marzo», GÓMEZ MARTÍN, V. et al. (dirs.), Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, págs. 1167 y ss.; ESTRADA CUADRAS, A., LLOBET ANGLÍ, M., «Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas», Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 108, 2014, págs. 151 y ss.

73 Vid. CANESTRARO, A., «Investigaciones internas en el marco de los programas de cumplimiento: un análisis de los límites de las investigaciones frente al derecho de los trabajadores y las garantías procesales penales», DEMETRIO CRESPO, E., CARO CORIA, D., ESCOGAR BRAVO, M. (eds.), Problemas y retos actuales del derecho penal económico, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2020.

justificó su obtención, cuando fueran indisponibles o no mediare autorización⁷⁴.

El mismo marco legal repercute sobre la capacidad de acceder o de generar información interna. En este sentido, y a fin de evitar situaciones discriminatorias, los investigadores no podrán almacenar y tratar datos orientados a identificar la ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico, incluso mediando consentimiento del afectado (art. 9.1). Tampoco podrán acceder a las comunicaciones transmitidas y recibidas, a través de internet, en los dispositivos de las personas (art. 82). En una línea similar, no podrá accederse a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores, salvo en las excepciones allí indicadas (art. 87). De otro lado, la ley no admite la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos (art. 89.2). En general, quedan también vedadas las medidas de investigación que califiquen como infracción, a la luz de la ley (arts. 73 a 74).

4.5. Normas relativas al servicio de investigación privada

La Ley de Seguridad Privada habilita la contratación de servicios de investigación frente a la posible vulneración de derechos (art. 2.11 y 4, Ley 5/2014, de 4 de abril). Sin embargo, prohíbe los contratos cuyo objeto sea investigar delitos perseguibles de oficio, imponiendo a despachos de detectives y a detectives privados la obligación de denunciar inmediatamente ante la autoridad competente cualquier hecho de esta naturaleza que llegara a su conocimiento, con el deber de poner a su disposición toda la información y los instrumentos que pudieran haber obtenido [arts. 5.1.h), 10.2, 14.2, 25.1.d), 37.4 y 48.1.c)]. La cláusula es similar a la obligación de denunciar que pesa sobre cualquier persona (arts. 259, 262 y 264 LECR), aunque aquí se encuentra reforzada por el carácter complementario de estos servicios respecto de la actividad pública, y el especial deber de colaboración impuesto, cuya violación puede derivar en diversas sanciones de carácter administrativo [arts. 14 a 16, 30.h), 37.b) y 56 y ss.]. Expresión del especial deber de colaboración es el tipo de información e instrumentos a entregar a las autoridades: los contratos, informes, libros y material de imagen y so-

nido obtenido, como así también su propia declaración, en caso de ser citados como testigos [art. 25.1.e), f) y g), 37.a) y c), 49.5 y 50.2].

Como hemos señalado en otras oportunidades, el carácter híbrido del dispositivo y la difusa barrera que separa el riesgo de la hipótesis de delito, dejan cierto margen para que la persona jurídica contrate esta clase de servicios de investigación privada. De ser ese el caso, el marco vuelve a vedar algunas de las actividades detalladas en los puntos previos⁷⁵.

5. Clases de fuentes y medios

La información se encuentra en distintos soportes, asequibles por diferentes medios. A los fines expositivos podemos distinguir entre documentos internos, datos internos, inspecciones, informes, recursos abiertos, entrevistas, cuestionarios y fuentes técnicas.

5.1. Documentos internos

Una fuente de inestimable valor y fácil acceso es la documentación recopilada por el ente respecto del giro del negocio y de los procesos internos. Las fuentes documentales suelen aportar información relevante sobre el contexto general en el que cabe enmarcar la operatoria: por ejemplo, la estructura jerárquica del área afectada, el organigrama de toma de decisiones, los protocolos operativos aplicables al negocio jurídico involucrado, el resultado de investigaciones y las estadísticas acopiadas sobre hechos similares, los resultados de las auditorías previas, los resultados de la supervisión del órgano autónomo sobre el factor de riesgo luego concretado, los legajos del personal afectado, entre otros. A su vez, también resultan esenciales para iluminar el evento concreto: en este sentido, toda la documentación administrativa, comercial, contable y financiera involucrada en el negocio, particularmente los registros que debieron fraguarse o simularse para concretar la operatoria. Finalmente, también pueden aportar información relevante sobre el diseño y funcionamiento del modelo de gestión, a fin de identificar eventuales violaciones al deber de cuidado. La adquisición de este tipo de documentos no presenta dificultad, toda vez que es el giro de la empresa su causa y finalidad excluyente, lo cual ahuyenta cualquier peligro sobre los derechos de quienes participaron en su construcción.

74 Vid. GOENA VIVES, B., «Investigaciones internas...», cit., págs. 3 y ss.

75 En este sentido, no podrán desarrollar actividades de investigación que impliquen el control sobre opiniones políticas, sindicales o religiosas, o sobre la expresión de tales opiniones, ni proceder al tratamiento, automatizado o no, de datos relacionados con la ideología, afiliación sindical, religión o creencias de las personas (art. 8.4.b), ni emplear medidas o medios personales, materiales o técnicos para investigar la vida íntima de las personas o que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones [art. 10.1.d) y 48.3], o medidas o medios que sean incongruentes, irrazonables, innecesarios, inidóneos o desproporcionados [arts. 30.e) y f), y 48.6].

5.2. Datos internos

Como en el caso de los documentos, los datos producidos por la empresa sobre los mismos tópicos son también de gran utilidad, relevancia y fácil acceso, en especial cuando se encuentran almacenados en servidores y no en periféricos asignados al personal —ordenadores de escritorio, portátiles, memorias, nubes, móviles, entre otros—.

Una primera clase de datos corresponde a los generados por los distintos sistemas de la empresa: administrativos, comerciales, contables, financieros, entre otros. Como hemos apuntado, todos estos sistemas pueden encontrarse integrados y resguardados en un almacén de datos específicamente estructurado en función del sistema de identificación de riesgos penales. Sin importar si cumplieron o no con los fines preventivos, esos datos son de suma utilidad para reconstruir los patrones de cada tipo de operativa, y establecer los desvíos o anomalías involucradas en el caso concreto. Su valor aumenta cuando la estructura de datos contempla las dimensiones requeridas por el análisis forense. Este tipo de datos tampoco genera riesgo alguno sobre la expectativa de intimidad de quienes contribuyeron en su construcción, debido a su clara adscripción a los fines propios de la empresa.

Una segunda clase de datos contiene información con una expectativa razonable de privacidad. Es lo que suele ocurrir con las cuentas de correo asignadas por la empresa, las memorias de los dispositivos facilitados —ordenadores, dispositivos de almacenamiento portátiles— o los registros y datos almacenados en otros instrumentos de uso laboral —móviles, geolocalización de vehículos, entre otros—. En estos casos, la información será accesible cuando medie una advertencia previa sobre su uso laboral excluyente y sobre la facultad de acceso por parte de la empresa, conforme lo habilite el marco legal aplicable: de ser así, la información es también incorporable a la matriz de procesamiento conjunto de datos, con la utilidad ya señalada.

5.3. Inspecciones

La inspección es un medio de incorporación directa de información, que consiste en observar el estado y disposición de las cosas en su lugar de origen. En algunas investigaciones puede ser un medio rápido y eficaz para verificar la factibilidad de algunos puntos trascendentes —por ejemplo, si era posible trasladar un objeto de un sitio a otro, o abandonar una área sin ser registrado— o individualizar la información a incorporar a la encuesta —por ejemplo, la concurrencia a un archivo para identificar y hacerse de los documentos pertinentes—. También sirve para obtener una visión del contexto en que se produjo la actividad investigada, conocimiento que puede servir para interpretar, de

manera distinta, la información que dimana de cada elemento individualmente considerado.

5.4. Informes

Este medio abarca la información generada por terceros, cuando necesita ser requerida: por ejemplo, al registro público de comercio o a una empresa proveedora de información financiera. La manera de requerir informes depende esencialmente de las condiciones fijadas por sus poseedores: puede requerir de un trámite personal y documentado, o bastar con un pedido electrónico; puede ser de contestación obligatoria —como ocurre con algunos organismos públicos— o depender de la voluntad del requerido —como ocurre cuando se solicita información a un proveedor o a un cliente—.

5.5. Recursos abiertos

Dentro de los datos en posesión de terceros se encuentra una fuente de inestimable valor: la información de consulta pública, disponible en la *web*, que no requiere de trámite o habilitación especial, lo cual la hace por demás accesible. Esta fuente permite reconstruir información sobre el comportamiento general del negocio vinculado al indicio de delito, márgenes razonables y usuales para su desarrollo, sujetos clave —por ejemplo, oferentes o demandantes regulares, o con posición clave en la actividad—, información publicada sobre perfiles patrimoniales, financieros, comerciales, crediticios, entre un número inagotable de recursos. Cabe recordar que el sistema de indexación con que operan los buscadores sólo permite acceder a una fracción menor de la información disponible, con lo cual cabrá contar con personal especialmente entrenado en este tipo de indagaciones.

5.6. Entrevistas

Las entrevistas constituyen otra fuente de información de excepcional utilidad. Resultan de suma utilidad en la fase inicial, para brindar una aproximación al contexto del caso y al desarrollo particular de la conducta investigada, como guía para la implementación de otras medidas. En una fase tardía, sirven para obtener mayores precisiones, cuando la base informativa presente inconsistencias o genere dudas. Se trata de un recurso factible, puesto que los dependientes se encuentran obligados a colaborar con la empresa, respecto de los actos propios de la relación de trabajo.

En general, constituyen una fuente de información útil cuando el entrevistado es ajeno a toda sospecha y posee conocimiento privilegiado debido a su cercanía con el hecho o experticia en la materia tratada. En cuanto a los recaudos, cabe informar adecuadamente al entrevistado sobre los alcances del acto, su habilita-

ción en función de las facultades de dirección laboral, la razón por la cual se realiza la entrevista a su persona, la representación de los exclusivos intereses de la empresa que ejercen los profesionales encargados de realizarla, la posibilidad de que la empresa revele parte de la información a terceros y, en consecuencia, el derecho del entrevistado a asesorarse legalmente de manera independiente, o a contar con un abogado de su confianza o con un representante gremial durante la entrevista⁷⁶.

Desde cierta perspectiva, es posible postular que las personas posiblemente involucradas también pueden ser sometidas a entrevistas. Ellas, al igual que otros dependientes, se encuentran ligadas a la persona jurídica por los principios de buena fe, colaboración y confianza⁷⁷, lo cual puede llevar a considerarlas como obligadas a dar cuenta de su trabajo⁷⁸. Sin embargo, no parece razonable que la empresa pueda exigir ningún acto, sobre la base de la asimetría de poder, cuando existe un interés contrapuesto que excede con creces la relación laboral⁷⁹. Así, aunque no se encuentre prohibido, no es aconsejable que quien comanda el proceso —a entera voluntad, en su propio interés y sin control externo— pueda interpelar a sus dependientes por esta vía: la exclusión evita cualquier sospecha de falta ética, pérdida de objetividad y uso de medios engañosos o coactivos, de cara a una eventual ponderación de lo actuado en sede judicial⁸⁰. Una vez concluida la investigación, y decida la estrategia judicial, el descargo de la persona física podrá encontrar cauce, como corresponde, en un eventual proceso disciplinario.

5.7. Cuestionarios

Se trata de un medio distinto para materializar la información de la fuente anterior: personas con conocimiento sobre alguna arista relevante del hecho o del contexto en el cual se inscribe. Un cuestionario es un conjunto de preguntas, a responder por un grupo determinado de personas, de manera independiente. Dadas las características del objeto y la naturaleza de la actividad, se trata en general de un número acotado de encuestados, por lo cual el diseño de las preguntas no supone el tratamiento estadístico de la información, sino el análisis de su contenido, tal y como ocurre con

la entrevista. Las ventajas de este medio es que permite abarcar un número amplio de fuentes apelando a un solo esquema. A su vez, el diseño previo y estructurado de preguntas facilita el tratamiento cruzado de las respuestas brindadas por diferentes personas. Su desventaja es, respecto de la entrevista, la ausencia de contacto directo, la falta de espontaneidad en la respuesta y la pérdida de flexibilidad para dirigir el relato del informante.

5.8. Fuentes técnicas

Los informes técnicos son medios de generación de información nueva, que requieren de un conocimiento especial, del cual carece el investigador. Su modo de incorporación, como en los restantes casos, admite un amplio margen. Así, es posible proporcionar los insumos al experto y recabar su opinión a través de un informe conclusivo o de una entrevista. De buscarse mayor rigor y grado de control, es posible amoldar la operación a los pasos previstos en la prueba pericial, que exige la descripción del marco teórico, la metodología y las técnicas aplicadas, la descripción de los pasos desarrollados y la fundamentación de las conclusiones. Puede abarcar diferentes materias y saberes, conforme sea necesario: la verificación de la autenticidad de una firma, la atribución de autoría de un texto, la auditoría de registros contables, el análisis financiero o la inferencia de patrones basados en modelos estadísticos o sistémicos, entre otros.

6. Intensidad de los medios

Señalamos antes la amplitud de fuentes y medios a que puede acudir una investigación defensiva, con excepción de los medios expresamente prohibidos. Ahora bien, entre lo permitido y lo prohibido existe una amplia distancia, donde algunos medios resultan absolutamente inocuos —como la consulta vía *web* de información pública—, mientras que otros tensionan los derechos y garantías que subyacen en las prohibiciones. Al abordar el diseño de la investigación anotamos que este debe seguir, en la medida de lo posible, una serie de principios, entre ellos, los de subsidiariedad y

76 En general, la bibliografía especializada acude, para ejemplificar este tema, a la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica, de 1981, en «Upjohn vs. United States», popularizada como «Upjohn warning», de modo similar a la célebre Miranda warning. La advertencia indica, en general, que la relación abogado-cliente sólo abarca a la empresa —única que puede renunciar al privilegio—, y se extiende a las comunicaciones entre el abogado de la empresa y los empleados, siempre que sean partes interesadas y no tengan intereses contrapuestos.

77 Vid. GÓMEZ MARTÍN, V., «¿Un nuevo golpe de gracia...», cit., págs. 1169 y ss.

78 Desde esta posición, la eventual violación de esos principios es lo que autoriza a exigir una rendición de cuentas, tal y como se lo haría en un proceso sancionatorio.

79 Por ejemplo, al entregar información a la empresa, habilitada a divulgarla, el dependiente pierde la oportunidad de hacer valer el aporte para mejorar su posición en un eventual juicio.

80 Vid. GREEN, B., PODGOR, E., «Unregulated...», cit.

razonabilidad. La descripción de los medios y fuentes disponibles sirve entonces para concretar esta idea: conforme lo antes visto, gran parte de la investigación, si no toda, podrá desarrollarse con éxito acudiendo a los documentos y datos internos, a las fuentes de acceso público y a un procesamiento inteligente de esa información.

7. Informe final

La exposición de los resultados de la investigación suele plasmarse en un informe final, con la descripción de las instrucciones, un resumen ejecutivo, la tarea desarrollada, los resultados obtenidos, las conclusiones relativas a las dimensiones relevantes del objeto de estudio y las recomendaciones.

La descripción de las instrucciones sirve para fijar el marco de la tarea, conforme fuera encomendada por el órgano decisorio. El resumen ejecutivo permite una aproximación breve al contenido general del documento, como guía para la lectura particularizada de su contenido. La descripción de la tarea sirve para observar el método empleado y los alcances de la indagación: en particular, para observar si la información se adquirió de manera debida, si la reconstrucción fue exhaustiva, si se verificó la imposibilidad de hallar documentos o información clave, conforme fuera previsto en el plan de investigación, entre otros. La descripción de los resultados es un aspecto crítico del informe, pues debe contener una descripción certera y confiable de la información colectada. Esta descripción debe evitar, en particular, la de seguir artificialmente la línea de las conclusiones: esto es, no debe redactarse como aval de aquello que es, en realidad, una inferencia posterior. Las conclusiones relativas al objeto de estudio deben expresar la posición fundamentada del grupo de investigación respecto de la existencia o no del evento, su eventual carácter delictivo, la delimitación de las responsabilidades —incluyendo las del ente—, la estimación de los perjuicios y el riesgo de exposición de la persona jurídica frente a un eventual proceso judicial, con sus efectos directos e indirectos. El acápite de las recomendaciones contiene las líneas de acción sugeridas por la investigación, sobre la mejora de los procesos internos, la necesidad de abrir sumarios o aplicar sanciones y, fundamentalmente, sobre la posible línea de acción respecto de una eventual defensa judicial del ente.

8. Evaluación jurídica

Una vez informada de los resultados de la investigación, corresponde que la administración —o la instan-

cia prevista al efecto— evalúe el riesgo residual, esto es, la probabilidad de que la persona jurídica reciba una sanción penal luego de haber agotado el tratamiento interno del conflicto. Esta clase de evaluación requiere de asesoramiento especializado sobre un número elevado de dimensiones, imposibles de agotar en estas pocas líneas.

En algunos casos es posible que la investigación defensiva revele que el delito no se cometió, que el delito no ingresa dentro del *numerus clausus* o que no existió defecto de organización. Cuando no existe riesgo de que la persona jurídica resulte imputada en un proceso, la evaluación jurídica debe ponderar la entidad del delito, cuando haya sido cometido, y la situación del o los dependientes que intervinieron en él, en vistas a recomendar las vías de acción a seguir, tanto internas como externas. Entre las primeras, los sumarios y sanciones aplicables y la mejora del modelo de organización y gestión, entre otros. Entre las segundas, comunicar el caso a la autoridad judicial, como directo resultado de la actividad de *compliance*, y la eventual atención de los daños producidos a terceros por responsabilidad objetiva, entre otros.

Otros casos, más delicados, son aquellos en los que la investigación defensiva reveló un posible defecto de organización penalmente reprochable a la persona jurídica. En estos casos cabrá contemplar la expectativa de trascendencia del caso, el impacto de los elementos colectados en un eventual juicio y la viabilidad de arribar a una defensa exitosa, entre otros aspectos. Veremos a continuación algunos ejemplos de esas dimensiones.

8.1. Expectativa de trascendencia

Un aspecto relevante de la evaluación es la expectativa de exposición que puede sufrir el ente, de trascender el caso más allá de la esfera interna.

La expectativa de trascendencia implica, en primer lugar, evaluar las consecuencias positivas de presentar el caso ante la autoridad y darle estado público: por caso, la Fiscalía General del Estado ordena a los fiscales conceder 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, al evidenciarse no solo la validez del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo⁸¹. Pero también los incentivos de sentido opuesto: la trascendencia puede exponer a la compañía, a sus directores y a sus empleados a sanciones penales y civiles, y ofrecer a las autoridades administrativas y a los demandantes privados informa-

81 Circular 1/2016, conclusión 19.^a.

ción sensible, así como también una suerte de hoja de ruta para accionar contra la empresa⁸².

También cabe estimar la probabilidad de trascendencia independiente del caso, si la persona jurídica decide mantener en reserva los resultados de la investigación defensiva, debido a que ello puede afectar una eventual exención o atenuación de la pena. La probabilidad de trascendencia independiente depende en parte de la entidad del delito cometido, de la expectativa probatoria —a que luego aludimos—, del grado de trascendencia pública, del carácter extendido o aislado, de la factibilidad de llegar a acuerdos con terceros y dependientes, entre otros parámetros. En este norte, la persona jurídica puede desarrollar acciones tendientes a reducir este riesgo. Por ejemplo, en los delitos reparables, crear incentivos para que el damnificado no acuda a la jurisdicción, resarcido íntegramente los daños causados. Respecto de las personas físicas que integran el ente, puede procurar el asesoramiento independiente de los eventuales implicados —para que reproduzcan por sí la misma estimación—, o de quienes representan la voluntad del ente —sobre la ausencia de obligación de denunciar, debido a su eventual contribución en el defecto de organización—.

8.2. Expectativa probatoria

El asesor jurídico debe ponderar el cuadro a la luz de los parámetros usualmente empleados en el ámbito penal. En otras palabras, inferir las conclusiones esperables de la jurisdicción, respecto de la responsabilidad penal de la persona jurídica, en función de los resultados arrojados por la investigación defensiva y el tratamiento previo del riesgo.

De este modo, el primer paso consiste en establecer si los elementos colectados son admisibles en sede judicial. Como hemos visto, existen medios adquisitivos prohibidos: sus resultados, aunque favorables para la empresa, no sólo no podrán validarse en el proceso, sino que constituyen una nueva fuente de riesgo. También señalamos que existen medios adquisitivos de media intensidad, cuya validación depende de las circunstancias del caso: por ejemplo, los contenidos de los mensajes de texto, cuando se haya utilizado la casilla proporcionada por la empresa para uso laboral exclusivo, con advertencia previa sobre su monitoreo. Llegado el caso, el asesor jurídico también debe contemplar la admisibilidad de la prueba irregular obtenida por particulares, a la luz de la incesante deriva jurisprudencial operada en la materia⁸³.

Depurados los insumos inadmisibles, cabrá inferir la entidad probatoria de cada uno de los restantes elementos⁸⁴. Corresponde así estimar el peso propio de la información, cuando no existen dudas sobre el proceso de adquisición: es el caso, por ejemplo, de los documentos generados por la empresa, como los balances o las actas de directorio. En otros casos corresponderá evaluar, además, la incidencia del medio: por ejemplo, si se duplicó de manera segura y demostrable el contenido de un ordenador. En otros, la probabilidad de que la información se actualice en el proceso: por ejemplo, si un entrevistado habrá de declarar lo mismo ante la imposición de las penas correspondientes al falso testimonio. Superado el análisis individual, corresponde evaluar el método de integración a emplear por la jurisdicción en ausencia de prueba dirimente. En los casos que involucran aspectos económicos y financieros, lo usual es que gran parte de ese proceso sea derivado a los gabinetes periciales. El asesoramiento debe abarcar entonces el estudio del comportamiento pericial, en particular cuando éste se encuentra circunscrito a un cuerpo estable, con integrantes limitados y métodos predecibles.

Sobre esa base, cabrá ponderar la probabilidad de sanción, esto es, si la investigación arrojó elementos consistentes sobre los factores de imputación: si el delito fue cometido a nombre de la persona jurídica y en su beneficio, y si existió o no un defecto de organización que permitió su realización. También, la pena esperable atendiendo a la gravedad del delito, la magnitud del defecto de organización y el alcance de los daños producidos, entre otros factores. Este momento no sólo abarca cuestiones de índole material, sino aspectos normativos: por ejemplo, qué esperanza probatoria albergan algunos elementos del tipo, conforme la lesividad o grado de peligro exigido, las formas de imputación objetiva y subjetiva que le son aplicables o la configuración de la antijuricidad relativa al caso, entre otros. También comprende el análisis del grado de compromiso de la línea jerárquica, para evaluar posibles puntos de corte que eviten o disminuyan la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica, en función de los elementos del tipo, objetivos —por ejemplo, porque su intervención en el defecto de organización fue penalmente irrelevante— o subjetivos —por ejemplo, por no haber recibido información crítica de parte de sus dependientes, respecto del acto en el que interviniera—.

Finalmente, también debe estimarse el propio curso de la investigación interna como elemento de prueba. Los parámetros para evaluar la respuesta de la orga-

82 Vid. MISSAL, M., FISHMAN, E., OCHS, B., DUBILL, R., «Conducting...», cit.

83 En concreto, las SSTC 241/2012 y 170/2013; y las SSTS 342/2013, 528/2014, 116/2017, 119/2018 y 489/2018.

84 Vid. GIMENO BEVIÁ, J., «Valor procesal de las fuentes de prueba obtenidas en el marco de las investigaciones internas», FOR-TUNY CENDRA, M. (dir.), *Las investigaciones internas en compliance penal. Factores clave para su eficacia*, Aranzadi, Pamplona, 2021.

nización frente a la detección de un riesgo penal suelen ser, con sus variantes: si la empresa llevó a cabo rápidamente la investigación, los esfuerzos dedicados a establecer las responsabilidades internas, la falta de protección a sus integrantes, la rápida y completa divulgación de resultados a la autoridad, la renuncia al privilegio abogado-cliente y al producto de su trabajo, la adopción de medidas correctivas posteriores para evitar eventos similares, entre otros⁸⁵. En este sentido, una investigación imparcial, objetiva, exhaustiva, sin ceguera voluntaria, celebrada en un tiempo apropiado y dotada de conclusiones y recomendaciones razonables, es de mucha utilidad a la hora de demostrar el compromiso de la entidad con la prevención y tratamiento de riesgos penales, elementos éstos útiles para eximir o atenuar la responsabilidad de la persona jurídica.

8.3. Expectativa procesal

El campo de litigio tiene otras dimensiones que contribuyen con la evaluación. Un aspecto, escasamente abordado en la literatura jurídica, pero usual en el campo práctico, es la anticipación de la estructura judicial que puede atender el caso. Este estudio abarca el comportamiento de los tribunales y fiscalías competentes en el territorio y materia comprendida en el caso — aspecto muy relevante, en caso de grupos económicos que operan en distintos países—, en particular, de sus antecedentes, perspectivas jurídicas y eventuales cambios de composición de sus integrantes, entre otros⁸⁶.

Otra cuestión, más técnica, consiste en medir la esperanza de avance del caso durante el transcurso del proceso. Un primer aspecto de este tema es la evolución lineal, desde la etapa preparatoria hacia el juicio. Aquí converge la estimación del porcentaje de casos, de igual entidad, que sobreviven a la primera etapa — en general, un porcentaje menor— y los puntos de fuga por los que usualmente se evita el pase a juicio. Luego, una evaluación similar en la etapa de juicio —donde la expectativa de condena es alta—, atendiendo a las vías alternativas de morigeración del conflicto, legalmente previstas. Un segundo ítem es el de las posibilidades recursivas, en particular, las extraordinarias: qué espec-

tos constitucionales pueden ser alegados en el caso, con posible arribo a instancias superiores de la estructura jurídica. Como es fácil de advertir, estas vías implican siempre una nueva oportunidad para mejorar la situación procesal —en función del principio *reformatio in pejus*—, además de diferir temporalmente el daño, factor éste que incide notablemente en la estimación del riesgo.

8.4. Expectativa corporativa

Existen otros aspectos a ponderar, además del netamente jurídico, en vistas a una futura toma de decisiones. Uno muy importante es estimar los efectos que puede provocar la trascendencia del caso sobre el curso de los negocios, más allá de los previstos por la asesoría jurídica en el campo legal, y las vías para morigerar su impacto. Este aspecto requiere de un conocimiento profundo en diversos campos: las reglas del negocio, el perfil de la empresa, el comportamiento de los entes reguladores, los mercados y contratos que pueden verse afectados, los efectos en la cotización de las acciones, su impacto en las adquisiciones y fusiones en curso, los efectos sobre el crédito, el tipo de confianza de la clientela, el prestigio de la marca, las relaciones públicas, entre muchos otros aspectos, englobados, en general, bajo el marbete «efectos reputacionales». Aunque escapa a la perspectiva de este escrito, se trata del aspecto de mayor peso, desde el punto de vista de los intereses de la empresa, por lo cual también requiere de un cuerpo profesional con especial formación y experiencia en la materia.

V. TENDENCIAS Y DESAFÍOS

1. Complejidad del tema

Como se observa, la nueva estrategia global de reducción del delito en el ámbito corporativo mediante el compromiso —normativamente regulado— del propio sector privado tiene profundas implicancias en la forma de prevención y sanción penal de ese tipo de conductas. Este reordenamiento plantea entonces una serie de

85 Vid. McLUCAS, W., «Ethical...», cit.

86 Hemos visto con anterioridad que la normativa, tanto internacional como interna, promueve la denuncia de delitos ante la propia empresa, desalentando la ocurrencia directa a la jurisdicción. Este factor permite que la empresa pueda tener el señorío respecto del curso de la acción y la oportunidad en que el caso habrá de trascender, eventualmente, a la jurisdicción. Los tiempos son, en el terreno judicial, un factor importante, debido al sistema preestablecido de turnos. Por crudo que parezca, ello permite estimar, cuanto menos, qué tribunales y fiscalías habrán o no de intervenir, si es que, por caso, se admite el ingreso por turno judicial o un procedimiento de sorteo que no aplique estrictamente el azar —es lo que ocurre, por caso, cuando se excluyen órganos por la carga laboral preexistente, o cuando el sistema excluye automáticamente algunos tribunales, cuando se han reiterado en el sorteo—. Otras prácticas, menos presentables, contribuyen con este objetivo: es el caso, por ejemplo, de la denuncia operada por interpósita persona, si el sistema admite su descarte cuando no es ratificada, sin efectos acumulativos respecto de denuncias posteriores, lo cual permite, de cierto modo, prescindir del tribunal sorteado. Estas y otras estrategias convergen en el denominado «forum shopping», siempre desalentadas pero muchas veces toleradas por los sistemas judiciales.

cuestiones, de complejidades, que nos parece importante resaltar.

De modo liminar, podemos afirmar que estamos ante un tema de máxima actualidad y de difícil solución, al tratarse de un problema jurídico que no solo tiene que ver con el ámbito penal. Con carácter general, cuando se habla de desarrollar una cultura de legalidad, de cumplimiento en el marco de una sociedad de riesgos, nos damos cuenta de que el tema excede el marco jurídico-penal.

Desde esta óptica, una primera cuestión clara y básica, es que muchas de los temas incluidos dentro del cumplimiento penal han surgido en el campo del derecho privado o en la resolución de conflictos en ese ámbito, y transitan hacia el ámbito del derecho público, en general hacia las organizaciones complejas.

Otro aspecto problemático es el alcance global de esta ola, la que acarrea el riesgo de sufrir una incorporación acrítica de herramientas —lo que se ha denominado como «macdonaldización de la justicia»—, fruto de la introducción de pautas, de procedimientos, de criterios, de sujetos, de roles que provienen básicamente de países anglosajones, que no armonizan fácilmente con la tradición jurídica española, sus principios, derechos y garantías: el proceso de implementación no solo es importante desde el punto de vista sustantivo y orgánico, sino también desde el punto de vista procesal. Podríamos pensar en el anglosajón como un modelo más avanzado, pero nos damos cuenta de que no hay modelos universales, y que, pese a que pueda haber denominadores compartidos, no existe un patrón común que permita hablar de familias jurídicas, de modelos de experiencias, de formas únicas de éxito en esta materia.

Un tercer grupo de problemas es que, cuando hablamos de investigaciones internas y en general con la cultura de cumplimiento y con todo lo que ello se deriva, esta materia está regada de conceptos jurídicos indeterminados: se habla de idoneidad, de suficiencia, de ser bastante eficaz, grave, adecuado, seguro. Por lo tanto, esos requisitos, por abiertos, habrán de revisarse caso a caso: una labor de carpintería, destinada a fijar lo que el legislador no ha dicho, o lo que no ha querido decir. Y todo ello de cara a un eventual juicio penal contra ciudadanos y personas jurídicas.

Un cuarto aspecto es la cantidad de personas y roles que se ven abarcados por estas políticas, y que son in-

terpelados y reformulados por ellas. Cuando hablamos de personas y roles, pensamos en policías, fiscales y jueces, pero también representantes legales especialmente designados, oficiales de cumplimiento, investigadores internos, certificadores, peritos y abogados. Todos estos roles están redefinidos: ¿todos los abogados son iguales? ¿los abogados de empresa, los abogados externos? ¿los derechos, las delimitaciones, son exactas o no? ¿cómo se reformula la confidencialidad, el secreto profesional?

En quinto lugar, el cumplimiento penal no se inserta en el esquema histórico tradicional de solución de conflictos, sino que es a su vez una manifestación de lo que últimamente se llama justicia colaborativa, no solo en el ámbito penal, sino también en otros ámbitos del derecho, en otros órdenes jurisdiccionales: en este marco, la colaboración excede a la persona humana, para abarcar también a la jurídica.

En sexto lugar, se ha percibido en estas nuevas políticas una forma oblicua de privatización de la justicia, fomentada a través de una instauración de *zanahorias legislativas*⁸⁷, esto es, un conjunto de incentivos y sanciones cuya correcta intelección lleva a entender que los programas, normativamente, son optativos y, sin embargo, su cumplimiento o incumplimiento puede aportar tanto beneficios como presunciones negativas, méritos y deméritos estos que son propios de la justicia premial. Desde esta óptica se sostiene, en extremo, que estamos ante un sistema, una dinámica, unas pautas o unos procedimientos en principio destinados a evitar delitos más graves y complejos, pese a lo cual el Estado incurre en una retirada operativa trasladando a otras personas —¿y profesionales?⁸⁸— el ejercicio de una función pública. Enseguida surgen algunas preguntas ¿el estado está reconociendo su incapacidad para combatirlos o para prevenimos?, ¿el estado puede desplazar su responsabilidad en el control de esas conductas lesivas al sector privado o a los colegios profesionales? Porque si hablamos de investigaciones internas estamos hablando de algo distinto a lo que hace el Estado a través de Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado o con el Ministerio Fiscal, o con los órganos jurisdiccionales: se trata de un sistema paralelo, que viene a satisfacer determinadas necesidades por la insuficiencia o la ineficacia de las instituciones más ordinarias, más organizadas y que arrancan de la Constitución. En toda

87 AYALA GONZÁLEZ, A., «Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales?», InDret: Revista para el Análisis del Derecho, n.º 2, 2020, págs. 277 y ss.

88 Vid. PRADA RODRÍGUEZ, M. de, SANTOS ALONSO, J., «Responsabilidad penal de la empresa: las investigaciones internas», Anuario Jurídico Villanueva, n.º 8, 2014, págs. 293 y ss.; MADRID DÁVILA, E. de, «Investigación privada en el marco del compliance», LA LEY Compliance Penal, n.º 7, 2021, págs. 3 y ss.; ESTRADA I CUADRAS, A., «Confesión o finiquito...», cit., págs. 243 y ss.; PRIETO GONZÁLEZ, H. M., «La cooperación público-privada en la prevención, detección y persecución de los delitos empresariales: las investigaciones internas», GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coord.), Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín, t. II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, págs. 1101 y ss.

esta nueva arquitectura ¿dónde está y dónde tiene que estar el derecho procesal?

2. La necesaria búsqueda de equilibrios

El carácter complejo del fenómeno requiere, entonces, la búsqueda de ciertos equilibrios, transparentes y mantenidos en el tiempo.

Hablar de investigaciones internas, de canales de denuncias, de protección y, en general, de esa cultura de legalidad que se trata de asentar, además de ser una materia compleja y dinámica, es una temática en la cual todos los países, actores y sujetos deben hallar puntos de equilibrio, en procura de un diálogo y un comportamiento funcional armónicos. Y es que cuando se habla de esa cultura de prevención, de sistemas de alerta identificadas las zonas de riesgo, estamos ante determinadas herramientas, patrones o instrumentos que sirven no solo para dilucidar responsabilidades de todo tipo sino también, para prevenir riesgos, por naturaleza indeterminados: en ocasiones pueden ser regulares, en ocasiones pueden ser ilegales, y solo en algunos casos son ilícitos. Por lo tanto, existe un primer punto de equilibrio, de difícil consecución, que es el de someter al escrutinio del foco preventivo a un número relevante de acciones rutinarios sobre las cuales no pesa ningún indicador unívoco de conducta delictiva.

Otro punto de equilibrio básico y fundamental es cómo logramos combinar el interés general, el interés de una organización compleja, de una empresa donde hay accionistas, directivos o empleados, con el interés de terceros, como proveedores o clientes, con intereses en muchos casos opuestos a los del ente: estamos ante una concurrencia de fuerzas centrífugas y centripetas con lo cual poner orden no es nada fácil.

Otro difícil punto de equilibrio es el que existe entre la legislación nacional, la supra nacional y la internacional: España ha asumido compromisos, entre otros está la Unión Europea, pero también tiene suscritos convenios internacionales con Naciones Unidas, con el Consejo de Europa y con otros organismos internacionales, que en ocasiones se utilizan como marco justificativo para algunas reformas internas nacionales, por caso, las reformas del Código Penal del 2010 y del 2015, o el cambio en las normas procesales del año 2015, donde el legislador español entiende haber cumplido con los compromisos internacionales asumidos con esos organismos: empero, a veces esos organismos y esas herramientas jurídicas dicen cosas distintas. España, huelga recordarlo, es uno de los 3 países de la Unión Europea con bandera roja por no haber traspuesto la directiva en materia de alertadores.

El punto de equilibrio también abarca el desempeño judicial: no bastan solo las normas, el papel que hace la Sala Segunda del Tribunal Supremo fundamentalmente, no solo con la sentencia, sino también los votos particulares, el cambio brutal que ha habido desde 2010 hasta ahora insisto con relación a ellos y por qué no decirlo también con otros actores fundamentales como la Fiscalía General del Estado con sus conocidas instrucciones generales en esta materia.

Otro punto de equilibrio a buscar es el de la dimensión del programa, sus costes y estructuras involucradas. Cabe recordar que estamos ante una materia absolutamente tecnificada y especializada, que requiere de formación, de reciclaje, de uniformización: por eso están las empresas certificadoras y ello demanda tiempo y costes, cuando justamente el *leitmotiv* de muchas de las reformas —y están en las Exposiciones de Motivos— es que no tenemos tiempo, que el sistema está colapsado, carece de recursos suficientes.

Otro punto de equilibrio es el que introducen estas políticas entre el respeto a la norma y el resguardo de la actividad económica. Ahora no sólo se habla de derecho y ética, sino que también hay que hablar y tomar en consideración el daño reputacional, el futuro de actividad empresarial, los derechos de los trabajadores, el tamaño de la empresa. Por lo tanto, en la mochila tienen no solo la complejidad de asuntos grandísimos sino una concurrencia de intereses que van a tener que ponderar y que llevan a que en ocasiones muchas de las instituciones haya que flexibilizarlas, matizarlas etc.

Todas estas búsquedas de medida son en realidad varias de tantas dimensiones de un equilibrio mayor, cual es la búsqueda de mayor eficacia preventiva, sí, pero dentro del marco del resguardo de las garantías constitucionales.

Del lado de la eficacia, los datos no son alentadores: los resultados son llamativamente magros desde el punto de vista de las condenas, y no existen mediciones confiables sobre la relación entre la inversión que demanda la nueva estrategia y la evitación de factores de riesgo y de interrupción temprana de cursos delictivos.

Del otro lado —del de los derechos y las garantías— tampoco poseemos datos confiables, y una cabal comprensión de lo que implica poner y revisión y acumular información sobre un número elevado de conductas rutinarias, aunque en este caso se trate del sector privado.

Todas las tensiones apuntadas cobran absoluta virtualidad, justamente, en las investigaciones corporativas sobre riesgos de delitos: por los derechos y garantías que pueden verse conculcados, es allí donde debe buscarse el más alto estándar de equilibrio y respeto normativo.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: jcferreolive@gmail.com
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/